

FABRIZIO TIGANO

Ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali
dell'Università degli Studi di Catania

tiganofabrizio@virgilio.it

**LIBERE RIFLESSIONI SULLE DIVERSE
LATITUDINI E SU ALCUNI TRATTI PROBLEMATICI
RELATIVAMENTE ALLA FUNZIONE DI
ORDINE PUBBLICO
(PRIMA PARTE)**

**FREE REFLECTIONS ON DIFFERENT LATITUDES AND
SOME PROBLEMS CONCERNING THE FUNCTION OF
PUBLIC ORDER
(FIRST PART)**

SINTESI

Il saggio esamina alcuni tratti problematici insiti nell'esercizio della funzione di ordine pubblico, al fine di evidenziarne la complessità e talora la contraddittorietà, anche con principi acclarati e potenzialmente ineludibili come quello di trasparenza, al punto da mettere in discussione la permanenza stessa del principio di legalità. Si tratta di riflessioni che spaziano liberamente su numerosi versanti, la cui finalità non può che essere esemplificativa e cionondimeno – almeno si stima – altrettanto significativa. Nel contempo, viene evidenziata l'esistenza di un livello *macro* e di un livello *micro* nella esplicazione della funzione e pur essendo assai rilevante e notoriamente preponderante il primo rispetto al secondo nell'ambito delle attività di contrasto ai fenomeni di illegalità in genere – in grado di incidere sull'ordine pubblico in misura determinante – il secondo non va del tutto abbandonato in quanto suscettibile di determinare la percezione o meno di una illegalità diffusa, infine ricadente sulle libertà dei singoli, la cui rilevanza non può essere misconosciuta. In definitiva, da un lato si stima di aprire una riflessione sulle "latitudini" della funzione in sé, dall'altro, si prende posizione relativamente a recenti interventi in materia di ordine e sicurezza pubblico, talora additati sul piano della loro compatibilità costituzionale, che, a ben guardare, sono anche frutto di esigenze presenti nelle collettività sociali e nella vita dei singoli cittadini.

ABSTRACT

The essay examines some problematic features inherent the exercise of the function of public order, to highlight the complexity and sometimes the contradiction, even with established and potentially unavoidable principles, such as transparency, to the point of questioning the very permanence of the legality principle. Those reflections range freely on numerous sides, whose purpose can only be an example and nevertheless - at least it is estimated - equally significant. At the same time, the existence of a macro level and a micro level in

the explanation of the function is highlighted and while the former is very relevant and notoriously predominant compared to the latter in the context of activities to combat illegal phenomena in general - capable of affect public order to a decisive extent - the latter must not be completely abandoned as it can determine the perception or not of a widespread illegality, capable of affecting the freedoms of individuals, whose relevance cannot be misunderstood. Ultimately, on the one hand, it is estimated to open a reflection on the "latitudes" of the function itself, on the other, it takes a position on recent interventions in the field of public order and security, sometimes pointed out in terms of their constitutional compatibility, which, on closer inspection, are also the result of needs present in social collectives and in the lives of citizens.

PAROLE CHIAVE: ordine pubblico, decreto sicurezza, scioglimento consigli, interdittiva antimafia, informativa prefettizia.

KEYWORDS: public order, security decree, dissolution of councils, anti-mafia ban, prefectorial information.

INDICE: 1. Premessa – 2. Funzione di ordine pubblico e trasparenza – 3. Due casi esemplificativi: lo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali e le informative antimafia – 4. I “decreti sicurezza”: il legislatore tra dubbi di costituzionalità e l'esigenza di dare risposta ad esigenze reali – 5. – Alcune considerazioni finali su un dibattito ancora aperto.

1. Premessa.

Costituisce un dato comunemente noto e persino scontato quello secondo il quale nell'esercizio della funzione di ordine pubblico trovino compendio e convergenza rilevanti assiologie teoreticamente afferenti al fondamentale concetto di democraticità, le cui declinazioni – anche questo è ampiamente noto – non trovano sempre piena corrispondenza nella reale portata delle relazioni umane, così come “conformate” dall'esercizio dei poteri pubblici¹.

¹ Data la sua origine quale relazione a convegno, si stima utile riunire in una nota iniziale i riferimenti bibliografici dai quali le riflessioni hanno tratto spunto, limitandosi, nel corso della trattazione, a richiami di carattere normativo e soprattutto giurisprudenziale: H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano 1963; Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2008; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 1, 118 e ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Rivista trimestrale di scienza della amministrazione*, 1978, 1, 6 e ss.; G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986; ID., *Principii fondamentali (art. 5)*, a cura di G. Branca, *Commentario della Costituzione (artt. 1-12)*, Bologna, 1975, 277 ss.; N. BOBBIO, *La teoria politica di Hobbes*, in AA.VV., *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, IV, *L'età moderna*, I, Torino, 1980, 279 ss., (poi in N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Torino, 2004); G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, I, Milano, 2000, 157 ss.; S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, Bologna, 2008; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna 1979; ID., *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *E.d.D.*, XXX, Milano, 1980, 1057 ss.; ID., *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *D. disc. pubbl.*, IV ed., X, Torino 1997, 437 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1991; H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1995; L. TORCHIA, *L'ordine pubblico*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, 393 ss.; F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010; I.M. MARINO, *Profili giuridici della democrazia nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *I diritti dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tas-

