

Le ordinanze sindacali: profili critici di un utilizzo disinvolto dei poteri necessitati e urgenti

Luca Matteo Di Carlo

L'articolo focalizza la sua attenzione sul tema della sicurezza pubblica, con particolare riferimento alle ordinanze sindacali di necessità ed urgenza ex art. 54 TUEL. L'analisi verte principalmente su alcune ordinanze particolarmente "originali", ciascuna delle quali rappresenta il tipico modello di intervento sindacale nella relativa materia. Si pone quindi una riflessione che parte da una valutazione delle singole ordinanze quanto a efficacia concreta e profili di costituzionalità, giungendo alla questione se sia possibile un intervento normativo capace di porre fine all'incertezza dei limiti e della portata dell'art. 54 TUEL.

1. Introduzione

Nel corso degli ultimi vent'anni, il tema della sicurezza pubblica ha assunto un ruolo sempre più centrale, come espressione di una esigenza crescente del cittadino. Tale necessità è stata influenzata anche da diversi fattori di carattere socio-economico-politico di portata internazionale: ad esempio, i fenomeni migratori (prima dall'Europa dell'Est, poi dai Paesi nordafricani), le stragi di mafia e il terrorismo internazionale di matrice islamica, che hanno investito l'Europa e in particolare l'Italia sin dai primi anni '90 del secolo scorso.

I grandi mutamenti sociali, politici ed economici hanno creato allarme sociale, fomentati da campagne martellanti dei *mass media* che hanno generato la diffusione di un forte senso di insicurezza, spesso legato a precisi contesti: degrado dei quartieri; diffusione della microcriminalità; avversione rispetto a determinate figure ai margini sociali quali tossicodipendenti, senza fissa dimora, migranti irregolari, appartenenti all'etnia rom e sinti, ecc.

Secondo Baumann¹ è possibile distinguere tre accezioni diverse di insicurezza: un'insicurezza "cognitiva", legata alla crescente perdita di prevedibilità della società moderna e contemporanea; un'insicurezza "esistenziale", connessa alla mobilità sociale, lavorativa, geografica e alle trasformazioni del mondo del lavoro, che rendono sempre meno stabile lo *status* sociale del cittadino; un'insicurezza "personale", prodotto delle minacce all'incolumità personale. Alla luce di tale complessità, il nesso tra sicurezza e criminalità ha prodotto quasi esclusivamente richieste di maggiore "sicurezza" da parte del cittadino; in questo modo «si è oscurato qualsiasi riferimento alle dimensioni esistenziale e cognitiva, che possiamo collocare a monte delle paure e delle preoccupazioni che assillano le nostre esistenze»².

È interessante notare che la percezione di insicurezza è completamente slegata dal tasso di criminalità, mentre è connessa a «fattori politici, sociali, e culturali complessi, all'interno dei quali andrebbe letto l'andamento stesso dei tassi di criminalità»³. In sostanza, si ha la percezione che, in massima parte, il tasso di criminalità sia fortemente legato a fattori metagiuridici. Del resto tutti gli studiosi del fenomeno⁴, nonché gli attori della sicurezza (quali ad esempio gli appartenenti alle forze di Polizia) concordano nel rilevare un forte divario fra la criminalità esistente sul territorio e la percezione di sicurezza avvertita dalla popolazione. Queste considerazioni hanno portato a distinguere la sicurezza oggettiva, legata alla presenza reale di fenomeni criminosi, da quella soggettiva, legata invece alla percezione di insicurezza: proprio quest'ultima si manifesta in presenza di fattori particolari (es. campagne operate dai *mass media*, presenza di segnali di inciviltà, ecc.)⁵, che spesso non so-

(1) Z. BAUMANN, *In Search of Politics*, Cambridge, Polity Press, 1999.

(2) S. STEFANAZZI, *Leggere la sicurezza urbana attraverso le domande dei cittadini*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2, 2011, p. 255.

(3) T. PITCH, *I rischi della sicurezza urbana*, in *Parole Chiave*, 22-23-24, 2000, pp. 71-97.

(4) Gli studi sul punto sono innumerevoli; si segnala D. MELOSSI (a cura di) *Multiculturalismo e sicurezza in Emilia-Romagna: Seconda parte*, Quaderno 21 del "Progetto Città sicure", Bologna, 1999.

(5) S. STEFANAZZI, *Leggere la sicurezza urbana attraverso le domande dei cittadini*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2, 2011.

no altro che violazioni “minime” delle norme penali, oppure violazioni di semplici norme etiche slegate da qualsiasi illecito. Dunque, il concetto di “sicurezza urbana” ricomprenderà tutti quei fenomeni in grado di agire sulla percezione pubblica di sicurezza, al di là della presenza più o meno concreta di un evento di natura criminale⁶.

A fronte di tutto ciò, lo Stato (non solo italiano) ha adottato politiche che, «paradossalmente, sia pure con il fine dichiarato di raggiungere livelli più adeguati di sicurezza, delimitano ed in qualche misura comprimono quei diritti fondamentali che si vorrebbero garantire»⁷. Si ripropone la storica contrapposizione tra potere dello Stato e libertà del cittadino, nota con la definizione di “paternalismo”⁸: il potere pubblico va così ad acquisire maggiori poteri, tali da incidere sempre più nella vita dei suoi cittadini, ma lo fa con il preciso scopo di tutelare e garantire nuovi diritti.

Pertanto, è lecito porsi la domanda se tali politiche oltrepassino il limite di interferenza nella vita del privato cittadino, e se si rivelino, o meno, idonee a soddisfare i fini per i quali sono poste in essere.

In particolare, si discute circa l'esistenza e la collocazione di un “limite implicito” di libertà del cittadino che lo Stato non può oltrepassare; tale limite non è soltanto quello costituzionalmente sancito, ma attiene ad un livello successivo che si manifesta nei comportamenti della vita ordinaria del cittadino e che non gode di una copertura formale⁹. È possibile individuare questo “limite implicito” nel confine che separa la norma etica da quella giuridica¹⁰, nel senso che lo Stato non può (o meglio non dovrebbe) regolamentare attività e comportamenti che, sep-

(6) R. SELMINI, *La sicurezza urbana*, Bologna, Il Mulino, 2004.

(7) M. DI RAIMONDO, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica: profili ricostruttivi ed applicativi*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 2, 3.

(8) Per una definizione del concetto di “paternalismo” si veda: G. DWORKIN, *Paternalism* in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy of law*, 2002.

(9) Ad esempio, un comportamento moralmente discutibile, come il rifiutarsi di cedere il posto ad una persona anziana, è privo di una sanzione coercitiva di tipo giuridico. L'unica deterrenza è la propria coscienza, in quanto si ha come sanzione il proprio rimorso.

(10) M. DI RAIMONDO, *Glossario di diritto pubblico e amministrativo*, voci: “Norma etica” e “Norma giuridica”, Maggioli, Rimini, 2015.

pur moralmente discutibili, non hanno una reale incidenza sull'ordine e sulla sicurezza pubblica.

Generalmente la dottrina¹¹ non guarda con favore questo genere di politiche di sicurezza, rimarcando l'assoluta necessità di impedire l'espansione di uno Stato leviatanico; se così non fosse, si innescherebbe un cortocircuito: poiché i diritti presumono dei limiti, se lo Stato si dotasse di poteri illimitati, l'unico esito possibile sarebbe l'abuso. È ancora oggi salda la lezione impartita da Benjamin Franklin: «chi è pronto a dar via le proprie libertà fondamentali per comprarsi briciole di temporanea sicurezza, non merita né la libertà né la sicurezza»¹².

2. Le ordinanze di necessità

Le ordinanze di necessità sono «provvedimenti amministrativi innominati, che si inventano e si adottano in caso di necessità allorché le norme non contemplano altro strumento d'urgenza per provvedere ad un interesse pubblico»¹³.

Il termine «ordinanza» ha origine nel Medioevo; esso indicava sia il concetto di «ordine» sia quello di «regolamento», per via della mancanza di distinzione tecnica degli atti emanati dall'autorità del tempo; in particolare gli *ordinamenta* indicavano disposizioni straordinarie dei Podestà comunali¹⁴: si tratta di un «antichissimo precedente al potere di ordinanza contingibile ed urgente dei Sindaci»¹⁵. Nello Stato assoluto, riassumendosi nel sovrano ogni potere dello Stato, «il potere di ordinanza – genericamente inteso come potere delle autorità amministrative di emanare disposizioni di contenuto normativo – non incontrava alcun limite giuridico»¹⁶.

