



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE
DOTTORATO DI RICERCA INTERNAZIONALE IN
DIRITTO AMMINISTRATIVO
XXV CICLO

**Costituzione italiana, diritti
fondamentali ed azione
amministrativa nello spazio giuridico
europeo**

Relatore: Chiar.mo Prof. Mario Caldarera

Dott. Luca Buscema

INDICE

INTRODUZIONE

I SEZIONE

LIBERTÀ FONDAMENTALI ED AZIONE AMMINISTRATIVA NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO

1. Il costituzionalismo moderno: genesi ed evoluzione dei diritti inalienabili del cittadino nello spazio giuridico europeo. 15
- 2.1 Rischi naturali ed antropici e tutela della pubblica incolumità: linee guida in materia di gestione dell'emergenza e responsabilità dello Stato in conseguenza di catastrofi naturali. 48
- 2.2 Principio di precauzione e libertà d'iniziativa economica. 52
- 2.3 Azione amministrativa e pluralismo dell'informazione: tecniche e strumenti di conciliazione tra interessi pubblici e privati. 56
- 2.4 Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel quadro dei principi e delle regole del diritto amministrativo comunitario. 57
- 2.5 Effettività del diritto al risarcimento del danno conseguente alla irragionevole durata del processo e latitudine applicativa delle norme di diritto interno alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. 60

II SEZIONE

CAPITOLO PRIMO

LINEE GUIDA IN MATERIA DI ORDINANZE CONTINGIBILI ED URGENTI TRA VECCHIE COSTRUZIONI DOGMATICHE E NUOVE PROSPETTIVE DI SVILUPPO

1. Le ordinanze contingibili ed urgenti tra tradizione ed innovazione. 65
2. Il nuovo potere di ordinanza in materia di sicurezza urbana ed incolumità pubblica:
cui prodest? 83
3. Conclusioni. 96

CAPITOLO SECONDO

NOTE MINIME IN MATERIA DI LIBERTÀ DI RIUNIONE E TUTELA DELL'ORDINE PUBBLICO

1. La ricerca del difficile equilibrio tra consenso e dissenso alla base della partecipazione democratica dei cittadini all'interno dello Stato di diritto. 98
2. La ricerca del difficile equilibrio tra la garanzia di effettività del diritto di riunione e la tutela dell'ordine pubblico. 106

III SEZIONE

LIBERTÀ DI CULTO E AZIONE AMMINISTRATIVA: PROFILI CRITICI E LINEE EVOLUTIVE

1. Premesse.	137
2. La ricerca del difficile equilibrio nel rapporto tra professione di fede, diritti fondamentali ed interesse generale.	142
3. Conclusioni.	164

IV SEZIONE

NOTE MINIME IN TEMA DI POTESTÀ AMMINISTRATIVA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI ALL'INTERNO DELLE AULE GIUDIZIARIE: PROFILI SOSTANZIALI E DI GIURISDIZIONE CON PARTICOLARE RIGUARDO AL DIRITTO ALLA SALUTE

1. Premesse	165
2. Potestà amministrativa, discrezionalità, modalità e tecniche di composizione del controverso rapporto tra interesse pubblico e diritti fondamentali.	168
3. L'effettività del diritto alla salute dalla difesa dell'integrità psicofisica dell'individuo alla pretesa alla somministrazione delle cure: profili sostanziali e di giurisdizione.	176
3.1 La doppia anima del diritto alla salute tra autodeterminazione del singolo e diritto alla somministrazione delle cure.	176
3.2 Potestà amministrativa ed organizzazione del servizio sanitario: profili sostanziali e di giurisdizione.	195
3.3 Potestà amministrativa e giudizio di indispensabilità terapeutica concernente la somministrazione di farmaci ovvero la sottoposizione a pratiche mediche: profili sostanziali e di giurisdizione.	201
4. Salubrità dell'ambiente e diritto alla salute dei cittadini: profili sostanziali e di giurisdizione.	205

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Il concetto di libertà è, storicamente, tra i più controversi istituti giuridici e, sicuramente, tra i più condizionati nella sua pratica attuazione.

Com'è noto, il riconoscimento giuridico della libertà modernamente intesa segna il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto e la conquista della qualità di cittadino da parte di chi era considerato prima soltanto suddito¹.

In tal contesto maturano i diritti fondamentali della persona (*rectius*: le c.d. libertà negative) per i quali la Costituzione appresta specifiche garanzie funzionali ad assicurare che la loro limitazione possa essere disposta non a discrezione o ad arbitrio del potere politico (*rectius*: esecutivo), bensì nei soli casi e modi previsti dalla legge (norma generale ed astratta) e, vieppiù, talvolta, in seguito ad un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

Con il passaggio dallo Stato moderno o di diritto allo Stato sociale, però, la semplice astensione dei pubblici poteri da ogni forma di ingiustificata ingerenza nella sfera di autonomia privata del singolo non appare più sufficiente a soddisfare le pretese del cittadino che, diversamente, necessita altresì di politiche di intervento dirette a dare attuazione al principio di uguaglianza sostanziale, condizione essenziale per il libero sviluppo delle individualità e presupposto di fondo della concreta possibilità di partecipazione dei cittadini al progresso civile e sociale della comunità.

Viene così cristallizzato nella Carta del 1948 un catalogo costituzionale di diritti (in uno con i doveri costituzionali, contraltare indefettibile dei primi) capace di sintetizzare i valori propri di una collettività unita da un sentimento indissolubile di identità nazionale incentrato sulla tutela della persona.

Valori e principi che, seppur intoccabili nella loro essenza, si misurano, però, storicamente, con l'evoluzione della società e con la conseguente emersione di nuovi bisogni ed interessi.

Garantire continuità ed inviolabilità ai primi e, al contempo, soddisfare le nuove aspettative e contrastare i nuovi pericoli di disgregazione è la responsabilità che la società civile deve saper assumere su di sé.

“I diritti fondamentali divengono così l'espressione di un ordinamento libero già realizzatosi e, allo stesso tempo, costituiscono il presupposto affinché questo ordinamento si ricostituisca continuamente tramite l'esercizio individuale delle libertà da parte di tutti”².

Naturalmente, però, i diritti non possono vivere autonomamente senza un'autorità che li riconosca, moderi, distribuisca e protegga mediante la predisposizione di adeguati strumenti di tutela e valorizzazione sulla cui certezza il cittadino possa sempre contare.

¹ Cfr. MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *Diritto Costituzionale*, Milano 1998, p. 667.

² Così HABERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, 39.

In tal contesto, la direzione politica dello Stato implica non soltanto la determinazione dei fini dell'azione statale, ma anche la predisposizione degli strumenti giuridici e dei mezzi materiali per il suo svolgimento ed, infine, il conseguimento stesso dei fini³.

L'esercizio della potestà normativa e la funzione esecutiva costituiscono, quindi, i mezzi diretti di attuazione dell'attività politica in conformità ai valori consacrati all'interno della Carta Fondamentale.