Ed infatti, la democraticità di un ordinamento si misura su diversi versanti, il cui comune denominatore è riportabile alla latitudine riconosciuta alle libertà della persona e, se si vuole, dell'uomo inteso come espressione di una soggettività insopprimibile e dunque anche non "comprimibile" nella sua più intima essenza, dal sapore in qualche misura, se si vuole, umanistico.

La storia, del resto, ha insegnato come la "clausola" che più di ogni altra ha contribuito a rendere dispari il rapporto Autorità/Libertà – sul quale si misura e si dipana l'essenza del potere esercitato, in particolare, dalle amministrazioni – è quella dell'interesse pubblico, in grado di determinare sbilanciamenti, anche sensibili, a favore del primo termine a discapito del secondo in ragione della preponderanza generalmente riconosciuta alle ragioni di pubblico interesse.

Nell'ambito dell'ordinamento interno, tra l'altro, ciò ha prodotto la distinzione tra ramo pubblicistico e ramo privatistico, i cui confini, notoriamente "mobili", sono rappresentati proprio dal *dover essere* di una decisione in nome del bene comune rispetto all'*essere* di una libera manifestazione di volontà².

Ciò è tanto vero che soltanto rispetto alla prima è stato coniato il concetto di *funzione*, intesa non solo come dinamica del potere in atto, ma come inderogabile percorso del potere in armonia con la legalità e gli obiettivi – appunto, di interesse pubblico – posti dalle norme giuridiche all'operato delle amministrazioni pubbliche.

Mentre, cioè, il privato, in tesi, trova i limiti alla sua libertà nei vincoli posti *ab externo*, ovvero nella liceità (ad es., della causa del contratto), l'Amministrazione rinviene un vincolo interno nelle disposizioni che ne regolano i poteri nelle forme, nelle modalità e nei contenuti.

Questi sono tutti proiettati verso il fine comune rappresentato, in ultima analisi, dall'interesse pubblico, vera e propria *substantia* che sostiene, giustifica e

sone, F. Saitta, Soveria Mannelli (Cz), 2012, 55 ss.; G. MELIS, *Società senza stato? Per uno studio delle amministrazioni periferiche tra età liberale e periodo fascista*, in *Meridiana*, n. 4/1998, 91 ss.; C. MORTATI, *Principii fondamentali (art. 1)*, a cura di G. Branca, *Commentario della Costituzione (art. 1-12)*, Bologna, 1975, 1 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; V.E. ORLANDO, *Prefazione al Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1897, XII; L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, 393 ss.; G. SILVESTRI, *Covid 19 e Costituzione*, in *Unicost.eu*, 2020; ID., *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; A. SEN, *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005; A. SOLZENICYN, *Archipelago gulag*, Milano 2013; F. TIGANO, *Organizzazione dell'ordine pubblico*, in AA.VV., *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police e F. Saitta, Firenze 2016, 265 ss.; ID., *Profili giuridici in tema di attività amministrativa nella materia del randagismo: la proporzionalità applicata alle specie animali*, in AA.VV., *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. Fanti, I, Napoli 2019, 437; G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010; D. VESE, *Appunti sul metodo di Feliciano Benvenuti*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2018, 239 ss.; G. ZANOBINI., *Corso di diritto amministrativo*, V, *Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 1957.

² Si veda anche, nello specifico campo della funzione di ordine pubblico, Corte cost. 25 luglio 2001 n. 290.

persino legittima l'operato del complesso ed articolato universo degli enti pubblici cui è riconosciuto il potere di emanare provvedimenti amministrativi (ma anche esercitare, pur entro i limiti dell'art. 97 della Costituzione, il proprio potere regolamentare).

Il fondamento di tale potere è stato, da dottrina risalente quanto autorevole, impostato anche in termini di trascendenza, con ciò intendendo non che il potere proviene "dall'alto", ma che esso sia sublimazione dell'essere comune, delle ragioni che portano alla formazione dello Stato ed alla giustificazione della sua sovranità.

Ciò apre una ambiguità di fondo non del tutto risolta dall'avvento della Carta costituzionale del 1948, la quale si è occupata del potere pubblico in modo sfuggente e non chiarissimo (si pensi alla rilevanza del principio di buon andamento, progressivamente manifestatasi ed emancipatasi dall'ombra della imparzialità solo in tempi assai recenti non senza incertezze o reticenze di vario genere).

Di certo vi è che il valore della democraticità è stato ritenuto in grado di assorbire siffatte ambiguità, non essendo (più) conforme a Costituzione un'attività espressione di potere "bruto", come tale contrastante con i diritti fondamentali dell'uomo.