(11) Per tutti: F. CORVAJA, *Esiste una libertà innominata da tutelare? Ordinanze sindacali e libertà individuale*, in *Le Regioni*, 1-2, 2010.

(12) B. FRANKLIN, *Dalla Risposta al Governatore*, Assemblea della Pennsylvania, 11 novembre 1755, in *The Papers of Benjamin Franklin*, ed. Leonard W. Labaree, 1963, vol. 6, p. 242.

(13) M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 461.

(14) G. MILANI, *I Comuni italiani*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

(15) M. CARRER, *Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza dei Sindaci*, in A. LORENZETTI, S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, Napoli, Jovene, 2009, p. 50.

(16) *Enciclopedia giuridica Treccani*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/ordinanza/>.

A partire dal 1800, la legislazione concepisce le ordinanze di necessità come atti di attribuzione dei Sindaci, dei Prefetti e dei Ministri, cioè di organi dello Stato che avevano attribuzioni riguardo all'ordine pubblico. Tali norme statuivano che questi organi potessero adottare una serie di provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, ma solo in casi di grave necessità o urgenza. Il Giannini osserva¹⁷ come le norme attributive della potestà altro non fossero che un "omaggio" al principio di legalità dell'azione amministrativa; in verità, la mancanza di una precisa indicazione relativa a quale provvedimento fosse adottabile permetteva una deroga di tale principio al fine di consentire la repressione di scioperi e manifestazioni, vera ragione per la quale vennero introdotte nell'ordinamento dello Stato liberale borghese.

Sia la giurisprudenza che lo stesso legislatore iniziarono a limitare le ordinanze di necessità; la prima, tramite un richiamo al presupposto (necessità ed urgenza) e al motivo (l'interesse pubblico al mantenimento dell'ordine pubblico); mentre il secondo mediante i c.d. "provvedimenti nominati necessitati", ovvero delle categorie di provvedimenti da adottare rispetto a determinati eventi¹⁸. Il risultato fu quello di una progressiva riduzione della materia delle ordinanze di necessità; ad esse vennero sostituiti dei procedimenti ablatori necessitati, ovvero procedimenti che, pur avendo come presupposto l'urgenza, venivano disciplinati dalla legge, di modo da rientrare all'interno del più generale principio di legalità.

Il lungo percorso interpretativo ha portato sia la giurisprudenza¹⁹, sia la dottrina prevalente²⁰ a considerare le ordinanze di necessità non come fonti del diritto, bensì come provvedimenti amministrativi veri e propri; in quanto tali, esse soggiacciono al principio di legalità, ma non a quello di tipicità, poiché «il loro contenuto non è dalla legge predetermina-

(17) M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit.

(18) Ad esempio, in caso di rottura degli argini dei fiumi si poteva disporre l'occupazione urgente delle proprietà private.

(19) Corte cost. 4/1977.

(20) Per tutti G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza – Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965.

to, ma rimesso all'autorità amministrativa che lo determina in relazione alle contingenze concrete»²¹. Analogamente, le situazioni di necessità ed urgenza non sono specificate dalla legge (in quanto non prevedibili in astratto), ma soltanto individuate in modo generico.

Tra i vari esempi di ordinanze di necessità previste nell'attuale ordinamento²², rientrano, certamente, anche le ordinanze contingibili e urgenti *ex art. 54*, comma 2 TUEL adottabili dal Sindaco.

3. Il decreto Maroni e i nuovi poteri dei Sindaci

Un punto di svolta nelle politiche di sicurezza si ebbe, nello specifico nei poteri del Sindaco, con il decreto 92/2008, c.d. decreto Maroni²³. In esso si introdussero importanti modifiche all'articolo 54 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento delle autonomie locali: venivano estesi i poteri dei Sindaci, anche riguardo alla «sicurezza urbana»²⁴, non solo circa «l'incolumità pubblica»²⁵.

In particolare, il vero punto di svolta si ebbe con l'aggiunta della congiunzione «anche» in riferimento ai provvedimenti che i Sindaci possono adottare: non sono più soltanto «contingibili ed urgenti», bensì «anche contingibili ed urgenti». Ciò significa che il potere di ordinanza del Sindaco viene slegato dalle situazioni urgenti e contingenti: il relativo utilizzo viene esteso anche alle situazioni ordinarie.

Il sistema precedente prevedeva specifici limiti: l'elasticità contenutistica, in deroga alla regola della tipicità degli atti amministrativi; il potere di derogare alle disposizioni di legge (salvo il limite dei precetti costitu-

(21) M. MIRABELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 55.

(22) Tra cui: le ordinanze della protezione civile; le ordinanze previste per i casi di emergenza sanitaria e di igiene pubblica; le ordinanze di pubblica sicurezza di competenza del Prefetto o del Ministro dell'interno.

(23) Facente parte del c.d. «pacchetto sicurezza», approvato in sede di Consiglio dei Ministri il 21 maggio 2008.

(24) Da intendersi come «un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale», ai sensi dell'art. 1 del decreto del Ministro degli interni del 5.8.2008.

(25) Da intendersi come «integrità fisica della popolazione», ai sensi dell'art. 1 del decreto del Ministro degli interni del 5.8.2008.

zionali e della Costituzione sostanziale); l'esistenza di una situazione eccezionale, imprevedibile ed urgente di pericolo, che impone l'uso di tale strumento; l'obbligo che il provvedimento sia rivolto ad un interesse generale²⁶; inoltre, la giurisprudenza²⁷ ritiene necessari anche il rispetto di utilità e congruità del mezzo prescelto, rispetto allo scopo, nonché proporzionalità e coerenza tra il fatto e il contenuto dell'atto improntato al minor sacrificio possibile per i destinatari del provvedimento. A seguito del decreto Maroni, l'ordinanza, pur restando un provvedimento atipico, sembrerebbe assumere la forma di un provvedimento ordinario, che può disciplinare situazioni fuori dall'area dell'urgenza e del contingibile, ovvero ordinarie.

4. *I c.d. "Sindaci sceriffi"*

Con l'espressione "Sindaci sceriffi", coniata dai *media*, si suole indicare i "nuovi" Sindaci proprio per effetto dell'entrata in vigore del decreto Maroni. Il termine "sceriffo" indica, nei sistemi di *common law*, un funzionario di polizia locale, ma anche la carica politica e la persona che detiene tale incarico; nell'accezione usata dai *media* italiani si fa, più che altro, riferimento allo sceriffo americano di metà '800, reso famoso dal genere dei film *western*, proprio a voler sottolineare il nuovo potere di gestione della sicurezza pubblica.

Data la possibilità di porre in essere ordinanze senza la presenza di situazioni di emergenza, si venne a creare, fin da subito, una nutrita casistica delle ordinanze più disparate: lo stesso Ministro Maroni dichiarò: «ora mi aspetto idee creative sulla sicurezza da parte dei Sindaci»²⁸. Meritano una breve analisi le ragioni delle scelte di politica-riformatrice. In primo luogo, occorre rilevare che le politiche operate dal Ministro nel periodo del suo mandato possono essere accumulate da una direttrice che si potrebbe definire come "delega di responsabilità". In sostanza, si è assistito ad una progressiva delega di poteri e funzioni dal level-

(26) F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, Roma, 2012, pp. 560, 562.

(27) Per tutti: Cons. St., sez. V, 14.4.2006, n. 2087.

(28) Dal resoconto della conferenza stampa del Ministro dell'interno, Roberto Maroni, in occasione della firma del suo decreto il 5.8.2008, in www.interno.it.

lo centrale agli organi periferici, siano essi Sindaci o Questori. L'esempio più rilevante è certamente quello legato alla sicurezza in occasione delle manifestazioni sportive, perfetta espressione di questa scelta politico-riformatrice: i Questori hanno acquisito un ruolo molto più attivo, generando al contempo sensibili differenze tra ciò che "è permesso"²⁹ in una Provincia (rispetto ad un'altra) durante le manifestazioni sportive, con la conseguente percezione di una forte incertezza del diritto³⁰ da parte del cittadino. In quest'ottica deve essere collocata anche la riforma attuata con il decreto Maroni: ai Sindaci viene garantito un potere di intervento amplissimo e slegato dai connotati di urgenza e contingenza, ma anche di tipicità, in senso tradizionale.