In particolare, l'azione amministrativa, diretta al soddisfacimento materiale dei bisogni collettivi, soggiace al principio di legalità (costituzionale) e involge i diritti fondamentali della persona solo entro i limiti fissati dall'ordinamento a tutela di interessi sovraindividuali di rango superiore.

Al contempo, però, un diritto (o interesse) soggettivo ben può essere espressione non tanto e solo di posizioni egoistiche, ma, al contrario, può custodire in sé l'essenza dei principi di civiltà giuridica propri di un determinata collettività, specchio o tavola di proiezione del modo di essere complessivo e fondamentale di un ordinamento⁴. La sua tutela di fronte all'esercizio del pubblico potere, finalizzato a promuovere un interesse oggettivo, impersonalmente pubblico, può quindi trascendere la dimensione personalista e divenire strumento di bilanciamento tra interessi sovra individuali.

Diviene così essenziale comprendere i principi, le regole, i meccanismi e le tecniche di tutela che l'ordinamento positivamente appresta al fine di salvaguardare i diritti fondamentali della persona allo scopo di acquisire consapevolezza in ordine al grado di civiltà giuridica propria di un dato sistema politico e sociale storicamente determinato.

Diviene essenziale, cioè, comprendere come si atteggi la direzione politica di una comunità (che, come visto, comprende in sé non solo la determinazione dei fini, ma anche la predisposizione dei mezzi idonei a conseguirli e la loro concreta attuazione) di fronte ai diritti fondamentali della persona.

Centrale, in tal contesto, si manifesta la disamina dei valori costituzionali (o che in Costituzione trovano, in ultima istanza, la loro legittimazione), che sorreggono ed indirizzano l'azione amministrativa e che tradizionalmente si identificano nei principi di legalità, tipicità (e, quale contraltare, il potere provvedimentale implicito), imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità, precauzione, legittimo affidamento, buon andamento, pubblicità, responsabilità.

³ Cfr. MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, 196.

⁴ Così D'ALOIA, *Introduzione*, in D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XXII s.

Principi la cui consistenza viene sempre più arricchita dal contributo fornito dall'ordinamento comunitario (artt. 11 e 117 cost.) e dalle norme di diritto internazionale generale (art. 10 cost.) e pattizio (che dà vita e contenuto alla norma interposta ex art. 117 cost) proiettate verso una sempre maggiore valorizzazione dei diritti dell'individuo così come maturati all'interno di uno "spazio giuridico europeo"⁵ anch'esso ispirato ai principi propri del costituzionalismo moderno.

Ciò sia a livello globale che, più marcatamente, appunto in ambito regionale (europeo) laddove emerge un processo di generale ripensamento del rapporto autorità/libertà indirizzato verso la maturazione di una nuova concezione di democrazia c.d. cosmopolita⁶ quale imprescindibile rafforzamento e completamento dei principi propri del costituzionalismo moderno, patrimonio comune degli ordinamenti giuridici ispirati ai principi di libertà ed eguaglianza.

Ne consegue un processo di integrazione tra ordinamenti giuridici nazionali che, a ben vedere, si incentra sulla capacità di armonizzare e sintetizzare, in una codificazione di respiro sovranazionale, i valori comuni, sempre comunque nel rispetto dei valori supremi, peraltro anch'essi in buona parte comuni, consacrati all'interno delle Carte Fondamentali dei diversi Stati sovrani membri dell'Unione.

Codificazione che oggi ha raggiunto la sua massima espressione con il trattato di Lisbona che prevede un rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale assume così carattere giuridicamente vincolante, pur non essendo formalmente inclusa nel testo dei trattati, ed altresì l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, introducendo per tale via, con la "comunitarizzazione" delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, una forma di controllo esterno al sistema giuridico dell'Unione.

Del resto, *per tabulas*, i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, divengono ora parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e, pertanto, contribuiscono ad arricchire la consistenza dei diritti di libertà già propri dei diversi ordinamenti nazionali.

Ne deriva la necessità di interpretare i diritti civili, politici e sociali consacrati in Costituzione secondo una prospettiva oggi più che mai di respiro europeo, conformemente peraltro ad un indirizzo già da tempo inaugurato dalla Corte di Giustizia che, tempi ed idee precorrendo,

⁵ Cfr. CHITI M. P., *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003.

⁶ Cfr. HELD D., *Modelli di democrazia*, Bologna, 1996, 482 ss.

ebbe a sancire, già alla fine degli anni '60, che i diritti fondamentali costituiscono parte essenziale dei principi generali del diritto comunitario.

Così i valori indivisibili e universali di libertà, uguaglianza e solidarietà si consolidano e richiedono che il loro sviluppo all'interno degli ordinamenti nazionali sia garantito in modo uniforme e non discriminatorio.

Naturalmente, la ricognizione dei diritti e delle dinamiche che involgono i valori fondamentali della persona, sia in chiave nazionale che, vieppiù, europea, non può essere per definizione mai esaustiva ma necessariamente costretta ad un destino di incompletezza e parzialità della selezione effettuata.

Ciononostante, è proprio la concentrazione dell'analisi in ordine a quei profili asseritamente ritenuti più controversi e/o comunque connotati da prospettive innovative che rende originale l'approccio che si vuole così perseguire in particolare per meglio descrivere e precisare le dinamiche che sorreggono il rapporto che intercorre tra i diritti inviolabili dell'individuo e l'azione amministrativa e ciò, naturalmente, al fine di comprendere quali siano i limiti invalicabili che circoscrivono l'*agere* dell'amministrazione nel perseguimento di finalità pubbliche di fronte ai diritti inalienabili della persona.

Quesiti tradizionali la cui soluzione, però, muta in ragione dell'evoluzione della coscienza giuridica e sociale di una data collettività.

Orbene, è noto ed incontrovertito che il cittadino abbia diritto ad un'amministrazione efficiente, efficace e responsabile.

La definizione dei termini di conclusione del procedimento amministrativo, in uno con l'introduzione del nuovo art. 2 bis l. n. 241/90 e la volontà di conferire certezza ai criteri in forza dei quali possa essere garantita effettiva soddisfazione in giudizio per il colpevole ritardo e/o omissione nell'esercizio dell'azione amministrativa, l'obbligo di motivazione del provvedimento, la partecipazione al procedimento, la valorizzazione degli interessi diffusi e collettivi, il diritto di accesso agli atti dell'amministrazione, le garanzie in ordine all'adozione dei provvedimenti afflittivi di secondo grado, costituiscono sicuramente esempi di principi e regole di buona amministrazione la cui consistenza appare sempre più irrobustita dall'influenza del diritto comunitario e dalla costante ed inarrestabile intensificazione dei livelli di interazione tra istituti giuridici di matrice spiccatamente nazionale ed oggi sempre più protesi verso la costruzione di un comune patrimonio di valori.