In passato, del resto, si è spesso ceduto a versioni politicamente assai orientate dell'interesse pubblico, fino ad ammettere le leggi razziali del 1938 e persino epurazioni politiche in nome dell'interesse pubblico, inteso come superiore ed indiscusso interesse dello Stato alla sua permanenza su valori tradizionali e fondanti.

Ciò ha giustificato e legittimato attività di repressione delle libertà all'interno degli Stati tristemente note, dai Gulag, alla eliminazione degli avversari politici attraverso l'uso della stessa forza pubblica in certe epoche storiche in moltissimi Paesi, dall'Argentina al Cile, fino al caso eclatante della *banalità del male* di cui è "attore protagonista" Adolf Eichmann.

Proprio quest'ultimo è un caso particolarmente significativo delle perversioni e degenerazioni che accompagnano l'uso del potere declinato in seno ad una versione estremizzata dell'interesse pubblico: se, cioè, interesse pubblico è far partire i treni in orario e ordinare la deportazione di una certa etnia, il "funzionario" Eichmann è un solerte amministratore meritevole di essere additato per la sua dedizione alla causa.

Anche l'Italia, ovviamente, ha conosciuto simili estremismi, ma, contrariamente a quel che spesso si crede, non solo in epoca fascista: la storia insegna che il rapporto Autorità e Libertà nell'ottica della funzione di ordine e sicurezza pubblica può conoscere declinazioni estreme, rispetto alle quali non sempre l'ordinamento conosce antidoti o è in grado di creare anticorpi. Da questo punto di vista, basti considerare l'epoca (repubblicana) delle stragi tra gli anni '70 e '80, su cui grava il segreto di Stato ed una verità processuale, talora timida e comunque non risolutiva quanto meno per i tempi con i quali si è provato – e questo va detto ad onore della funzione giurisdizionale – a "fare giustizia".

2. Funzione di ordine pubblico e trasparenza.

Il quadro, pur sommariamente tratteggiato – né potrebbe essere diversamente, considerati i fini del presente saggio – si propone di rendere tangibile e diremmo quasi “palpabile” la problematica che vive dentro la funzione intesa al mantenimento dell’ordine e della sicurezza pubblica: da un lato, infatti, è assolutamente necessario che la vita sociale, economica, politica, si svolga in modo ordinato, dall’altro lato, senza libertà non vi è sviluppo sociale ed economico, né dibattito politico, in una parola non vi è democrazia, perché il sovrastare del potere pubblico sulle singole libertà – almeno su quelle fondamentali – è suscettibile di incrinare il baricentro dell’ordinamento ed orientarlo verso un rigore che garantisce il rispetto degli orari dei treni, ma non che su quei treni vi siano liberi viaggiatori.

Una riflessione sulla materia dell’ordine pubblico, perciò, non può che muovere dalle superiori osservazioni, ovvero dalla consapevolezza che essa involge, sul piano amministrativo, l’esercizio di funzioni in grado di “armare” (anche fisicamente) il potere pubblico a scapito dei destinatari delle relative attività.

Cionondimeno, a ben guardare, è quella tra le funzioni amministrative che meno si presta alle regole della trasparenza e persino, seppure in ipotesi che si immaginano liminari, della legalità. Le attività svolte dai servizi di sicurezza e di *intelligence*, infatti, sono per legge (o per forza di cose) sottratte alla conoscibilità pubblica sotto l’egida del segreto di Stato o della sicurezza nazionale³.

Ciò per tacere della normativa in materia di infiltrazioni mafiose, delle intercettazioni, delle interdittive, delle informative e così via, laddove si riscontra un *deficit* strutturale sul piano della trasparenza che sta in singolare quanto patente contrasto con gli indirizzi più recenti della legislazione amministrativa, laddove campeggia l’accesso civico generalizzato – c.d. “FOIA” – che, peraltro, la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato ha ormai sostanzialmente avvicinato – se non “parificato” – nella materia degli appalti a quello tradizionale posto dalla legge n. 241 del 1990⁴.

Siffatto processo di avvicinamento, inaugurato da note linee guida Anac emanate a seguito dell’avvento del d. lgs. n. 97 del 2016, ponendo il minimo comune denominatore della trasparenza nell’esame delle diverse fattispecie di accesso quale regola dell’agire pubblico, tende a colmare le relative distanze – che invece esistono – tra esse⁵.

Non vi è dubbio, infatti, che gli artt. 10 e 22 della legge sul procedimento amministrativo – pur tenendo conto del differente momento temporale di “approccio” – si muovano su versanti fondamentalmente difensivi, mentre l’accesso civico, come quello generalizzato, costituiscono un espresso antidoto

³ Cfr., ad es., l’art. 24 lett. a) l.n. 241/1990.

⁴ Ci si riferisce alla recente Adunanza Plenaria n. 10 del 2 aprile 2020.