È pur vero che il coinvolgimento degli enti periferici prende il via nel decennio precedente³¹, ma sarà soltanto con il dicastero Maroni che si avrà una sensibile svolta. Le ragioni che hanno portato a queste scelte sono essenzialmente due. La prima attiene al c.d. fenomeno della "legislazione dell'emergenza", problema che affligge il nostro legislatore da un ventennio; con questo termine si intendono le riforme che sono dettate soltanto dall'emergenza del momento e dal sentimento di pericolo suscitato da uno specifico evento, che ha forte rilevanza massmediatica. La seconda attiene, invece, ad una mancanza assoluta di una visione generale (e quindi comprensione), circa il contrasto di determinati fenomeni sociali (tra i quali quelli criminali), tanto che risulta più "conveniente", a livello elettorale e mediatico, delegare determinate scelte a soggetti politicamente irresponsabili (come i Questori), oppure a soggetti che possono immediatamente dare risposta a quei sentimenti di insicurezza, legati a fatti specifici sul territorio (come i Sindaci). Con l'inevitabile risultato di una forte frammentazione di indirizzi operativi ed un proliferare dei più disparati divieti.

(29) Si pensi al diverso modo di intendere la pericolosità del soggetto rispetto a determinati comportamenti o, ad esempio, ai requisiti (le misure in cm²) per l'introduzione di una bandiera dentro l'impianto, tali che, alla loro violazione, possa essere ritenuta applicabile una misura legata alla pericolosità del soggetto quale il DASpo.

(30) Visto anche il tenore dei provvedimenti amministrativi e la conseguente applicazione della legislazione penale in materia, che risulta assai severa.

(31) Si possono ricordare: i c.d. "progetti per la sicurezza"; i c.d. "contratti di sicurezza"; i tentativi di esperire i c.d. "accordi di programma". Ciò nel periodo 1998-2005.

5. *La sentenza 115/2011 della Corte costituzionale. La fine dei c.d. "Sindaci sceriffi"?*

Sin da subito, larga parte della dottrina³² aveva rilevato numerosi profili di incostituzionalità della riforma Maroni. In particolare, è apparso fin dal primo momento un *vulnus* del principio di legalità ex art. 42 della Costituzione nell'individuazione generica degli ambiti di applicazione, nonché la connotazione dei comportamenti consentiti ai Sindaci assolutamente libera. Infatti, nulla era detto con riferimento a termini quali: "decoro"; "gravi pericoli"; "pubblica decenza"; ecc., termini per i quali risulterebbe comunque problematico cercare di dare una definizione precisa ed esaustiva.

La Corte costituzionale è intervenuta con la sentenza 115 del 7 aprile 2011. Preliminarmente, la Corte recepisce un orientamento emerso nella giurisprudenza amministrativa³³, ovvero che «la nuova formulazione dell'art. 54, comma 4, del d.lgs. 267/2004 comportava in capo al Sindaco l'attribuzione di un duplice potere [...]: l'adozione di ordinanze ordinarie oltre a quelle contingibili e urgenti»³⁴.

Successivamente la Corte opera una interpretazione di tipo letterale, considerando il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento valido solo per le ordinanze di emergenza³⁵; in questo modo si effettua una netta distinzione tra le due tipologie di ordinanze, operando sulle prime una ricostruzione legata ai caratteri del provvedimento amministrativo ordinario e dei suoi limiti. Per tale ragione, la Corte sostiene che l'ordinarietà abbia come conseguenza che il potere discrezionale attri-

(32) I contributi sono numerosi: L. VANDELLI, *Ordinanze pubbliche per la sicurezza: uno strumento utile, ma ancora da affinare*, in *Amministrazione civile*, 2008, p. 130 ss.; A. PAJNO, *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, Rimini, 2010, p. 9 ss.; P. BONETTI, *Considerazioni conclusive circa le ordinanze dei Sindaci in materia di sicurezza urbana: profili costituzionali e prospettive*, in *Le Regioni*, 1-2, 2010, p. 429 ss.

(33) Per tutte: TAR Lazio, sez. II, 17.12.2008, n. 12222.

(34) G. MELONI, *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei Sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative (il detto e il non detto nella sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale)*, in *federalismi.it*, 14, 2011.

(35) La Corte sostiene che la disposizione avrebbe dovuto essere formulata diversamente: il Sindaco «adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento» per poter far ricomprendere i provvedimenti ordinari.

buito all'amministrazione (intesa come Sindaco, quale ufficiale di governo) debba essere ricompreso nell'ambito di previsioni normative, tali da impedire che questo sconfini nell'arbitrarietà. Sull'arbitrarietà o meno di questi provvedimenti la Corte è chiarissima, rilevando che: «tali provvedimenti si presentano come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, mentre è indispensabile che tale esercizio, anche se finalizzato legislativamente alla tutela di un bene o di un valore, sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»³⁶.

Il punto centrale del ragionamento della Corte è certamente quello legato alla lesione dell'art. 23 Cost. Infatti, il Giudice delle leggi statuisce che: «le ordinanze sindacali ordinarie incidono per la natura delle loro finalità (incolumità e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio), sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrative, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti, impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni ai soggetti considerati»³⁷. E, come statuito dall'articolo 23 della nostra Carta costituzionale, nessuna prestazione, personale o patrimoniale, può essere imposta, se non in base alla legge: risulta evidente che la riserva di legge, ivi presente, avrebbe richiesto che il legislatore predeterminasse la prestazione e non la lasciasse alla lata discrezionalità dell'amministrazione.

6.1 Ordinanza n. 99 del 2009, Varallo Sesia (VC) – Igiene e sanità pubblica

Preso atto della diffusione tra le donne di fede musulmana dell'uso del *burkini*³⁸, il Sindaco di Varallo Sesia ne vieta, con l'ordinanza n. 99 del 19.8.2009, l'utilizzo in piscina e presso le rive dei fiumi e dei torrenti. Egli giustifica il provvedimento con un sintetico richiamo a «motivi di

(36) Corte cost. 115/2011.

(37) Corte cost. 115/2011.

(38) Neologismo derivante dalle parole *burqa* e *bikini*.

carattere igienico-sanitario, nonché di decoro e di tutela della serenità dei bagnanti, soprattutto dei più piccoli».

L'ordinanza risulta criticabile sotto numerosi profili.

Il richiamo al decoro appare assolutamente illogico. Il *burkini* è un capo di abbigliamento utilizzato dalle donne di fede islamica per coprirsi il corpo, nel rispetto dei precetti del Corano; esso è, nella quasi totalità dei casi³⁹, perfettamente identico alla tuta indossata dai *sub*, ovvero un capo unico aderente che lascia scoperti i piedi, le mani ed il volto dell'utilizzatore. Pertanto, risulta difficile intendere quale possa essere la scriminante, che rende lecito l'uso di una comune tuta da *sub* e non quello di un *burkini*.

Analoghe considerazioni valgono per il richiamo al concetto generico di "serenità dei bagnanti"; non si comprende quale genere di turbativa possa arrecare la vista di una donna che indossa il *burkini*, posta la sua stretta somiglianza con la tuta da *sub*. Similmente, risulta arduo comprendere il richiamo ai soggetti "più piccoli", quasi ad intendere che la (presunta) turbativa sia maggiormente dannosa per i minori, i quali sono probabilmente più abituati a fenomeni di multiculturalismo, per ragioni scolastiche, rispetto alle persone anziane.

Trattandosi di una ordinanza contingibile ed urgente in materia di igiene e sanità pubblica, risultano assenti i requisiti dell'urgenza e della situazione di pericolo. In primo luogo, appare evidente come non sussista alcuna forma di collegamento tra i motivi igienico-sanitari e l'utilizzo di un capo di abbigliamento come il *burkini*. In secondo luogo, non esistono ragioni di pericolo improvviso, stante l'inidoneità del *burkini* a produrre situazioni di rischio di carattere sanitario. Inoltre, proprio per l'assenza della situazione di pericolo, non può configurarsi il carattere dell'urgenza.

Data la particolare sinteticità dell'ordinanza, priva di qualsiasi forma di motivazione ampia e articolata che possa giustificare il provvedimento, è ragionevole ipotizzare che essa sia stata emanata con specifici intenti discriminatori.

L'ordinanza ha suscitato le proteste di alcuni esponenti del Partito De-

(39) Con l'espansione del fenomeno, le aziende produttrici hanno iniziato a commercializzare modelli di colori differenti dal nero, con decorazioni di varia natura.

mocratico⁴⁰, i quali si sono immersi nelle acque di un torrente, nell'area del Comune di Varallo Sesia, indossando un *burkini*.