Riprova di ciò è, in ambito comunitario, la maturazione proprio del principio di buona amministrazione, (con i diversi corollari atti a caratterizzarlo), considerato l'espressione a livello europeo dell'endiadi imparzialità e buon andamento consacrata nell'ordinamento

italiano ex art. 97 Cost., principio di fondo dell'azione amministrativa teso a assicurare il perseguimento del pubblico interesse secondo una prospettiva rivolta alla congrua ed equa ponderazione delle posizioni giuridiche coinvolte nella fase procedimentale prodromica all'adozione del provvedimento finale.

Coerentemente, oggi si assiste anche ad un ripensamento generale della tutela del cittadino mediante la predisposizione di una disciplina positiva finalizzata a garantire la corretta genesi e lo sviluppo dei rapporti tra procedimento e processo - di modo che si eviti di compromettere irragionevolmente il consolidamento di effetti giuridici prodotti in seguito alla riedizione della potestà amministrativa circa una fattispecie in atto controversa - e ciò in conformità al principio di certezza nella definizione dei rapporti giuridici.

Dal complesso, poi, delle riforme normative in atto emerge l'idea che l'attività della pubblica amministrazione, sia essa destinata all'erogazione di atti come di servizi, assuma oggi sempre più incisivamente la configurazione di un «*servizio*» reso alla comunità nazionale (art. 98 Cost.).

In tal contesto, il cittadino diventa fruitore dei servizi erogati e si attende che i propri interessi individuali, suscettivi però di soddisfacimento mediante l'erogazione di prestazioni fornite dall'amministrazione, in uno con i tradizionali bisogni collettivi, siano pienamente tutelati e che l'azione amministrativa sia rivolta al miglioramento costante delle condizioni generali di vita e benessere.

Si ripropone così la *vexata questio* concernente la determinazione del concetto di servizio pubblico essenziale e la consistenza del diritto alla prestazione inteso sia come mezzo di soddisfacimento del bisogno sia come momento di partecipazione, singolarmente o anche, più propriamente, in forma associata, alla definizione dei livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali della persona.

Il cittadino diviene così *latu sensu* consumatore anche nei confronti della pubblica amministrazione (e non soltanto, naturalmente, nei tradizionali rapporti di scambio interprivati) e, in tal veste, aspira ad essere adeguatamente protetto, avvalendosi anche della tutela riconosciuta dal diritto comunitario, ogni qual volta possano emergere possibili profili di contrasto e/o di attentato ai propri diritti sociali.

Invero, il diritto dell'utente assume una dimensione che trascende quella della sua sfera giuridica, isolatamente considerata, per acquisire una valenza "pubblica", nel senso che il soddisfacimento dell'interesse del singolo diviene necessario per la stessa realizzazione dell'interesse generale.

Secondo tale prospettiva emerge una nuova visione dell'azione amministrativa e dei principi che ad essa presiedono.

Lo sforzo del creatore di norme, così come quello dell'interprete, appare oggi proiettato nel coordinare, anche in chiave comunitaria, legalità e buon andamento, specie in materia di organizzazione, dove sempre maggiore è il peso che il valore economico del buon andamento sta assumendo.

Così, mentre un tempo agire legittimamente significava agire bene, oggi si può pensare che agire bene significhi agire legittimamente.

Orbene, precisare i contorni entro cui si iscrive l'esercizio della potestà amministrativa (secondo le diverse modalità con le quali si estrinseca l'attività discrezionale tecnico/amministrativa) costituisce la via maestra per comprendere in che termini la potestà d'imperio possa concretamente condizionare la reale consistenza dei diritti fondamentali della persona e la loro effettività oltre che contribuire a delineare le tecniche di tutela indispensabili al fine di concepire un ordinamento giuridico sufficientemente maturo per garantire, da un lato, il giusto bilanciamento tra l'interesse del singolo ed il fine pubblico e, dall'altro, apprestare ogni idonea garanzia che impedisca di travalicare limiti insuperabili.

La questione investe la teorica dei diritti inaffievolibili e le correlate incertezze dogmatiche sostanziali e processuali (in punto di giurisdizione).

Oltremodo significativo è il riferimento al diritto alla salute che, sovente, si confronta con ulteriori interessi con cui essere temperato.

Il carattere inaffievolibile del diritto alla salute, il diritto del singolo di potersi curare nel miglior modo possibile anche sottoponendosi a trattamenti terapeutici diversi da quelli direttamente erogati dal S.S.N. senza incorrere in esborsi economici dovuti all'inefficienza del servizio sanitario, si scontra con una normativa che attribuisce all'amministrazione un potere di valutazione tecnico/discrezionale circa la non fungibilità delle cure somministrate all'estero ovvero in strutture non convenzionate.

Potere di valutazione che, invero, va sottoposto ad uno stretto scrutinio di ragionevolezza condotto non solo in forza del dettato normativo nazionale bensì vieppiù in conformità ai principi e criteri ormai consacrati in ambito europeo e capaci di conformare le singole discipline interne ai valori di fondo propri dell'ordinamento comunitario (Cfr. Corte di giustizia sentenza 16 maggio 2006 - Causa C372-04) in cui emerge in misura preponderante l'idea che per assicurare la coesione sociale e per contrastare deteriori effetti sul diritto all'accesso alle cure frutto di disuguaglianze sociali, derivanti dalle diverse condizioni socio-economiche dei singoli territori, appare necessario valorizzare il principio di universalità delle

prestazioni sanitarie ritenute indispensabili per garantire effettività ad una esistenza libera e dignitosa.

Di contro, però, l'aspetto sicuramente più controverso che involge oggi il diritto alla salute quale diritto del singolo e, al contempo, interesse della collettività, risiede non tanto nella ricerca del fondamento giuridico che impone allo Stato di fornire le cure necessarie che siano espressamente richieste dal cittadino, ma, al contrario, nella precisazione dei limiti entro cui ritenere legittima la sottoposizione a trattamenti sanitari erogati anche a prescindere dalla volontà del paziente.

Si tratta, in buona sostanza, di stabilire se il diritto di vivere o morire della persona sia incondizionato e se la sua pratica attuazione debba essere rispettata, non contrastata, garantita e/o, al più, agevolata.

Si tratta di stabilire cioè quali siano i principi supremi cui appellarsi nella definizione di una "scelta tragica del diritto" – quale è il riconoscimento della legittimità dell'interruzione di terapie di sostegni vitale – secondo una prospettiva conforme al complesso dei valori propri non solo dell'ordinamento giuridico interno bensì anche del patrimonio giuridico di matrice comunitaria oggi in particolare ravvisabile nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Le note vicende degli ultimi tempi hanno consentito alla giurisprudenza ordinaria (configurazione e precisazione dei caratteri del diritto inalienabile di rifiutare le cure), amministrativa (illegittimità del provvedimento amministrativo con il quale si nega che le strutture pubbliche possano procedere alla sospensione del sostegno vitale), costituzionale (natura di principio fondamentale del consenso informato quale elemento qualificante del diritto alla salute e del principio di autodeterminazione del singolo e inammissibilità del conflitto di attribuzioni promosso da Camera dei Deputati e Senato della Repubblica in relazione a provvedimenti dell'autorità giudiziaria ordinaria) ed europea (l'inconfigurabilità della legittimazione ad agire, per far valere presunte violazioni della Cedu, delle associazioni a difesa dei diritti dell'uomo, dei tutori di persone in stato vegetativo, associazioni di parenti e amici di persone affette da gravi handicap, medici, psicologi ed avvocati che assistono tali persone, a fronte di statuizioni giudiziarie che non vedano tali soggetti, attori in sede europea, rivestire la qualità di parti processuali) di indicare, *de iure condito*, le linee guida di una fondamentale questione di civiltà giuridica che involge in primo luogo la libertà di coscienza del singolo.