⁵ Si tratta delle *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co. 2 del d. lgs. 33/2013*, delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

a fenomeni corruttivi. Ciò è tanto vero che presentano fisiologie profondamente divergenti, come nel caso della legittimazione, assai ristretta nel primo caso, molto ampia nel secondo, come anche nel riconoscimento dell'interesse, nel primo caso, legato alla presenza di specifiche situazioni, nel secondo, discendenti dalla sola qualità di cittadino o comunque di appartenente al gruppo sociale.

3. Due casi esemplificativi: lo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali e le informative antimafia.

Tema assai dibattuto, tra gli altri, è quello dello scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni ex art. 143 del Tuel, essendosi progressivamente, nel contempo, moltiplicati i casi di ricorso al giudice amministrativo avverso i relativi decreti prefettizi.

Si tratta di un tema in un certo qual modo esemplificativo di alcune fra le considerazioni che sono state svolte: infatti, lo scioglimento dei Consigli comunali costituisce una misura draconiana ed in tesi una *extrema ratio* posta a tutela delle istituzioni e degli stessi cittadini.

D'altro canto, se abusata, costituisce una misura in grado di incidere su equilibri politici notoriamente delicati, con effetti assai temibili.

Rispetto alle questioni poste, il giudice amministrativo, in diverse occasioni, ha mostrato un certo equilibrio, ponendo alcune regole in grado di evitare forme più o meno larvate di abusi.

Così, si è richiesto, per giustificare l'adozione della misura in esame, un *quid pluris* rispetto alla semplice commissione di atti illegittimi, consistente in un condizionamento effettivo da parte della criminalità, accompagnato da dati obiettivi ed attendibili, tali da giustificare un intervento così traumatico nella vita della comunità locale.

In tal senso, perciò, viene letto l'art. 143 Tuel, il quale, per l'appunto, richiede indicazioni *“concrete, e perciò fattuali, univoche, ovvero non di ambivalente interpretazione, rilevanti, in quanto significative di forme di condizionamento”*⁶.

Gli elementi di condizionamento, poi, vanno letti nel loro insieme ed in modo ragionevole a pena di illegittimità del decreto di scioglimento⁷. Non sono ammesse mere deduzioni astratte, in ragione della finalità preventiva e non sanzionatoria della misura⁸.

Altro esempio ben noto, al quale si ritiene di operare riferimento, è quello delle informative antimafia, laddove parimenti la giurisprudenza amministrativa ha dovuto “ritagliare” perimetri in grado di compendiare la latitudine assai ampia dei poteri discrezionali di apprezzamento riconosciuti alle Autorità prefettizie – ci si riferisce all'art. 84 d. lgs. n. 159 del 2011 – con il pericolo che tale latitudine venga interpretata come una norma in bianco. E' stato, quindi, affermato che *“l'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte*

⁶ Tar Lazio, I, 8 marzo 2019 n. 3101.

⁷ Tar Lazio, I, 22 marzo 2018 n. 3187.

⁸ Cons. Stato, III, 18 ottobre 2018 n. 5970.

dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa capace di condizionare le scelte e li indirizzi dell'impresa".

Ciò implica che la valutazione condotta dall'Autorità competente segua regole precise: in primo luogo deve trattarsi di un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico – non essendo necessario il livello della certezza assoluta al di là di ogni ragionevole dubbio – bensì di un giudizio prognostico assistito da attendibile verosimiglianza laddove ci si trovi in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti secondo la regola del “*più probabile che non*” riguardo al pericolo di infiltrazione mafiosa⁹.

Anche in questo caso la “taratura” del potere, a fronte di una legislazione che è sicuramente speciale quanto all'ampiezza dei poteri riconosciuti all'Autorità preposta alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, investe diverse libertà, tra cui quella di iniziativa economica privata sancita dall'art. 41 della Carta costituzionale.

Non vi può essere dubbio, dunque, che ci si trovi in un terreno scosceso dove le regole sono piegate, in tesi più che altrove, alle esigenze sottese alla funzione.

4. I “decreti sicurezza”: il legislatore tra dubbi di costituzionalità e l'esigenza di dare risposta ad esigenze reali.

I tempi attuali, del resto, sono contrassegnati in modo assai sensibile da una massiccia – talora anche isterica – richiesta di ordine e sicurezza che ha inciso sulle fragili tarature della funzione in esame.

Ciò è alquanto singolare se si considera che tutte le statistiche – per quanto di fonte ministeriale – sono di segno opposto e non autorizzano estremismi come quelli che caratterizzano l'approccio alla vicenda dei fenomeni migratori e ancor più dei contagi da Coronavirus, nella *vulgata* ricorrente causati da untori variamente provenienti da contrade straniere e perciò portatori di malattie incurabili.

Non è questa la sede per compiere una approfondita analisi delle ragioni di tale isterismo, certamente cavalcato da più di una fazione politica: ci si limita, invece, ad alcune osservazioni che possono aiutare a comprendere il fenomeno.