Successivamente all'atto di protesta, la senatrice Magda Negri ha presentato interrogazione parlamentare, nella quale si chiedeva quali iniziative volessero prendere i Ministri dell'Interno, degli Affari esteri e delle Pari opportunità, per ottenere l'immediata revoca dell'ordinanza. L'interrogazione ebbe risposta da parte del Ministero delle Pari opportunità, nella forma di un parere motivato dell'UNAR⁴¹. Ivi, si chiariva che l'unica soluzione possibile per ottenere un annullamento fosse il ricorso al TAR, stante l'impossibilità di intervento del Prefetto; ciò poiché, trattandosi di un atto emesso dal Sindaco quale rappresentante della comunità locale, non sussisterebbe il potere gerarchico del Prefetto e, quindi, l'ordinanza non potrebbe essere da lui annullata. Il parere concludeva riconoscendo l'evidente carattere discriminatorio dell'ordinanza.

Questa ordinanza appare in contrasto con diversi principi costituzionali. In primo luogo, risulta evidente una chiara lesione del diritto di autodefinizione della persona, in relazione alla libertà di espressione della propria personalità (in questo caso mediante un determinato abbigliamento).

In secondo luogo, si rileva una lesione del diritto alla libertà di professione religiosa *ex art. 19 Cost.* che, nel caso di specie, è la ragione dalla quale deriva l'utilizzo del *burkini*.

In terzo luogo, essendo il *burkini* un abito concepito e destinato alle sole donne di fede islamica, si è in presenza di una discriminazione fondata sul genere⁴², assolutamente incompatibile con il dettato dell'art. 3 Cost.; inoltre, l'ordinanza viola anche la normativa che vieta le discriminazioni sulla base del sesso nell'accesso e nella fornitura di beni e servizi⁴³.

In quarto luogo, l'ordinanza prevede che tale divieto si estenda anche

(40) Nello specifico: la senatrice Magda Negri; il Consigliere provinciale Sara Paladini; l'assessore al Comune di Torino Roberto Tricarico.

(41) Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali.

(42) Inteso come derivazione dell'etimologia inglese *gender*.

(43) D.lgs. 196/2007 che attua la direttiva 113/2004, che ha modificato il c.d. "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna", cioè la normativa di cui al d.lgs. 198/2006.

alle piscine. Esso, infatti, viene rivolto ai gestori delle piscine (siano essi pubblici o privati) e si sostanzia in un ordine, quello di discriminare: ciò è equiparato alla discriminazione diretta, ai sensi dell'art. 43 d.lgs. 286/1998⁴⁴.

Infine, l'ordinanza sindacale impone un *facere* specifico, quello di discriminare, anche al soggetto privato, eventualmente gestore di un impianto di piscine. In tale contesto, il privato si viene a trovare nella condizione per la quale, non dando seguito all'ordinanza, può essere sanzionato; allo stesso modo, anche dando attuazione all'ordinanza, può essere sanzionato ai sensi dell'art. 55-*quinquies*, comma 9⁴⁵. Inoltre, anche qualora il privato intendesse conformarsi all'ordinanza, si configurerebbe un danno patrimoniale, poiché gli accessi agli impianti sportivo-ricreativi, come le piscine, sono a titolo oneroso.

6.2. Ordinanze n. 34 del 1.2.2011, n. 195 del 23.5.2011, n. 457 del 3.11.2011, Pescara – Prostituzione

Le ordinanze legate alla materia della prostituzione sono particolarmente numerose e diffuse in tutto il territorio nazionale. Generalmente, i contenuti delle stesse sono molto simili: vietano una serie di comportamenti legati all'attività di guida del cliente, alla contrattazione della prestazione ed all'adescamento di clienti. Le tre ordinanze in esame, benché quasi identiche nei contenuti, esemplificano perfettamente tutte le problematiche complessive delle ordinanze sindacali antiprostituzione. Con la prima delle tre ordinanze⁴⁶, il Sindaco di Pescara interviene al fine di «tutelare le strade dai pericoli e dai disturbi alla circolazione derivanti dalla prostituzione sulla pubblica via». Visti i pericoli insiti nell'attività di prostituzione, legati alla sicurezza stradale e al collegamento con

(44) Al comma 1 si afferma che: «costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose [...]».

(45) «Chiunque non ottempera o elude l'esecuzione di provvedimenti, diversi dalla condanna al risarcimento del danno, resi dal giudice nelle controversie previste dal presente articolo è punito con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a tre anni».

(46) Ordinanza n. 34 del 1.2.2011.

fenomeni criminali gravi, vengono disposti alcuni divieti. In particolare, appare interessante quello presente al punto 1); in esso vengono vietati due comportamenti specifici nell'orario intercorrente tra le 22:00 e le 07:00: il primo attiene alle condotte legate alla contrattazione di prestazioni; il secondo, invece, elenca una casistica di comportamenti pericolosi quali «procedere a passo d'uomo, eseguire brusche frenate o rallentare improvvisamente, qualsiasi manovra repentina di accostamento e/o fermata».

Già da questa prima ordinanza emergono due punti di riflessione.

Il primo attiene all'orario: per quale ragione «l'elevato rischio di incidenti stradali» si concretizzerebbe maggiormente in quella determinata fascia oraria? A rigor di logica dovrebbe essere esattamente il contrario, posto che, come noto, il numero di veicoli circolanti scende drasticamente di numero già dalle ore 21:00⁴⁷, riducendo in tal senso i rischi di una condotta di guida meno prudente. Inoltre, pur essendo vero che l'attività di meretricio viene esercitata maggiormente nelle ore notturne, essa è comunque presente anche nelle ore diurne. Pertanto, la scelta di limitare il divieto a quella determinata fascia oraria appare del tutto illogica.

Il secondo punto attiene al contenuto del divieto rivolto agli automobilisti: l'elenco dei comportamenti vietati riporta condotte che già sono sanzionate nel Codice della strada; ciò significa che l'ordinanza sarà priva di un reale spirito innovatore, rendendola inefficace *in re ipsa*. Del resto, come può una sanzione con forma diversa ma sostanzialmente identica, risolvere o almeno ridurre un problema preesistente?

A seguito della sentenza della Corte costituzionale 115/2011, il Sindaco pescarese emana una nuova ordinanza⁴⁸. Ivi si tiene conto dei rilievi della Corte e si giustifica il criterio dell'urgenza sulla base di due considerazioni: la prima è che l'attività di meretricio porta automaticamente una situazione che «inficia gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici, rendendo difficoltosa la fruizione e il libero accesso agli stessi, ed

(47) Sono numerosissimi gli studi inerenti ai valori di Pm10 (polveri sottili prodotte dagli autoveicoli) e relative fasce orarie. Si cita esemplificativamente quello condotto dalla Provincia di Forlì-Cesena: <http://www.provincia.fc.it/pianoaria/upload/Allegato3.pdf>.

(48) Ordinanza n. 195 del 23.5.2011.

in particolare problemi alla circolazione stradale», a causa del comportamento di potenziali clienti. La seconda specifica che, nel periodo estivo, l'esigenza della sicurezza della circolazione è maggiormente sentita, a causa di situazioni quali: turismo; feste patronali; manifestazioni culturali; maggiore frequentazione notturna delle strade; ecc. Nel loro insieme, queste situazioni giustificherebbero l'assunzione di provvedimenti contingibili ed urgenti. Particolarmente interessante è uno dei pochissimi punti di novità rispetto alla precedente ordinanza, ovvero il nuovo punto 3), che fa «espresso divieto a chiunque di assumere atteggiamenti e modalità comportamentali, ovvero indossare abbigliamento, suscettibili nel loro insieme di offendere la pubblica decenza nonché tali da manifestare inequivocabilmente l'intendimento di offrire prestazioni sessuali a pagamento».

Anche dalla seconda ordinanza emergono due profili di criticità.

Il primo attiene alla giustificazione della situazione di emergenza. L'idea di fondo pare essere quella che, se una situazione di per sé lecita⁴⁹ produce o genera criminalità, essa è suscettibile di rientrare nel novero delle «emergenze». Tale impostazione appare criticabile, poiché astrattamente applicabile all'infinito: qualsiasi attività di per sé lecita ha la potenzialità di generare situazioni di criminalità più o meno gravi. Aderendo ad una simile impostazione, peraltro, si rivela una contraddittorietà intrinseca: proprio perché l'attività è «in potenza» astrattamente foriera di criminalità, che la situazione di emergenza non può sussistere non essendo imprevedibile o improvvisa.

Il secondo riguarda il nuovo punto 3). Tale previsione è sostanzialmente simile a moltissime altre presenti nelle ordinanze antiprostituzione in tutta Italia; ciò che la caratterizza è relativo al divieto di assumere atteggiamenti e indossare abbigliamento che ledano la pubblica decenza o che manifestino l'intenzione di svolgere attività di meretricio. Per quanto attiene al divieto di assumere atteggiamenti che ledano la pubblica decenza, oltre ad essere una condotta già sanzionata penalmente⁵⁰, essa presenta un forte grado di indeterminatezza; analogamente, anche il di-

(49) Si ricorda che costituisce reato il solo sfruttamento della prostituzione ma non l'attività in sé.