La libertà di coscienza, poi, viene altresì chiamata in causa ogni qual volta si discuta in merito a provvedimenti amministrativi che possano “interferire” con la libertà di confessione religiosa che, com’è facile intendere, attiene all’essere più profondo della spiritualità dell’uomo.

Di qui, secondo la più recente giurisprudenza, l’interesse dei non credenti, ovvero dei differentemente credenti, ad impugnare gli atti che ritengano violino le loro più profonde convinzioni morali o religiose.

Il rispetto per valori e tradizioni religiose differenti da quelle proprie denota l’attitudine della società civile a riconoscere e rispettare la diversità sempre, comunque, nei limiti di compatibilità con i valori fondamentali dell’ordinamento la cui salvaguardia non può tollerare eccezioni, soprattutto a fronte di ogni possibile deriva integralista.

Peraltro, le note vicende degli ultimi tempi (crocefisso all’interno delle aule scolastiche e giudiziarie, presenza dei docenti che insegnano religione cattolica alle deliberazioni del consiglio di classe concernente l’attribuzione del credito scolastico) costituiscono non solo l’occasione per riflettere sulle condizioni ed i limiti entro i quali l’azione amministrativa va temperata con i diritti fondamentali della persona ma, vieppiù, rappresentano il banco di prova rispetto al quale misurare il principio immanente di laicità dello Stato Repubblicano.

Principio di laicità che, invero, assume una sua specifica connotazione anche in ambito comunitario, divenendo elemento fondamentale dell’ «ordine pubblico» europeo (Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – sentenza 30 luglio 2001).

Garantire, poi, il rispetto dei diritti fondamentali della persona significa anche e, forse soprattutto, garantire la libera, ordinata e pacifica convivenza tra i consociati ovvero soddisfare il bisogno di sicurezza avvertito dalla comunità contro ogni possibile fonte di pericolo.

Invero, la sicurezza va concepita come un modo di essere dei valori essenziali che caratterizzano la costituzione materiale di uno Stato e, quindi, come un profilo indispensabile della loro esistenza. In tal senso la sicurezza è essa stessa un valore giuridico, assoluto e relativo ad un tempo. È valore assoluto perché nessuno Stato può fare a meno di garantire la propria sicurezza, in quanto coincidente con il nucleo dei propri valori essenziali, ed è relativo, in quanto la concezione della sicurezza può variare profondamente da ordinamento a ordinamento⁷.

La sicurezza diviene così preconditione per garantire la libera esplicazione dei diritti fondamentali dell’individuo.

⁷ Così DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Seminario giuridico della università di Bologna LVIII, Milano, 1971, 96.

Senza sicurezza non è possibile cementare valori. E senza valori il gruppo sociale perde la sua identità.

Evidenziata la logica qualificazione della sicurezza quale bene e, al contempo, bisogno di qualunque comunità organizzata, si vuol porre l'attenzione in ordine agli strumenti di carattere amministrativo che recentemente sono stati concepiti al fine di fornire una risposta efficace, nel rispetto sempre dei diritti fondamentali della persona, ai pericoli che possono derivare da possibili focolai eversivi e/o concernenti il disagio sociale e suscettivi di tradursi in esternazioni capaci di attentare alla pubblica incolumità.

Si tratta di rilevare come l'azione amministrativa, anche in tale settore permeata da influenze di matrice comunitaria, contribuisca a perseguire in concreto l'obiettivo della tranquillità sociale.

Del resto, la domanda di sicurezza espressa oggi dai cittadini non riguarda solo la criminalità, ma investe un settore ben più ampio che include l'area grigia dell'inciviltà e la paura.

Diversi sono gli spunti di riflessione attuali.

In primo luogo va chiarito che, pur se tradizionalmente le politiche criminali e la definizione delle questioni, spesso irrisolte, di disgregazione sociale competano, in quanto di respiro locale, alle singole autorità nazionali, invero, anche in tale settore, si manifesta con sempre maggiore intensità il processo di europeizzazione delle iniziative finalizzate a prevenire e contrastare l'emersione di possibili fattori di devianza sociale.

Si innesta in tale processo, in particolare, l'istituzione di una rete europea di prevenzione della criminalità (EUCPN) con il compito di individuare, in materia di sicurezza pubblica, le priorità dell'Unione europea, di sviluppare e promuovere lo scambio delle migliori pratiche e di sostenere svariate iniziative europee, nazionali e locali.

Il percorso così intrapreso si incentra sullo sviluppo di strategie capaci di individuare le buone pratiche in materia di prevenzione della criminalità mediante la condivisione di conoscenze ed esperienze acquisite dai diversi Paesi membri.

Lo sviluppo delle politiche di sicurezza diviene così il frutto di una riflessione condotta non solo in ambito nazionale ma secondo una prospettiva di respiro europeo che ha da sempre comunque valorizzato la necessità di coinvolgere nelle attività di prevenzione della delinquenza, in conformità alla Costituzione dei diversi Stati membri, le autorità e i poteri locali sia in qualità di promotori di tali attività che di destinatari delle stesse (Cfr. Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa Rec. n. 2003/21).

Anche a livello comunitario ne è derivato, per tale via, un approccio incentrato sulla individuazione di possibili forme di collaborazione interistituzionale finalizzate alla

predisposizione di adeguate misure atte a garantire la tranquillità dei cittadini ed il quieto vivere all'interno dei diversi contesti urbani.

Una prospettiva che vede da anni la Commissione europea e la Direzione Generale Giustizia e Affari interni promuovere il cofinanziamento di progetti in cui sia valorizzato il ruolo degli amministratori locali in quanto attori-chiave per l'attuazione delle politiche in materia di sicurezza urbana.

Su questa linea direttrice si collocano, da ultimo, nel diritto italiano i c.d. "Pacchetti Sicurezza" 2008 e 2009 che hanno di certo fortemente valorizzato i compiti e le funzioni devolute alle autorità amministrative locali.

Ciò in conformità ad una precisa tendenza evolutiva che vede, anche all'interno dell'ordinamento nazionale, sempre più rafforzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie territoriali in materia di pubblica sicurezza.

È ormai infatti generalmente accettata l'idea che la sicurezza non è responsabilità solo degli apparati ad essa tradizionalmente preposti - giustizia e forze dell'ordine - ma è responsabilità più generale di una *governance* allargata frutto anche dei c.d. protocolli d'intesa e contratti di sicurezza.