Come è noto, del resto, la legislazione più recente ha “riscoperto” le “maniere forti”, ritenendo che nella materia dell'ordine e della sicurezza non possa indulgersi alla tolleranza.

I due decreti sicurezza, 4 ottobre 2018 n. 113 (convertito in legge n. 132 dell'1 dicembre 2018) e 14 giugno 2019 n. 53 (convertito in legge 8 agosto 2019 n. 77) sono espressione di questo nuovo modo di legiferare, indubbiamente assai al limite con i vincoli costituzionali, come lo stesso Presidente della Repubblica ha segnalato all'atto della promulgazione.

Ciò soprattutto nella parte concernente la disciplina dei fenomeni migratori, che, per la verità tanto allarme hanno destato nella cittadinanza, spesso

⁹ Cons. Stato, III, 30 gennaio 2019 n. 758.

molto al di là dei reali fattori di pericolosità, tanto che è di questi giorni la notizia che la Corte costituzionale avrebbe bocciato il “primo” decreto sicurezza nella parte in cui vietava l’iscrizione all’anagrafe per i richiedenti asilo in quanto ciò si porrebbe in contrasto con l’art. 3 della Costituzione sotto un duplice profilo: per irrazionalità intrinseca, poiché la norma censurata non agevola il perseguimento delle finalità di controllo del territorio dichiarate dal decreto sicurezza; per irragionevole disparità di trattamento, perché rende ingiustificatamente più difficile ai richiedenti asilo l’accesso ai servizi che siano anche ad essi garantiti.

I fenomeni migratori, in realtà, sono sempre stati fucina di reazioni scomposte e divergenti secondo le contingenze storiche, economiche, politiche e sociali. Peraltro, di fronte ad un fenomeno di portata che non si fatica a definire “epocale”, una simile reazione può anche comprendersi.

Il decreto sicurezza, poi, contiene una serie di norme assai particolari in materia di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità mafiosa.

Ha suscitato scalpore, ad esempio, il caso del c.d. “Daspo urbano”, che ha esteso i luoghi pubblici inaccessibili fino ai presidi sanitari e alle aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati pubblici spettacoli, così come previsto dagli artt. 21 e 21-bis del decreto legge n. 113 del 2018.

Consequentemente tale norma è giunta agli altari della Corte costituzionale su ricorso delle regioni Umbria, Emilia-Romagna, Toscana e Calabria. Quest’ultima, però, con sentenza 24 luglio 2019 n. 195 ha dichiarato costituzionale l’art. 21, fondando la propria decisione sugli artt. 3 e 32, in quanto il destinatario del Daspo non può frequentare i presidi sanitari solo per ragioni diverse da quelle di cura. Quindi, il diritto alla salute non sarebbe leso, prevalendo, in ogni ipotesi diversa la tutela dell’ordine pubblico.

E’ stato invece dichiarato incostituzionale l’art. 28, il quale nell’ambito dell’art. 143 TUEL inseriva un comma 7 bis che conferiva al Prefetto un potere sostitutivo assai invasivo dell’autonomia locale, in grado di incidere su situazioni nelle quali, pur non inverandosi i presupposti per lo scioglimento del Consiglio comunale ai sensi dell’art. 143, fossero emerse “*riguardo ad uno o più settori amministrativi, situazioni sintomatiche di condotte illecite gravi e reiterate, tali ad determinare un’alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l’imparzialità delle amministrazioni comunali o provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati*”.

In tali casi, il Prefetto “*sulla base delle risultanze dell’accesso, al fine di far cessare le situazioni riscontrate e di ricondurre alla normalità l’attività amministrativa dell’ente, individuata, fatti salvi i profili di rilevanza penale, i prioritari interventi di risanamento indicando gli atti da assumere, con la fissazione di un termine per l’adozione degli stessi, e fornisce ogni utile supporto tecnico-amministrativo a mezzo dei propri uffici*”. Scaduto il termine assegnato e quello ulteriore non superiore a 20 giorni, la norma prevedeva un potere di sostituzione, mediante commissario ad acta, all’amministrazione inadempiante.

La Corte osserva, peraltro, come esistesse già un rimedio ai casi di infiltrazioni di tipo mafioso, ovvero quello disegnato dall’art. 135 TUEL, che al

Prefetto assegna un potere di impulso al fine di attivare, da parte dei competenti organi regionali e statali, interventi di controllo e sostitutivi, in grado, eventualmente, di portare allo scioglimento del Consiglio comunale e provinciale.

Restava, tuttavia, un vuoto concernente situazioni meno gravi rispetto a quelle contemplate dal comma 7, ragion per cui il legislatore aveva ritenuto di introdurre uno strumento meno invasivo con finalità correttiva.

Senonchè, il potere *extra ordinem* disegnato dal comma 7 *bis* non solo non è risultato sufficientemente determinato, ma ha trovato un punto d'arresto nell'art. 120 della Costituzione, norma di chiusura del sistema degli enti locali, riguardo agli interventi sostitutivi di livello governativo.