(50) Art. 527 c.p.

vieto di indossare un determinato abbigliamento è postulato in maniera da risultare indeterminato. Non a caso la stampa locale ha ribattezzato questo provvedimento come «ordinanza anti abiti succinti»⁵¹, ripropo-
nendosi il medesimo quesito innanzi a previsioni indeterminate: chi decide cosa è succinto? Apparentemente secondaria, la questione ha però una centrale rilevanza, poiché nelle strade interessate dal divieto è compresa, ad esempio, l'area dell'Università locale, che è affollata di locali, birrerie e discoteche alla moda frequentate dai giovani, studenti e non: un eventuale abito succinto da discoteca potrebbe rientrare nel divieto sopracitato, con conseguenze paradossali.

Alla scadenza semestrale della seconda ordinanza, il medesimo Sindaco interviene nuovamente⁵², replicando *in toto* la precedente, con la sola modifica delle ragioni, questa volta legate al periodo invernale: l'unica differenza è che l'afflusso di persone non è legato al turismo (di tipo marittimo, essendo Pescara una città costiera) ma a ragioni di tipo commerciale, legate alle feste natalizie.

Questa terza ordinanza è criticabile sotto il profilo dei requisiti d'urgenza. Reiterare un'ordinanza, senza modifiche rilevanti nei presupposti (nello specifico, è mutato parzialmente uno solo dei diversi requisiti che giustificano la presunta emergenza), significa sostanzialmente aggirare quel limite posto dalla norma e richiamato dalla Corte nella sentenza 115/2011, che trasforma un provvedimento "straordinario" (l'ordinanza) in uno ordinario. Verso analoghe conclusioni sembra muoversi la giurisprudenza; in particolare si segnala un'ordinanza del TAR di Roma⁵³, che ha sospeso un'ordinanza sindacale, poiché prorogava divieti precedentemente disposti. Il TAR ha sostenuto diverse considerazioni: in primo luogo, la reiterazione di ordinanze con il medesimo contenuto appare escludere la presenza della contingibilità ed urgenza della situazione, con l'effetto di far venir meno i presupposti per l'esercizio del potere sindacale *ex art. 54 TUEL*; in secondo luogo, i giudici ammi-

(51) http://www.corriere.it/cronache/11_maggio_28/pescara-il-Sindaco-per-combattere-la-prostituzione-nicola-catenaro_2f58beee-88f6-11e0-9363-be870bec5f6b.shtml.

(52) Ordinanza n. 457 del 3.11.2011.

(53) TAR Lazio, Roma, sez. II, ordinanza 17.5.2012, n. 1731.

nistrativi osservano come una reiterazione di ordinanze identiche abbia l'astratta potenzialità di differire *sine die* gli effetti di un provvedimento d'urgenza che, in quanto tale, ha efficacia limitata nel tempo.

Infine, una considerazione merita l'efficacia in concreto del provvedimento antiprostituzione. Diversi sono gli studi effettuati circa la sua efficacia⁵⁴; essi hanno dimostrato come il provvedimento sindacale possa avere tre esiti diversi. Il primo è quello di una inefficacia assoluta: nulla muta nel numero di prostitute, nei luoghi frequentati e nei comportamenti dei clienti. Il secondo è quello di una iniziale sparizione (o meglio, spostamento) delle prostitute e dei clienti, salvo tornare ai medesimi luoghi in breve tempo. Il terzo risultato è quello dello spostamento della prostituzione in altre zone o in appartamenti privati, con l'effetto di: aumentare il disagio della collettività innanzi a questi fenomeni; diminuire il contatto con operatori sociali e forze dell'ordine e conseguente azzeramento delle possibilità di fuga per le "schiaive"; aumento dei livelli di dipendenza dalla rete di sfruttamento. Inoltre, il prevedere zone specifiche e fasce orarie ha portato «un affinamento delle strategie delle organizzazioni cui fa capo il *racket* della prostituzione, che ha reagito con un forte *turnover* tra diverse zone cittadine e diverse fasce orarie; il risultato è quello di un indebolimento delle *sex workers* che si concretizza in una maggiore dipendenza e soggezione materiale nei confronti dei gestori della tratta»⁵⁵. L'ordinanza in esame presenta numerosi profili di criticità costituzionali, peraltro analoghi a molte altre dello stesso genere.

Il primo profilo critico è quello che attiene al comportamento dei "clienti". Si può evincere una lesione dell'art. 21 Cost., poiché tali ordinanze colpiscono comportamenti che si estrinsecano in conversazioni, ovvero in manifestazioni del pensiero; pare difficile poter invocare il limite del buon costume *ex art.* 21, comma 6 Cost.⁵⁶.

(54) Si prenderà a riferimento quello effettuato dalla più importante ONLUS italiana del settore: Unità di strada, "Ordinanze anti-prostituzione. Rapporto di monitoraggio", luglio 2009 citato dall'Osce nel rapporto 2010 sul traffico di esseri umani, <http://www.osce.org/secretariat/74730?download=true>.

(55) Unità di strada, "Ordinanze anti-prostituzione. Rapporto di monitoraggio", luglio 2009 http://www.ontheroadonlus.it/wp-content/uploads/Rapporto-effetti-ordinanze7-luglio_.pdf

(56) M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione per il "buon costume" o scostumatamente anti-Costituzionale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2008.

Un secondo profilo critico è quello che attiene al divieto di esercizio dell'attività di meretricio in determinate aree. Pur non essendo richiamato nell'ordinanza in esame, ciò rappresenta, forse, l'elemento comune più frequente nelle varie ordinanze sindacali in materia. In questi casi, è possibile sostenere una lesione dell'art. 16 comma 1, in quanto le ordinanze sindacali pongono un limite alla libera circolazione del cittadino per via amministrativa, violando la specifica riserva di legge, assoluta e rinforzata, ivi contenuta.

Il terzo profilo critico è quello attinente al divieto di abbigliamenti succinto. Oltre ad una evidente lesione del diritto di autodeterminazione della persona, si è, anche in questo caso, in presenza della violazione dell'art. 23 Cost., poiché viene aggirata, per via amministrativa, la riserva di legge.

Infine, si deve segnalare il progressivo arretramento della soglia di punibilità dei comportamenti: «i destinatari degli atti vengono puniti pure se il comportamento non si sia ancora verificato, qualora l'atteggiamento, l'abbigliamento e le modalità di approccio siano tali da manifestare l'intenzione di prostituirsi»⁵⁷.

6.3 Ordinanza n. 19 del 9.7.2012, Cerro al Volturno (IS) – Randagismo e quiete pubblica

Con l'ordinanza n. 19 del 9.7.2012, il Sindaco di Cerro al Volturno (IS) interviene per tentare di regolamentare il fenomeno della libera circolazione dei cani, nei luoghi pubblici o aperti al pubblico; essi vengono generalmente lasciati liberi di circolare dai proprietari, anche per via del fatto che il Comune è circondato da ampie aree verdi. Tale comportamento ha generato, oltre alle proteste di parte della cittadinanza, un vasto disagio, legato alle numerose deiezioni degli animali.

L'ordinanza in esame è divisa in due parti: nella prima, si disciplinano le regole per l'accesso degli animali nei luoghi pubblici o aperti al pubblico; nella seconda, si prescrivono alcune norme di comportamento sulla detenzione degli animali in luogo privato e pubblico.

(57) A. LORENZETTI, *Il difficile equilibrio fra diritti di libertà e diritto alla sicurezza*, in A. LORENZETTI, S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, Napoli, Jovene, 2009, p. 198.

Al punto 1) della seconda parte viene statuito che «i cani, se custoditi all'interno di proprietà private, devono essere posti in condizioni tali da non poter incutere timore o spavento ai passanti». Pur essendo chiaro il fine perseguito, ovvero quello di evitare i tipici abbaei dei cani, quando scorgono passanti in prossimità delle recinzioni, la disposizione presenta profili problematici.

In primo luogo, per via della oggettiva impossibilità di prevenire «timore o spavento», emozioni che variano da persona a persona; in secondo luogo, perché i cani sono dotati di sensi estremamente sviluppati⁵⁸ capaci di percepire possibili “rivali”, umani e non, anche al di là di una semplice copertura visiva della recinzione; infine, perché, per impedire al cane di percepire altri soggetti, si imporrebbe al proprietario un *facere* non necessariamente possibile (es. limitare l'area di movimento del cane ad un'area che non insiste sulla pubblica via) o eccessivamente gravoso (es. modificare strutturalmente le recinzioni, per impedire al cane di osservare i passanti).