Se è vero, infatti, che la competenza in materia di ordine e sicurezza pubblica appartiene allo Stato, che la esercita a livello decentrato attraverso le Autorità provinciali di Pubblica sicurezza, (funzione che, per giurisprudenza costituzionale consolidata, l'attività di studio, analisi e formulazione di proposte condotta a livello regionale non pone certo in discussione), tuttavia, molto spesso è l'amministrazione locale ad essere la prima e diretta destinataria delle istanze di sicurezza da parte dei cittadini. Infatti, è al Sindaco che la cittadinanza comunica i propri problemi, le proprie insicurezze e chiede che, con la sua Amministrazione, se ne faccia carico, fornendo risposte adeguate e tempestive.

Base giuridica di tali risposte è oggi l'art. 54 T.U.E.L., così come recentemente modificato, attributivo di un significativo potere di ordinanza, finalizzato alla tutela della sicurezza urbana, che va analizzato con particolare approccio critico per ravvisarne la piena compatibilità con i valori costituzionali della persona, tenuto presente che le libertà individuali vanno sempre coniugate all'unisono con l'interesse della collettività e ben possono subire, in talune modalità di esercizio, delle compressioni che le rendono compatibili e le armonizzano con interessi sovra individuali di rango pari ordinato o superiore.

V'è poi la tendenza a ritenere che la pace della città – delle strade e dei marciapiedi – sia da garantire attraverso un'intricata, quasi inconscia, rete di controllo volontario esercitato dalla popolazione stessa sui propri quartieri⁸.

Al contempo, però, non bisogna dimenticare che la responsabilità politica e giuridica in materia di ordine e sicurezza compete al pubblico potere che non può per tale via, comunque, giammai abdicare all'esercizio della sovranità statale.

Sovranità statale che appartiene al popolo i cui diritti di libertà, però, *“come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averli conquistati una volta per sempre, ma occorre difenderli e custodirli quotidianamente rendendosene degni, avendo l'animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fossero in pericolo”*⁹.

Secondo tale prospettiva emerge non solo la capacità dello Stato-Comunità di difendere ciò che è già acquisito ma, vieppiù, la responsabilità verso le generazioni future di tramandare un patrimonio di valori che possa contribuire a promuovere lo sviluppo dell'umanità.

La responsabilità c.d. intergenerazionale diviene così non solo contenuto minimo del nuovo diritto naturale ma anche, più prosaicamente, il tendenziale obiettivo di una buona amministrazione della *res publica*.

In sintesi, il presente lavoro di ricerca, ricostruendo la genesi dei principi propri del costituzionalismo moderno e del significato storico, politico, giuridico e sociale dell'affermazione dei diritti fondamentali dell'individuo all'interno prima dello Stato liberale e, quindi, dello Stato sociale, vuole tendere ad una revisione critica, in chiave comunitaria, dell'attuale concezione del rapporto autorità/libertà in cui l'attività amministrativa, sia essa destinata all'erogazione di atti come di servizi, sia concepita quale “servizio” reso alla comunità nazionale.

Individuare le prospettive di sviluppo del principio di effettività di tutela dei diritti fondamentali della persona nel quadro del sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa dinnanzi al giudice ordinario ed amministrativo e, in relazione alle fonti primarie di attribuzione del potere, innanzi alla Corte Costituzionale, alla Corte di Giustizia ed alla Corte europea dei diritti dell'uomo, significa così evidenziare le attuali criticità del sistema, le possibili linee di evoluzione e la capacità della società civile sia di difendere i diritti inalienabili acquisiti nel corso dei secoli sia di tramandare alle generazioni future un patrimonio di valori che possa contribuire a promuovere lo sviluppo dell'umanità.

⁸ Cfr. CARDIA C., *La sicurezza nella progettazione urbanistica ed edilizia*, in www.labqus.net.

⁹ Così JEMOLO C.A., *Che cos'è la Costituzione*, Roma, 1946, 63.

CAPITOLO I

LIBERTÀ FONDAMENTALI ED AZIONE AMMINISTRATIVA NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO

1. Il costituzionalismo moderno: genesi ed evoluzione dei diritti inalienabili del cittadino nello spazio giuridico europeo. 2.1 Rischi naturali ed antropici e tutela della pubblica incolumità: linee guida in materia di gestione dell'emergenza e responsabilità dello Stato in conseguenza di catastrofi naturali. 2.2 Principio di precauzione e libertà d'iniziativa economica. 2.3 Azione amministrativa e pluralismo dell'informazione: tecniche e strumenti di conciliazione tra interessi pubblici e privati. 2.4 Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel quadro dei principi e delle regole del diritto amministrativo comunitario. 2.5 Effettività del diritto al risarcimento del danno conseguente alla irragionevole durata del processo e latitudine applicativa delle norme di diritto interno alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

1. Il costituzionalismo moderno: genesi ed evoluzione dei diritti inalienabili del cittadino nello spazio giuridico europeo

Parlare di libertà, in termini generali, significa richiamare uno stato od una condizione di piena autonomia ed indipendenza, espressione del principio di autodeterminazione entro cui, in definitiva, si sviluppa, liberamente appunto, la personalità dell'individuo, titolare di diritti inalienabili di chiara consistenza e vocazione universale¹⁰.

Invero, il concetto di libertà è, storicamente, tra i più controversi, complessi ed articolati istituti giuridici¹¹ e, sicuramente, tra i più condizionati nella sua pratica attuazione¹².

¹⁰ Per un approfondimento della nozione di libertà in diritto pubblico v. AMATO, *Libertà, (diritto costituzionale)*, (voce), in *Enc. Dir.*, XXIV vol. 1974, 272 ss.

¹¹ "I diritti di libertà, diversi per oggetto e contenuto e, quindi, per regolamentazione specifica, presentano alcune caratteristiche comuni che consentono di considerarli appartenenti ad un'unica categoria. Essi sono: 1) la natura di diritti soggettivi pubblici: i diritti di libertà sono riconosciuti al singolo per tutelare in via diretta ed immediata un interesse del suo titolare e sono fatti valere, anzitutto, nei confronti dell'autorità; 2) l'assolutezza: i diritti di libertà hanno per contenuto una pretesa che è fatta valere anzitutto, e per ragioni storiche, contro lo Stato...ma possono essere fatti valere nei confronti di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento; 3) la bivalenza, positiva e negativa: i diritti di libertà consistono nella facoltà di far valere pretese con contenuto sia di ordine positivo sia di ordine negativo, sia di fare sia di non fare....; 4) l'inviolabilità: i diritti di libertà non sono esenti da limiti...ma esiste un nucleo essenziale di regime che non può essere variato senza che muti la forma dello Stato e che perciò è sottratto al potere di revisione costituzionale; 5) la condizione di oggetto di riserva di legge, in funzione di garanzia attuativa dello Stato di diritto". Così MELONCELLI, *Manuale di diritto pubblico*, Roma, 1992, 714 s.