Il "primo" decreto sicurezza si occupa anche di altro.

In particolare, l'art. 21 *quater* inserisce l'art. 669 *bis* c.p., sotto la rubrica "Esercizio molesto dell'acattonaggio", l'art. 21 *quinquies* modifica la disciplina sull'acattonaggio (art. 600 *octies* c.p.), il 21 *sexies* introduce "Disposizioni in materia di parcheggiatori abusivi" e l'art. 23 "Disposizioni in materia di blocco stradale".

Potrebbe sembrare una svista (o un eccesso di zelo) ed invece non è esattamente così: in tema di ordinanze d'urgenza contro lavavetri, acattoni e parcheggiatori abusivi, come noto, vi è un "florilegio" che ha molto impegnato la giurisprudenza amministrativa,

Un caso particolare è quello concernente una ordinanza emessa dal Commissario prefettizio del Comune di Pompei che vietava di effettuare pubblicità mediante volantinaggio (ed altro¹⁰), annullata per difetto dei presupposti¹¹. Infatti, come ampiamente noto, le ordinanze ex artt. 50 e 54 TUEL richiedono una previa istruttoria o comunque una indagine in grado di dimostrare l'effettivo imminente pericolo alla incolumità pubblica o privata che non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva (da qui un puntuale obbligo di motivazione)¹².

Si tratta di ipotesi che possono sembrare poco rilevanti, eppure esse celano un sommovimento di carattere popolare indubbiamente presente nei contesti territoriali locali che spesso costituisce l'impulso dal quale discende il ricorso ai poteri d'urgenza: il decoro delle vie, la tutela dell'arredo urbano, la garanzia di "vivibilità" all'interno di quartieri nei quali regna una certa diffusa illegalità, sono percepiti come un sintomo di poca sicurezza, quando non di vera e propria "assenza dello Stato".

¹⁰ Si tratta dell'ordinanza n. 66 del 5 aprile 2017, che ha ordinato a tutte le imprese di non effettuare sul territorio comunale pubblicità mediante volantinaggio, affissione di manifesti sui pali dell'illuminazione pubblica o della segnaletica stradale, sugli alberi o su qualsiasi altro supporto murale o strutturale, deposito a terra negli spazi pubblici o aperti al pubblico antistanti le abitazioni, condomini o attività, impugnata dinanzi al Tar Campania.

¹¹ Tar Campania, Na, III, 27 luglio 2017 n. 3981: "E illegittima, per difetto dei presupposti, nonché per difetto di istruttoria e di motivazione, una ordinanza contingibile ed urgente, ex artt. 50 e 54 d. lgs. n. 267 del 2000, con la quale il Sindaco, al fine di tutelare il decoro e l'igiene pubblica, senza effettuare preventive indagini istruttorie finalizzate ad accertare la effettiva sussistenza di un concreto ed imminente pericolo per la pubblica e privata incolumità, ha ordinato a tutte le imprese di non effettuare nel territorio comunale, pubblicità mediante volantinaggio".

¹² Cons. Stato, V, 16 febbraio 2010 n. 868 ss.

Si pensi, ad esempio, alle “ronde” di quartiere, che, pur consentite quale mero elemento dissuasivo a fronte di piccoli fenomeni criminali, hanno talora assunto la natura di “squadracce” punitive, espressione di una vera e propria giustizia sommaria popolare, dimostrando implicitamente e *a contrario* che il monopolio della forza pubblica è necessario proprio per mantenere l'ordine e la sicurezza pubblica. L'alternativa, cioè, è quella di affidare a mani inesperte e non attrezzate, la gestione di un bene – la pacifica convivenza – che, come va via via evidenziandosi dai dati fin qui esaminati, assai facilmente può essere messa in discussione.

Si può, anzi, affermare che, a ben guardare, nemmeno la delega costituita dal predetto “monopolio” costituisca una garanzia assoluta. Molte nefandezze ed abusi commessi da “Stati autoritari” sono operati non da “irregolari”, ma dalle stesse forze dell'ordine o dall'esercito (i cui compiti, però, sono assai differenti, il che ha costituito, anche di recente – si pensi al caso degli USA e delle manifestazioni per la morte di un cittadino di colore causata da un fermo di Polizia – motivo di polemica). Un esempio è quello del G7 di Genova, laddove, pur oggetto di provocazioni ripetute e violentissime, le forze dell'ordine italiane si sono macchiate – come è stato accertato in sede giudiziaria – di veri e propri crimini nei confronti di giovani inermi (ma lo stesso, si badi, varrebbe nei confronti dei c.d. “*black block*”).

5. Alcune considerazioni finali su un dibattito ancora aperto.

Le considerazioni che possono svolgersi sono diverse.

In primo luogo, il monopolio della forza è un “male necessario”, nel senso che, pur posto a presidio delle libertà e della pacifica convivenza, anch'esso può piegarsi a condizioni patologiche.