Al punto 7) viene previsto l'obbligo di ridurre al massimo il disturbo della quiete pubblica, causato dall'abbaio dei cani. In particolare è posto l'obbligo di «evitare che (i cani) abbaino nelle fasce orarie pomeridiane (13:00-16:00) ed in quelle serali e notturne (21:00-8:30)».

Due sono gli aspetti critici della disposizione. Il primo attiene alla oggettiva impossibilità di impedire ad un cane di abbaiare, tantomeno in specifici orari; inoltre, museruole anti-abbaio e oggetti simili sono stati riconosciuti dalla giurisprudenza come lesivi dell'integrità dell'animale⁵⁹. Il secondo aspetto attiene ad un errore di fondo, legato al rapporto sussistente tra abbaio del cane e disturbo della quiete pubblica: come ha chiarito la Corte di Cassazione⁶⁰, l'abbaio non superando i 90

(58) In particolare l'olfatto, superiore di oltre quaranta volte a quello umano, rende possibile al cane distinguere le persone dalla “traccia odorosa” specifica che emanano.

(59) Nella sentenza dell'11.8.2006, il Giudice di pace di Rovereto ha sentenziato che la museruola anti-abbaio è lesiva dei diritti dell'animale, poiché l'abbaio sarebbe un “diritto esistenziale dei cani”; la museruola in oggetto è uno strumento che emette suoni ad alta frequenza quando il cane abbaia, costringendolo ad abbassare il volume o cessare l'abbaio.

(60) C. Cass. 1394/2000.

dB⁶¹ non configura in sé disturbo della quiete pubblica; inoltre, la giurisprudenza ha anche precisato che il cane «ha tutto il diritto di abbaiare, specie se qualcuno o qualcosa si avvicina al suo territorio di riferimento, purché non si superi la soglia di tollerabilità stabilita nel Codice»⁶². Infine, sono presenti numerosi divieti, già previsti da norme di legge, come il punto 8), che tutela gli animali vietando di «eccitarli, spaventarli, batterli, inseguirli con grida e schiamazzi e tormentarli in qualsiasi modo»⁶³, e divieti di comportamenti che potrebbero essere evitati con la mera educazione, come quelle riguardanti l'obbligo di raccolta e pulitura delle deiezioni del proprio cane.

L'ordinanza in esame presenta alcuni profili di lesione di diritti costituzionali: non diretti e immediati, bensì indiretti e possibili.

Innanzitutto, occorre rilevare che l'ordinanza impone indirettamente una prestazione personale: il proprietario di un cane deve attivarsi per impedire allo stesso di spaventare i passanti. Cosa che, come si è visto, è più ipotetica che possibile. Pertanto, pare configurarsi una violazione dell'art. 23 Cost., qualora questa prestazione personale richieda un *facere*, ulteriore e gravoso, rispetto a quanto già previsto dalla legge.

Infine, può sostenersi una violazione dell'art. 2 Cost., secondo comma, anche in questo caso in modo indiretto. Oggi è largamente diffusa, tra gli amanti degli animali, la convinzione che essi siano portatori di diritti precisi, poiché esseri senzienti, capaci di provare emozioni simili a quelle umane⁶⁴. Pertanto, si è progressivamente consolidata l'idea di considerare l'animale come parte integrante e membro, a tutti gli effetti, della famiglia. Tale valutazione porta come conseguenza che l'animale sia parte di quella formazione sociale ove si svolge la personali-

(61) Limite oltre il quale possono verificarsi danni all'udito.

(62) Trib. Lanciano 21.6.2012.

(63) Condotta già prevista come reato dall'art. 544-ter c.p.

(64) Il dibattito in etologia e psicologia verte sul fatto se gli animali siano o meno in grado di rendersi conto delle proprie emozioni; gli studi più recenti propendono per la prima ipotesi vedi: P. Low, *The Cambridge declaration on consciousness*, 2012. In ogni caso, gli studi scientifici concordano nel ritenere che gli animali provino almeno emozioni-istinti che si manifestano attraverso specifici segni corporei; vedi: J. PANKSEPP, *Affective consciousness: core emotional feelings in animals and humans. Consciousness and cognition*, 14(1), pp. 30-80, 2005 e C. DARWIN, *The expression of emotions in man and animals*, London, 1872.

tà dell'individuo: imporre alcune pratiche (discutibili) per la dignità del cane (come la museruola anti-abbaio), privandolo del “diritto di abbaio”, e ridurre la possibilità che possa confrontarsi con altri animali (cani, gatti, ecc.) o anche esseri umani, può ingenerare una situazione di sofferenza psichica per l'animale; sofferenza che inevitabilmente si ripercuoterà sulla famiglia in cui vive, producendo un risultato in contrasto con quanto previsto dalla Costituzione: nella formazione sociale della famiglia non verrebbe tutelato il diritto alla felicità⁶⁵ quale corollario proprio dell'art. 2⁶⁶ e comunque «implicito, strumentale, conseguente in una specificazione o nella combinazione di più specificazioni costituzionali»⁶⁷.

6.4. Ordinanza n. 41 del 31.5.2013, Milano – Vendita e consumo di bevande e alimenti

Con l'ordinanza n. 41 e seguenti⁶⁸, il Sindaco di Milano interviene, regolamentando, in quattro specifiche zone⁶⁹, «gli orari delle attività di somministrazione di alimenti e bevande, degli esercizi di vendita di alimenti e dei laboratori artigianali alimentari». Scopo dell'ordinanza è cercare di regolamentare le quattro aree della *movida* milanese, al fine di ridurre il disturbo per i residenti; nel preambolo è infatti premesso che, a seguito di studi effettuati dal Comune⁷⁰ sul c.d. “rumore ambientale”, i decibel risultavano eccessivi nell'orario 22:00-03:00. Pertanto, il Sindaco decide di intervenire tentando di trovare un equilibrio tra «le giuste esigenze di quiete ed ordine avanzate dai residenti e le richieste espres-

(65) G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, in *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, p. 519.

(66) Nonché trasversale a molti altri diritti, come ricorda G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, cit., p. 519.

(67) F. MODUGNO, *I “nuovi diritti”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 8.

(68) Sarà utilizzata come riferimento la prima delle quattro, relativa al distretto dei Navigli. Le restanti tre sono replicate *in toto* con la sola modifica dei luoghi interessati e relative planimetrie.

(69) Sono i Navigli, Ticinese, Corso Como e Arco della Pace, ovvero le quattro zone della *movida* di Milano.

(70) In particolare, è stato affidato all'ARPA Lombardia (Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente) uno specifico incarico di monitoraggio e rilevazione nelle aree interessate.

se da un'altra parte di cittadini a favore di una città servita, vivace e vivibile anche nelle ore serali». Per tale ragione, vengono regolamentati gli orari di chiusura ai punti 3) e 4), ponendo il limite alle ore 1:00 per quelle attività che abbiano tavoli interni alle stesse o adiacenti, alle ore 24:00 per le restanti.

Il primo aspetto interessante attiene alla collocazione sistematica dell'ordinanza: nell'oggetto è, infatti, precisato che si tratta di «misure relative alle attività economiche atte a tutelare la salute pubblica». Il collegamento con il concetto di salute pubblica è probabilmente legato al garantire un certo riposo ai residenti delle quattro aree interessate, a causa dei decibel eccessivi; in verità, il provvedimento attiene esclusivamente a questioni legate al commercio, tale che sarebbe stato più ragionevole collocarlo in quel settore. I concetti di “salute pubblica”, “sicurezza urbana” e similari sono stati spesso utilizzati dai Sindaci, nelle loro ordinanze, quasi in funzione di schermo o copertura; si opera, cioè, un richiamo a concetti prevalentemente generali, per giustificare o la *ratio* delle ordinanze (che di *ratio* non ne hanno alcuna o, peggio, la hanno, ma di carattere discriminatorio) oppure per mascherare la mancanza dei requisiti di emergenza e contingenza (soprattutto dopo la sentenza 115/2011 della Corte costituzionale).

Vero nodo critico dell'ordinanza è il punto 7). In esso si stabilisce il divieto di vendita, oltre le 24:00, di cibi e bevande da asporto, per tutte le imprese comprese quelle artigiane, di vendita di prodotti alimentari di propria produzione, incluse quelle che effettuano la vendita per il consumo immediato all'interno dei propri locali. Il problema principale è dovuto al fatto che lo scopo di questo divieto è quello di impedire assembramenti di persone dopo le 24:00; ciò che, però, l'ordinanza non considera è che l'acquisto di cibo e bevande da asporto non implica che le stesse siano consumate *in loco*. Inoltre, l'effetto probabile di una simile decisione sarà quello di obbligare i consumatori a rivolgersi ad altri rivenditori, fuori dall'area del divieto (magari collocati dietro l'angolo della via), causando inevitabile disagio ai primi ed un ingiustificato danno economico ai secondi.