¹² Cfr. MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *Diritto Costituzionale*, Milano 1998, p. 667. Sin da subito è invero opportuno evidenziare che "l'attuazione dei diritti di libertà, dei diritti civili, dei diritti politici, e degli stessi diritti economici e sociali, e come ormai si richiede, dei c.d. diritti culturali, costituisce certamente un vantaggio e un progresso per la democrazia, poiché pone i singoli membri del demos, le sue parti, le minoranze e i gruppi, nelle condizioni di esercitare le prerogative che una democrazia deve accordare ai suoi appartenenti". Così PALOMBELLA, *Diritti fondamentali: argomenti per una teoria*, in www.swif.uniba.it/lei/filpol/glp.htm.

Com'è noto, “*il riconoscimento giuridico della libertà modernamente intesa*¹³ *segna il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto*¹⁴ *e la conquista della qualità di cittadino da parte di chi era considerato prima soltanto suddito*”¹⁵.

In tal contesto maturano i diritti fondamentali della persona¹⁶ (*rectius*: le c.d. libertà negative) per i quali la Costituzione¹⁷ appresta specifiche garanzie funzionali ad assicurare che la loro limitazione possa essere disposta non a discrezione o ad arbitrio del potere politico (*rectius*: esecutivo), bensì nei soli casi e modi previsti dalla legge (norma generale ed astratta) e, vieppiù, talvolta, in seguito ad un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria¹⁸.

¹³ Invero, sottolinea MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/.../0148_mangiameli.pdf, che “*ad affermare che la libertà sia un potere si finirebbe con il restringere lo spazio di libertà, dal momento che l'esercizio del potere presuppone non solo la capacità giuridica, ma anche quella di agire, e di fatto risulterebbero così privati dei diritti di libertà tutti coloro che sono incapaci, i minori gli interdetti; per non considerare, poi, che ogni specifica libertà non esercitata non sarebbe perciò stesso non goduta*”.

¹⁴ Per un approfondimento v. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 2001, 02, 873 ss

¹⁵ Cfr. MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p. 681. In merito v. anche DICKMAN, *Il rilievo del diritto internazionale dei diritti umani nell'interpretazione costituzionale*, in www.federalismi.it, 1.

¹⁶ “*La persona, nel suo patrimonio identificativo ed irrettrabile, costituisce nella nostra Costituzione il soggetto attorno al quale si incentrano diritti e doveri*”. In tal senso v. *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/.../STU185_principi.pdf.

¹⁷ Sottolinea JORIO, *La Costituzione tradita*, in www.lexitalia.it/p/11/jori_costituzione.htm, 1, che “*la Costituzione è la legge fondamentale degli Stati di diritto poiché individua le fonti e le modalità di produzione giuridica, formalizza la delega della sovranità del popolo agli organi preposti all'esercizio dei pubblici poteri, reca in sé le norme che si pongono a fondamento della forma di stato e della forma di governo*”. Evidenzia la doppia anima della Costituzione, intesa sia come atto che come processo, RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 10 s., secondo cui “*la Costituzione come atto dà una prima idea del “modello” costituzionale nel suo insieme, un'idea nondimeno incolore, appiattita, statica, così come lo sono appunto le immagini sulla carta. La Costituzione come processo obbliga le dinamiche ordinamentali a confrontarsi con la natura degli interessi in campo, nello sforzo di ricercare sintesi assiologicamente pregevoli e qualificanti tra gli stessi, vale a dire adeguate all'equilibrio tra i valori in campo (e, segnatamente, tra il valore di autonomia e quello di eguaglianza). Allo stesso tempo – e il punto è di estrema importanza, per quanto invero ancora oggi non messo a fuoco come si conviene – proprio nel momento in cui la Costituzione imprime alle esperienze di normazione ed alle dinamiche ordinamentali in genere l'orientamento assiologico che si è detto, essa lo dà anche a... se stessa, obbliga cioè gli operatori a rileggere le formule iscritte sulla carta ed a caricarle di significati continuamente nuovi, congrui rispetto alle esigenze espresse dalle congiunture e rispecchiate dagli atti di normazione adottati per fronteggiarle*”.

¹⁸ Invero, complessa è “*la questione relativa alla relazione tra giudice di merito e legislatore per ciò che attiene all'interpretazione dei singoli diritti fondamentali, in particolare nel caso che il giudice abbia provveduto a concretizzare il diritto in assenza di una specifica disciplina legislativa della fattispecie. Il fuoco di attenzione si concentra, in particolare, sulla (problematica) capacità performativa del precedente giurisprudenziale che interpreta il diritto fondamentale rispetto alle scelte politiche successive del legislatore nella regolamentazione di una determinata fattispecie*”. Così e per un approfondimento v. BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Baldini.pdf, 9 ss. Sul punto v. anche TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/Tripodina_Argomento_originalista.pdf, secondo cui “*nello stato costituzionale di diritto (quanto meno nella sua versione continentale, appunto), i giudici svolgono un'opera essenziale di protezione dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all'azione degli organi politici e trasformarsi in opera di creazione di quei diritti*». *Svilire la decisione politica (costituzionale o ordinaria) sui diritti e ad essa sostituire quella giurisprudenziale significa, a tacer d'altro, entrare in urto e far fortemente vacillare i pilastri dello stato di diritto del principio di legalità, della certezza del diritto e dell'uguaglianza dei cittadini*”. Parla di “*significativa espansione della giurisdizione*”, PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte Costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/.../0057_panzera.pdf. Infine, sottolinea

Prende vita, così, un nuovo modello culturale che si fa portatore dell'esigenza insopprimibile di giuridicizzare (*rectius*: limitare) l'esercizio della sovranità¹⁹ entro una cornice di principi e valori codificati, espressione, in definitiva, della più intima essenza dell'*idem sentire de re publica* di una collettività divenuta consapevole dell'intangibilità dei diritti inalienabili della persona da parte del potere sovrano²⁰.

Efficacemente matura l'idea secondo cui “*ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione*”²¹.

Nasce così il costituzionalismo moderno²², corrente di pensiero ideologica entro cui matura l'esigenza di rappresentare il coacervo dei valori di fondo che permeano una corpo sociale chiamato a costruire un nuovo ordine sociale, espressione di una netta cesura rispetto all'assetto politico/costituzionale proprio dell'*ancien regime*²³.

In tal contesto, “*catalogo dei diritti e principi sull'organizzazione dei poteri non costituiscono due parti distinte della Costituzione*”²⁴, bensì *due profili connessi, in quanto uno è relativo al*

l'eterogeneità dei modelli sociali di riferimento nell'interpretazione delle norme costituzionali in relazione alla piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali della persona, MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di*, cit., 22.