È altrettanto vero, però, che in un sistema democratico esistono anticorpi assai significativi contro gli abusi ed anzi assai raramente la Magistratura non perviene ad accertare le responsabilità. A volte le sanzioni sono più lievi, altre volte le condanne arrivano con forte ritardo, ma nella maggioranza dei casi giustizia viene fatta.

Però anche su questo occorre intendersi.

L'uso della forza costituisce comunque una *extrema ratio*, esattamente come il caso della legittima difesa, anche questa oggetto di numerosi e discussi casi di cronaca giudiziaria, laddove inflessibilmente l'Autorità giudiziaria ha punito l'uso delle armi in modo indiscriminato, pur in situazioni nelle quali il *quisque de populo* – analoga scriminante non può valere per chi appartiene alle forze dell'ordine – ha agito a difesa delle sue proprietà, dei suoi beni e persino dei suoi cari.

I protocolli d'ingaggio, inoltre, sono per lo più (anzi, primariamente) intesi al controllo delle situazioni di pericolo attraverso attività di prevenzione o di dissuasione; molto raramente il “contenimento” si trasforma in “aggressione”, o comunque in condotte attive, prevalendo indubbiamente la prevenzione rispetto alla repressione.

Ciò significa che il monopolio dell'uso della forza allo Stato, in tesi, è finalizzato a proteggere senza aggredire fin tanto che ciò non sia necessario (e solitamente non lo è).

Altra considerazione è che questo modo di agire – come si è visto, frutto di un modo di intendere la forza in un'ottica equilibrata e proporzionata – sovente non è “veicolato” in ambito sociale nel modo corretto, comunque non è sempre percepito. L'idea della reazione immediata e persino violenta rispetto a comportamenti indubbiamente odiosi è di tanto in tanto coltivata ad arte in sede politica, ma ben più spesso è frutto della necessità dei consociati di vedere rispettate le regole della pacifica convivenza.

Si tratta di un sentimento che, soprattutto nelle società complesse, alberga nei diversi settori, a volte per l'obiettivo condizione di vita in contesti degradati rispetto ai quali la risposta dello Stato è sovente tardiva ed inefficiente: il parcheggiatore abusivo, il lavavetri insistente, il gruppo di lavoratori licenziati che bloccano i convogli dei treni o le autostrade per protesta, l'accattone molesto, sono situazioni nelle quali chiunque può dire di essersi trovato incolpevolmente e di averne talora subito le conseguenze con irritazione, a volte anche con danni personali di vario genere.

Si tratta di una latitudine della sicurezza che è spesso sottovalutata perché non assurge a livelli di pericolosità paragonabili a quelli delle associazioni criminali di tipo mafioso o terroristico, che non si traduce (salvo eccezioni) in reati efferati, ma è il frutto di condizioni sociali di degrado i cui attori sono noti e rispetto ai quali non esistono vere e proprie sanzioni.

Lo stesso, *mutatis mutandis*, per i migranti, che riempiono le città di soggetti alla ricerca del nulla, protagonisti negativi di politiche che non salvaguardano – o non riescono a salvaguardare – alcuno.

Proprio in tema di migranti, altro caso significativo è quello, ancora una volta approdato nelle aule della giustizia amministrativa, in cui il Sindaco del Comune di Valguarnera ha adottato un'ordinanza d'urgenza preclusiva della locazione di immobili ad uso abitativo.

Questi, dopo avere rifiutato di aderire al c.d. “SPRAR”¹³ facendo rilevare la inidoneità del territorio comunale ad accogliere i migranti, assumendo altresì la finalità di prevenire criticità connesse al possibile turbamento dell'equilibrio sociale raggiunto dalla comunità locale, ha vietato di concedere loro in locazione e/o comodato ad uso abitativo e/o in vendita immobili privi dei requisiti di legge.

L'ordinanza – diremmo: ovviamente – è stata dichiarata nulla per difetto assoluto di attribuzione, pur emanata sulla base di asserite ragioni igienico-sanitarie ex art. 50 TUEL, trattandosi di materia riservata allo Stato: infatti, piuttosto che di ragioni igienico-sanitarie, essa era stata emanata in ordine alla gestione dei migranti¹⁴.

Il quadro che emerge si stima significativo quanto complesso: vi è una ri-

¹³ Acronimo di “*Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati*”, istituito con la legge 30 luglio 2002 n. 189.

¹⁴ Tar Sicilia. Ct, IV, 6 agosto 2018 n. 1671.

chiesta di sicurezza “spicciola” e concreta alla quale la funzione amministrativa in esame non riesce a dare riscontro, ingenerando una sensazione di insicurezza che finisce per oscurare l'eccellente lavoro che, su piani di ben altra portata, svolgono le Forze dell'ordine e la stessa Magistratura.