Anche in questo caso emerge un carattere comune delle ordinanze sindacali, legate ad orari di chiusura e divieti di vendita di cibi e bevande: il tentativo di regolamentare le zone della *movida* comporta il rischio

di spostare il problema senza, però, risolverlo. Queste ordinanze presuppongono tutte che l'interesse alla quiete dei residenti sia necessariamente sovraordinato rispetto all'interesse per i consumatori, alla fruibilità della città da parte dei turisti e al maggiore lavoro e guadagno dei gestori dei locali: cosa assolutamente discutibile.

L'ordinanza in esame presenta un'evidente compressione della libertà di iniziativa economica dei rivenditori di cibi e bevande, prevista dall'art. 41, comma 1 Cost., poiché essa sarebbe compressa solo a fronte di un rischio meramente potenziale, risultando, quindi, erroneo il bilanciamento operato dal Sindaco. È sì vero che la libertà di iniziativa economica trova un limite nell'utilità sociale, ma è, altresì, vero che il problema degli assembramenti è difficilmente giustificabile alla luce di questo principio. Di nuovo, si è in presenza di divieti che colpiscono comportamenti solo potenzialmente dannosi, anticipando in modo eccessivo, con finalità preventive, le sanzioni che proteggono (o dovrebbero proteggere) diritti costituzionalmente tutelati.

7. Il potere di ordinanza: un istituto problematico

Alla luce degli esempi citati, appare come inevitabile conseguenza porsi la domanda se l'art. 54 TUEL presenti o meno profili di illegittimità costituzionale *in re ipsa*. L'istituto dell'ordinanza di necessità ed urgenza è sempre stato oggetto di ampi dibattiti in dottrina⁷¹, nonché di un lungo percorso interpretativo della giurisprudenza (di cui si darà conto), sia prima del decreto Maroni, sia dopo la sentenza 115/2011. Per rispondere a questa domanda occorrono alcune considerazioni preliminari.

Certamente la Costituzione ha introdotto delle modifiche che hanno inciso in modo rilevante rispetto al modello precedente: garanzia e riconoscimento dei diritti fondamentali; richiamo alla riserva di legge, alla tassatività e alla tipicità delle fonti primarie; riconoscimento del princi-

(71) Fondamentale è lo studio di G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza – Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965. Vedi anche: R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 142 ss.; A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, 1961; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, CEDAM, 1976.

pio di separazione tra amministrazione e legislazione (*legis-latio e legis-executio*)⁷². Ciò posto, in che modo può giustificarsi il potere di ordinanza sindacale? A tale domanda ha avuto modo di rispondere la Corte costituzionale, con diverse sentenze, riguardanti alcune previsioni di legge, introdotte nel periodo del fascismo; in particolare, riguardo al potere del Prefetto previsto dall'art. 2 del Tu delle leggi di pubblica sicurezza del 1931⁷³. Nella sentenza 8/1954 la Corte ha avuto modo di chiarire che quel potere prefettizio doveva essere interpretato «non nel sistema in cui ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema nel quale vive»⁷⁴; ciò significa che il potere prefettizio, previsto dalla norma, deve essere inteso all'interno di un sistema che prevede sia specifici limiti costituzionali, sia un filone interpretativo costante della giurisprudenza: che ritiene le ordinanze di necessità ed urgenza come atti amministrativi, con tutto quello che ne consegue in termini di durata, forma, limiti, obbligo di motivazione, ecc. È interessante sottolineare come la Corte auspicasse una riforma, di modo che l'art. 2 trovasse «riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione»⁷⁵. Auspicio che non ha trovato ascolto.

Le ripetute interpretazioni contrarie alla Costituzione, sia da parte dei Prefetti, sia da parte della giurisprudenza, in particolare dalle Sezioni Unite della Cassazione⁷⁶ – decisione ampiamente criticata dalla dottrina⁷⁷ – obbligarono la Corte a tornare sul punto, dopo solo alcuni anni. A differenza della precedente sentenza del 1956, che fu un'interpretativa di rigetto, la Corte questa volta adottò una pronuncia interpretativa

(72) A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009.

(73) L'art. 2 assegnava al Prefetto la possibilità di «adottare, in caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e la sicurezza pubblica».

(74) Corte cost. 8/1956.

(75) Corte cost. 8/1956.

(76) Cass. Sez. Un. Pen. 2068/1956.

(77) Per tutti C. MORTATI, *Effetti pratici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, p. 554 ss.

di accoglimento⁷⁸, nella quale ribadiva che i principi costituzionali rappresentano un limite invalicabile anche per la legge ordinaria e, quindi, anche per l'atto amministrativo-ordinanza prefettizia.

Da ciò, scaturisce la conseguente domanda se il potere di ordinanza sia o meno una fonte del diritto, posto che le ordinanze possono talvolta avere anche un carattere normativo. Anche su questo punto dottrina e giurisprudenza sono state concordi; in particolare, la Corte costituzionale è stata chiarissima: «le ordinanze, anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge. Esse sono, infatti, provvedimenti amministrativi e, come tali, possono essere sottoposte al controllo giurisdizionale»⁷⁹. La Corte ha, inoltre, ribadito e puntualizzato specifici limiti all'esercizio del potere di ordinanza, affinché sia limitato nell'effetto di deroga e non divenga uno strumento di abrogazione o modifica: «è necessaria una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»⁸⁰. Tali prescrizioni devono essere rispettate, dalle norme attributive dei poteri di ordinanza, come requisiti minimi di legittimità costituzionale. Tale interpretazione «non lascia spazio per *escamotage* interpretativi al fine di salvare disposizioni che non soddisfano in sé e per sé il catalogo dei principi costituzionali»⁸¹.

Il potere di ordinanza ha, dunque, come carattere fondamentale quello di essere *extra ordinem*: i provvedimenti che ne costituiscono estrinsecazione non possono che essere relativi ad un caso concreto e specifico. Ragon per cui, nonostante espresse previsioni di legge con contenuti e limiti precisi, gli unici criteri di valutazione e discrezionalità, pro-

(78) Corte cost. 26/1961.

(79) Corte cost. 4/1977.

(80) Corte cost. 4/1977.

(81) A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, cit., p. 16.

pri delle ordinanze, sono generati dal fatto concreto e da come esso si manifesta nel mondo reale: criteri diversi ed estranei rispetto al complesso delle norme dell'ordinamento giuridico. Il regolamento produce, quindi, delle regole attinenti al contesto; tali regole diventano, pertanto, l'unico riferimento finché la situazione di necessità o di urgenza perduri.

Come rilevato da alcuni autori⁸², si è qui in presenza di un rapporto tra regola ed eccezione: quest'ultima intesa come in possesso di una *ratio* completamente diversa rispetto a quella della regola. Risulta evidente che l'ordinanza di necessità ed urgenza sia un'"eccezione", rispetto al sistema della "regola" dell'ordinamento: la situazione di necessità ed urgenza, che proprio per la sua natura è improvvisa, imprevedibile e perché necessita di una rapida risposta, non può che giustificare una risposta d'"eccezione", poiché essa stessa rappresenta un evento "eccezionale" rispetto alla concatenazione "regolare" degli eventi ordinari. Ne consegue che le norme prodotte dalle ordinanze sono atipiche per definizione.

Alla luce di ciò, volendo dare risposta al primo quesito, in che modo inquadrare l'art. 54 TUEL rispetto alla Costituzione? Le ordinanze di necessità ed urgenza hanno precisi limiti (provvisorietà, proporzionalità, rispetto dei principi fondamentali, ecc.), che ovviamente presuppongono situazioni d'"eccezione": il loro scopo diviene, in qualche modo, quello di riaffermare le norme "regolari" dell'ordinamento, nella misura e per il tempo in cui queste non sono applicabili. Le regole prodotte dalle ordinanze di necessità ed urgenza saranno, quindi, norme di attuazione del diritto e non norme di diritto, evidenziandosi il loro carattere sussidiario; devono essere una sorta di *extrema ratio*, poiché le norme ordinarie sono inapplicabili. Pertanto, se correttamente inteso ed interpretato, è possibile sostenere che l'art. 54 TUEL non presenti profili di costituzionalità.