¹⁹ “*Lo Stato di diritto costituzionale nasce – come si sa – per dotare di un nuovo fondamento il potere del sovrano, allo stesso tempo ponendovi finalmente un limite giuridicamente rilevante. Il sovrano continua, sì, a portare il nome di un tempo; cessa, però, di essere il “vero” sovrano. La sovranità ormai si sposta in una fase anteriore alla posizione dei poteri costituiti (o “costituzionali”), appuntandosi e per intero risolvendosi nel potere (o nel fatto) costituente. La differenza tra la sovranità del Costituente e la “sovranità” del... sovrano, siccome potere costituito, sta tutta nelle virgolette, che di necessità devono essere apposte al termine nella sua seconda applicazione*”. Così RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.federalismi.it

²⁰ Invero, secondo PALOMBELLA, *Diritti fondamentali*, cit., “*I diritti di libertà, verso lo Stato, non sono veramente identificabili anche quali diritti “contro” lo Stato, come invece altrettanto tradizionalmente e quasi universalmente si dice. Ciò per la ragione che essi non sempre comportano solo o essenzialmente obblighi generali di astensione, e che dal punto di vista teleologico non sempre lo Stato è il vero o l'unico antagonista. Anzi, la ragione per istituire poteri pubblici non è certamente quella di imporre loro il rispetto dei nostri diritti di libertà, ma caso mai di proteggere e sostenere questi diritti: il che implica una serie di attività positive*”.

²¹ Cfr. art. 16 Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789.

²² Secondo una prima accezione, “*il costituzionalismo consiste essenzialmente in un sistema di pensiero volto a garantire i diritti e le libertà contro gli arbitrii dello Stato attraverso l'individuazione di limiti giuridici ai relativi poteri*”. Così DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo per una costituzione universale dei diritti e delle libertà*, in www.federalismi.it, 1. Nello stesso senso v. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 03 2771.

²³ “*Il costituzionalismo ha il grande merito di averne rilevato indizi inequivoci soprattutto a partire dal XVIII secolo, sottolineando che l'uguaglianza e la libertà sono attributi di tutti gli uomini e permettendo che con il riconoscimento costituzionale dei diritti e delle libertà si incrina ssero e poi crollassero le concezioni giuridiche organicistiche, per le quali lo stato viene prima dell'individuo ed il popolo ne costituisce un organo, non un fine. Con tale rivoluzione l'uguaglianza è diventata la base dell'etica dei diritti umani. Con la libertà diventa il fondamento della sensibilità politica verso la promozione della tutela dei diritti declinati in concreto*”. Così DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo*, cit., 9.

²⁴ Per un approfondimento sulla nozione sulla funzione della Costituzione quale fonte di rango superprimario v. MODUGNO, *Costituzione. 1) Teoria Generale*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, X vol., 1988, 1 ss. Per un approfondimento sui tratti fondanti e caratteristici della Costituzione italiana v. COCOZZA, *Costituzione. 2) Costituzione italiana*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, X vol., 1988, 1 ss.

*riconoscimento dei diritti individuali e gli altri concernono la predisposizione di idonee garanzie, istituzionali e giurisdizionali*²⁵.

Invero, il processo di codificazione dei diritti fondamentali²⁶ è stato, sin dalle prime battute, contraddistinto da uno sviluppo disomogeneo, necessariamente ancorato alle diverse, singolari e peculiari esperienze maturate all'interno di società connotate da profonde differenze culturali e ideologiche²⁷.

È del tutto evidente, infatti, che, se il costituzionalismo moderno ha sicuramente permeato – ed ha certamente rappresentato la fonte di ispirazione comune del – le tradizioni giuridiche proprie di numerosi Stati sovrani (*rectius*: corpi sociali organizzati su di un dato territorio), è pur vero che lo sviluppo dei principi e dei valori della persona ha seguito un percorso non unitario e condiviso²⁸ bensì necessariamente condizionato dal grado di maturazione (culturale ed ideologica)²⁹ propria di ogni collettività nonché dalle finalità immediatamente perseguite all'interno delle diverse realtà sociali entro cui si è progressivamente radicato³⁰.

È stato possibile assistere, cioè, ad un fenomeno evolutivo plurimo, che, in definitiva, ha costituito l'espressione di un relativismo storico ed istituzionale considerato, però, non certo fonte di particolarismo bensì di valorizzazione della diversità politica ed istituzionale³¹ propria

²⁵ Così ROLLA G., *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2010, p. 192.

²⁶ Va subito precisato che l'enumerazione, più o meno dettagliata, dei diritti inalienabili dell'individuo all'interno di documenti costituzionali non è di per sé sinonimo di effettività. Come si avrà modo di precisare, infatti, “*i diritti debbono essere non solo codificati, ma anche convalidati dalla cultura giuridica e politica di un determinato paese*”. Così ROLLA, *op. cit.*, p. 7..

²⁷ Parla di storicizzazione dei diritti della persona ROLLA, *op. cit.*, p. 204.

²⁸ Per un approfondimento circa la configurazione del costituzionalismo alla stregua di fenomeno ciclico v. MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M., *Diritto Costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997, p. 60 s.

²⁹ “*Pretendere che un testo costituzionale concepito e scritto in un determinato momento possa rimanere insensibile alle istanze evolutive che provengano dalla storia stessa è frutto di una contraddizione che genera un conseguente erroneo approccio interpretativo. Dunque i diritti e le libertà si evolvono indipendentemente dalla relativa classificazione in un determinato testo costituzionale scritto*”. Così DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo*, cit., 4.

³⁰ Parla di “*diverse tradizioni costituzionali all'interno del costituzionalismo*” ROLLA, *op. cit.*, p. 3 il quale precisa altresì che “*la tradizione costituzionale che si richiama alla rivoluzione francese riconosce la supremazia giuridica della legge, i quanto espressione della volontà generale, rispetto alle altre fonti del diritto; così come introduce un nesso inscindibile tra Stato costituzionale e garanzia dei diritti fondamentali...Il costituzionalismo di derivazione statunitense, a sua volta, preoccupato di evitare il rischio di una tirannia democratica, prefigura un'organizzazione costituzionale basata sul federalismo, sull'equilibrio tra poteri e su forti strumenti di controllo; inoltre, dal riconoscimento della superiorità del potere costituente rispetto a quelli costituiti, fa derivare sia la preminenza giuridica della Costituzione sulle leggi, sia l'ammissibilità di un controllo giudiziario di costituzionalità. Invece, la tradizione costituzionale del Regno Unito ha perseguito le finalità generali del costituzionalismo attraverso l'elaborazione di soluzioni distinte...frutto di un'esperienza storica a sé stante*”.

³¹ Invero, “*il costituzionalismo può essere concepito in due maniere opposte. Lo si può concepire come un superamento in senso tendenzialmente giusnaturalista o etico-oggettivista del positivismo giuridico, oppure come una sua espansione e un suo completamento*”. Così e per un approfondimento v. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit., 2771 ss.

di collettività comunque animate dall'insopprimibile esigenza di soddisfare il desiderio di libertà³².

Ciò, storicamente, è stato possibile in ragione, da un lato, del progressivo emergere e radicarsi del principio di uguaglianza formale³³ e, dall'altro, dell'esigenza di ricercare un nuovo (differente rispetto al vecchio regime, qualunque esso fosse) equilibrio all'interno del binomio autorità/libertà³⁴ scandito, in particolare, dalla maturazione della categoria dogmatica dei diritti soggettivi pubblici³⁵.