Anche qui si registra un paradosso: tutti i fenomeni di microcriminalità sono ben noti e, molto spesso, anche i soggetti che ne sono protagonisti. Le indagini, però, sono intese non ad arrestare il parcheggiatore abusivo, il lavavetri insistente o l'accattone molesto, bensì a sgominare l'azione criminale che nella stragrande maggioranza dei casi, sta dietro questi piccoli attori, ai quali – come anche, seppure in misura diversa, agli spacciatori di sostanze stupefacenti – vanno i rivoli di un'attività lucrativa ben più rilevante e pericolosa sul piano della sicurezza pubblica.

Colpire questi, dunque, non serve alle indagini ed anzi rischia di lasciare intatta (ed impunita) l'organizzazione che vi sta dietro, eliminando, cioè, soggetti che, pur percepiti come molesti e fastidiosi, presentano una carica “eversiva” per lo più assai limitata.

Stando così le cose, le “banali” (forse superflue, comunque di difficilissima applicazione) fattispecie di reato inserite dal legislatore nel decreto sicurezza risultano, invece, espressione di una – pur grossolana, occorre ammetterlo – risposta ad una percepibile esigenza diffusa di ordine e sicurezza.

Si sbaglierebbe, dunque, a pensare che si tratta solo di una questione “di pancia”: l'illegalità diffusa, per quanto non sempre efficacemente perseguibile, costituisce un *vulnus* alle piccole libertà individuali che ciascuno considera fondamentali nel proprio quotidiano ed il cui inquinamento crea insoddisfazione ed insicurezza.

Ciò conduce a porsi un quesito di carattere più generale, ossia se la protezione dell'interesse pubblico sotteso alla funzione di ordine e sicurezza pubblica sia adeguatamente operata intervenendo su larga scala e su fatti eclatanti, oppure se essa conosca diverse “altezze”, ciascuna delle quali meriti pari attenzione e, se si vuole, dignità.

Si badi che i fatti – reali o percepiti – rientranti in fenomeni contrastanti con la pacifica convivenza e la pace sociale sono tutti lesivi della persona: se, dunque, è vero, che il livello “macro” – quello, cioè, inteso a colpire i sistemi criminali e/o terroristici, o i fatti che più segnano i destini e l'*idem sentire* delle collettività – aderisce ad una funzione governativa indeclinabile e fondamentale, l'*homo homini lupus* si manifesta anche a livello “micro” e talora ha una carica eversiva notevole, come, ad esempio, nei ripetuti casi di molestie ed aggressioni di bande di giovani ai danni di soggetti minorati e comunque indifesi, ai quali non viene data risposta fin tanto che l'esito non sia grave e, talora, anche definitivo.

Il decreto sicurezza, pertanto, non va demonizzato a priori perché intercetta non solo la “pancia” di una società insicura ed anche culturalmente precaria, ma evidenzia un *gap* nella protezione “minuta” che è altrettanto inaccettabile ed è, probabilmente, figlio della difficoltà di tarare l'uso della forza in circostanze degradate e discutibili, in contesti nei quali non è chiaro chi sia il perse-

cutore e il perseguitato, oppure nei quali il degrado è tale da costituire la regola e dunque il *modus vivendi* di un certo gruppo sociale emarginato.

In ogni caso, ben difficilmente si può stare tranquilli sol perché esistono norme di massima sicurezza come il c.d. “41 *bis*”, ossia il carcere duro per i boss delle organizzazioni malavitose, peraltro anch’essi meritevoli di protezione costituzionale dei loro diritti fondamentali. Lo Stato di diritto, infatti, non può rifiutarsi di scarcerare un boss quando questi ne abbia il diritto (es. decorrenza dei termini di custodia cautelare), perché verrebbe meno alle proprie regole, ponendosi alla stregua degli ordinamenti illegali.

È questo, dunque, il molteplice e frammentato volto della funzione in esame: da un lato presuppone la forza, dall’altro lato non la legittima apertamente, ma la confina nel sottobosco, irto di responsabilità e di ingiustizie, in cui operano le forze dell’ordine, nel contempo lasciando alla quotidiana “lotta per la sopravvivenza” il contrasto a livello “micro”. Ne emerge una difficile quadratura in grado di far perdere il senso dell’orientamento agli stessi cittadini, la cui ricucitura sul piano della legalità non può che riportarsi alla Carta costituzionale ed ai diritti che essa riconosce. Come è stato, infatti, molto acutamente osservato da un ex Presidente della Corte delle leggi, la Costituzione non è fatta per i tempi di pace e per i momenti nei quali non si impongono scelte tra interessi in conflitto, bensì per coprire le fasi, le congiunture e persino i singoli episodi nei quali sono in gioco le libertà, che a maggior ragione vanno garantite nei momenti di crisi.

Si tratta di una soluzione in grado di compendiare i diversi e contrastanti aspetti di una funzione per molti versi misteriosa, le cui contraddizioni sono ben note quanto difficilmente superabili, quasi si tratti di un universo parallelo dove le regole dipendono dalla compresenza di forze gravitazionali variabili ed indipendenti, in qualche caso anche di buchi neri intrisi di cinico pragmatismo.