Dunque, come è possibile che si giunga ad ordinanze tanto "originali" (anche dopo la sentenza 115/2011)? Le ordinanze sono divenute, nel corso del tempo, lo strumento più semplice per mascherare l'incapaci-

(82) *Ibidem*.

tà della politica, sia nei processi di decisione, sia nella comprensione di determinati fenomeni. Di certo, alcuni fenomeni (come ad es. quello della prostituzione o della criminalità organizzata) sono emergenze⁸³, ma non nel senso classico del termine⁸⁴, quanto piuttosto in quello giornalistico⁸⁵: questi fenomeni rappresentano un pericolo, non per ragioni correlate alla situazione improvvisa, bensì per ragioni diverse quali: diffusione; ampiezza; portata delle lesioni dei beni giuridici tutelati dalla Costituzione; durata; ecc. E, forse, è questa distinzione il punto da cui partire.

La norma consente un margine discrezionale; esso diviene eccessivamente ampio, soltanto se il potere viene esercitato sulla base di una rappresentazione degli eventi erronea o superficiale. Alla, purtroppo diffusa, incapacità della politica di comprendere determinati fenomeni, si aggiunge anche la valutazione, tutta politica, che l'ordinanza, specie quella sul modello "a tolleranza zero", è generalmente pagante in termini elettorali. Ragion per cui, un auspicabile intervento di riforma dovrebbe operare in una direzione legata ad una maggiore specificazione dei requisiti, che deve possedere la situazione di emergenza, per poter essere definita tale. Vincolando maggiormente il parametro discrezionale di scelta sulla definizione di cosa può o non può costituire emergenza, le ordinanze di necessità ed urgenza rientrerebbero nei binari del pieno rispetto dei parametri costituzionali, senza possibilità di esiti "originali".

In mancanza di un intervento sul punto, il potere di necessità ed urgenza non sarà mai completamente al riparo da interpretazioni contrarie allo spirito della Costituzione, così come si augurava la Corte costituzionale circa cinquant'anni fa. Del resto, Crisafulli⁸⁶ ricordava come le disposizioni che prevedono poteri "arbitrari" siano sempre pericolose per

(83) Per il concetto giuridico di emergenza si veda: G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 13-17 e 162-179.

(84) "Circostanza imprevista", in DEVOTO - OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, p. 964, Le Monnier, 2014.

(85) "Situazione di estrema pericolosità pubblica", in <http://www.treccani.it/vocabolario/emergenza/>, etimologia sub e).

(86) V. CRISAFULLI, *Costituzione e ordinanze sindacali dispositive della proprietà*, in *Foro It.* 1956, I, 538.

la libertà: perché, anche ove l'arbitrio fosse rivolto al bene, rimane sempre soggettiva ed incerta la valutazione delle intenzioni e degli effetti, senza contare che l'arbitrio è un «fenomeno contagioso»⁸⁷.

8. Conclusioni

L'impatto mediatico della creatività dei Sindaci italiani è stato persino rilevato dai *media* stranieri: il 13 agosto 2008, *Le Monde* parlava di «operazioni di folklore»⁸⁸, mentre *The Independent* osservava che «quando una cosa è divertente, l'Italia ha una legge che la vieta»⁸⁹. In verità, le valutazioni dei *media* esteri centrano alcuni dei principali problemi emersi nelle ordinanze sindacali.

In primo luogo, il fine perseguito. Le ordinanze sono risultate molte volte discriminatorie, poiché spesso dirette contro categorie specifiche di soggetti (extracomunitari, senzatetto, musulmani, ecc.); il fine di tutela della sicurezza urbana e dell'incolumità pubblica è, in questi casi, soltanto di facciata. Del resto, la tendenza di fondo di larga parte delle ordinanze è stata quella di orientare e pianificare comportamenti di tipo sociale, trasformandosi in strumenti di politica sociale che non hanno alcun collegamento con le finalità di sicurezza e incolumità pubblica.

In secondo luogo, l'efficacia e/o la proporzionalità. Altra caratteristica comune è quella della inefficacia di parte delle ordinanze: i provvedimenti sindacali molto spesso non riescono a risolvere il problema e, anzi, rischiano di peggiorarlo e di generare l'effetto opposto. Del resto, appare difficile poter immaginare che una semplice ordinanza sindacale contrasti organizzazioni criminali, o che sia in grado di sconfiggere un fenomeno esteso, come quello della prostituzione, con semplici sanzioni pecuniarie. Anche in questo caso una semplice constatazione sarebbe idonea a spiegare l'intrinseca inefficacia, rispetto a determinate ma-

(87) F. CORVAJA, *Ordinanze prefettizie e riserve di legge*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, p. 1804 ss.

(88) S. ALOÏSE, *En Italie, les «maires-sbérifs» ont désormais les coudées franches en matière de loi et d'ordre*, in *Le Monde*, 13 agosto 2008, traduzione italiana di Daniele Sensi: <http://danielesensi.blogspot.com/2008/08/le-monde-initalia-i-sindaci-sceriffo.html>.

(89) «Tourists beware: if it's fun, Italy has a law against it», in *The Independent*, 17 agosto 2008. Cfr. anche A. MATTONE, *Londra: l'Italia vieta le cose divertenti*, in *La Repubblica*, 18 agosto 2008.

terie: se un'ordinanza è, da sola, in grado di sconfiggere fenomeni criminali, non si vede per quale ragione non possa essere traslata in legge generale dello Stato; ciò non avviene semplicemente perché nessuna ordinanza ha mai sconfitto alcun fenomeno criminale.

In terzo luogo, il carattere moralistico. Pare potersi evincere un moralismo di fondo in molte ordinanze: esse contengono una sorta di giudizio implicito, rispetto a determinate condotte e stili di vita assolutamente leciti. Alcune condotte moralmente discutibili, come usufruire di prestazioni sessuali a pagamento, o anche semplici vizi, come il bere, vengono connotati quasi come "criminali". Il carattere moralistico chiama una riflessione più generale. Il diritto è cosa separata dalla morale: la sola riprovazione di carattere morale di un dato comportamento non è sufficiente a giustificare un divieto. Probabilmente, lo scopo per cui è nato il diritto rimane ancora oggi quello della pace sociale: cioè, quello di impedire una situazione di *homo homini lupus*⁹⁰, ribadendo il principio del *ne cives ad arma veniant*. Pertanto, il diritto e, di conseguenza, lo Stato non devono incarnare valori morali, né possono imporre o affermare una morale determinata.

In quarto luogo, si palesa un problema di estrema frammentazione normativa tra vari Comuni⁹¹, con la conseguenza di avere sensibili differenze riguardo a ciò che è vietato e a ciò che è permesso; tale problema si accentua se si considera la forte originalità di molte ordinanze, tale che nemmeno il buon senso "medio" del buon padre di famiglia (di civilistica memoria) possa soccorrere.

Infine, le ordinanze si sono rivelate una sorta di "palcoscenico mediatico" per il Sindaco. Troppo spesso le ordinanze sindacali sono state utilizzate per dare (apparente) soluzione a problemi complessi in modo semplice: il risultato è, però, quello di nascondere il problema spostandolo, dalle zone ad alta frequentazione e di rilevanza mediatica, facendo passare l'idea di essere riusciti a risolvere problemi di ordine pubblico complessi, in modo semplice; in realtà immutati o, addirittura, peg-

(90) La prima affermazione si trova in PLAUTO, *Asinara*, II, sc. IV, v. p. 495; la più celebre è però quella presente in T. HOBBS, *Leviatano*, I, p. 13.

(91) In Italia sono circa 8.000.

giorati. Questo è un tipico atteggiamento di demagogia populistica generalmente pagante in termini elettorali.

Ecco, quindi, che l'ordinanza assume anche un ruolo, prima ancora che elettorale, di copertura delle inefficienze politiche e amministrative a vari livelli. Tramite quella direttrice che si è definita come "delega di responsabilità", le inefficienze, ai vari livelli, si diluiscono: tanto da non rendere chiaro al cittadino di chi sia la responsabilità di eventuali problematiche, rendendolo altresì particolarmente influenzabile da demagogie e populismi che, in apparenza, forniscono soluzioni immediate e semplici.

È interessante sottolineare che, a prescindere dal calo del numero di ordinanze nel biennio successivo all'entrata in vigore del decreto Maroni, il numero delle stesse è molto più alto degli anni precedenti⁹², anche dopo la sentenza della Corte costituzionale. Il decreto Maroni è (quasi) stato un "via libera" all'impellente necessità, tutta italiana, di regolamentare ogni aspetto possibile della vita quotidiana.

(92) Elaborazione CITTALIA sui dati ANCI.