Il primo aspetto ha interessato un modello culturale unico nel suo genere che, invero, ancorché faticosamente, ha visto nei secoli progressivamente pretendere (ed ottenere) la limitazione del potere sovrano a garanzia della libertà della persona.

In tal contesto, in un primo momento i diritti vengono codificati sotto forma di deroghe o privilegi, idealtipo in cui i beneficiari delle posizioni di garanzia così "graziosamente" riconosciuti non rilevano in quanto individui, *uti singuli* o, più propriamente, *uti cives*, bensì esclusivamente in quanto incardinati all'interno di strutture sociali intermedie³⁶.

³² Secondo DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo*, cit., 2, "il termine "costituzionalismo" non consente di individuare una teoria unitaria ma è piuttosto una dizione con la quale si raccoglie un'insieme di teorie, essenzialmente a carattere giuridico, anche se riconducibili alle coeve correnti filosofiche, finalizzate ad individuare limiti ai poteri dello stato, in linea di principio allo scopo di scongiurarne arbitrii dannosi per l'uomo. Tra questi limiti è riconosciuto un rilievo primario ai diritti fondamentali (o assoluti) ed alle libertà dell'uomo, per sostenerne l'indisponibilità da parte dei poteri costituiti. Nell'ambito del costituzionalismo si sono diffuse dottrine volte ad enfatizzare il rilievo dei diritti e delle libertà, anche sulla base del riferimento al contesto sovranazionale: secondo tali letture solo superando i limiti del positivismo giuridico teorico e metodologico, che costringe ad attenersi al testo scritto delle singole carte costituzionali per determinare le garanzie dei soggetti giuridici, si può garantire un'efficace tutela dei diritti e delle libertà individuali in una prospettiva di tendenziale ed effettiva uguaglianza. Scopo comune di tali letture è in definitiva quello, oggettivamente condivisibile, di elevare gli standard di protezione dell'uomo".

³³ Sottolinea MANETTI, *La libertà eguale nella costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, 03, 636, che "i significati ascrivibili al termine eguaglianza sono almeno sei: 1. Generalità delle regole. 2. Unicità del soggetto giuridico. 3. Eguaglianza di fronte alla legge. 4. Divieto di discriminazioni. 5. Eguaglianza nei diritti fondamentali. 6. Pari opportunità di perseguire i progetti di vita e di partecipare all'organizzazione della società".

³⁴ "La relazione tra forma di Stato e diritti fondamentali è dialettica, nel senso che la loro garanzia e tutela qualificano la forma di Stato, concorrendo a definire la fisionomia dell'ordinamento. In altri termini le libertà – pur essendo costituite da una pluralità di diritti specifici ed autonomi – possono essere considerate nella loro unità sistematica quale elemento caratterizzante la qualità dell'ordine costituzionale". Così Così ROLLA G, *op. cit.*, p. 231.

³⁵ Cfr. RIDOLA, *Diritti Costituzionali* (voce), in PATTI, (a cura di) *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007, V vol., 141 ss.; MELONCELLI, *Manuale di diritto*, cit., 715; CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, (voce), in *Enc. Dir.*, XII vol., 1964, 791 ss e BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., 1989, 1 ss

³⁶ Osserva MICHELETTI, *Un nuovo ruolo per il Giudice amministrativo nell'ordinamento pluralista: la funzione di arbitro tra gruppi sociali contrapposti nelle controversie pubblicistiche*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 02, 499, che "con il mutare del modello classico del rapporto tra individuo e potere pubblico concepito a seguito della Rivoluzione francese e la progressiva affermazione del pluralismo e dell'importanza dei gruppi sociali (per l'impossibilità di ottenere l'unificazione politica di tutti i cittadini per mezzo di grandi valori condivisi, che vengono meno, viene a mutare anche - almeno in alcuni casi - sia la tradizionale concezione del processo amministrativo come giudizio sull'atto, sia quella più recente del processo come giudizio sul rapporto amministrativo, per giungere - sia pure ancora mediatamente attraverso la cognizione dell'atto - all'assunzione da parte del Giudice amministrativo del ruolo di arbitro tra i gruppi sociali contrapposti, con conseguenti problematiche in merito alle modalità con cui disimpegnare tale nuovo ruolo".

Non si tutela cioè il diritto della persona, ma gli interessi della casta di appartenenza e ciò, naturalmente, in conformità all'assetto politico ed istituzionale entro cui maturano le prime istanze di limitazione del potere sovrano³⁷.

Solo a distanza di secoli si giungerà a mettere in crisi l'assolutezza del potere sovrano³⁸, assistendo alla “vittoriosa redistribuzione del potere politico a favore delle classi sociali emergenti”³⁹ mediante l'adozione di tre documenti costituzionali elevati a simbolo della nascita di una nuova concezione della sovranità⁴⁰: la *Petition on Rights* del 1628⁴¹, l'*Habeas Corpus Act* del 1679⁴² ed il *Bill of Rights* del 1689⁴³.

Ciò si sviluppa all'interno di una realtà politico/costituzionale connotata da tratti caratteristici del tutto peculiari che hanno visto crescere e maturare il processo di giuridicizzazione dell'esercizio del potere sovrano lungo i secoli in assenza di fenomeni propriamente rivoluzionari equiparabili agli sconvolgimenti che un secolo più tardi avrebbero interessato la

³⁷ Per un approfondimento v. ROLLA G, *op. cit.*, p. 192 che espressamente richiama, a titolo esemplificativo, il particolare assetto sociale entro cui vede la luce la *Magna Charta Libertatum* nel 1215.

³⁸ “L'attributo della sovranità, come proprio dello Stato, può essere inteso in due diversi significati, anche se fra loro collegati. In un primo significato, la sovranità caratterizza l'ordinamento giuridico dello Stato come originario ed indipendente. In una seconda accezione, poi, la sovranità si identifica con la supremazia dell'ordinamento statale rispetto agli altri ordinamenti minori. Ora, indipendenza ed originarietà, da una parte, e supremazia, dall'altra, dell'ordinamento appaiono tra di loro strettamente interdipendenti, ove si consideri che un ordinamento intanto è supremo in quanto trovi in sé stesso la forza coattiva e la capacità per mediare gli interessi in conflitto e per far osservare gli atti dell'autorità. Per questo aspetto, l'ordinamento dello Stato è l'unico sovrano perché, se pure esistono, al suo interno, altri ordinamenti originari, questi non sono supremi; inoltre, gli ordinamenti non statali dotati di un apparato autoritario non sono originari”. Così MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p. 186.

³⁹ Così ROLLA G, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁰ “La sovranità ha due aspetti: quello interno e quello esterno. Il primo (sovranità “interna”) consiste nel supremo potere di comando in un determinato territorio, che è tanto intenso da non riconoscere nessun altro potere al di sopra di sé. Possono esistere molteplici centri di potere all'interno dello Stato, ma nessuno è pari o superiore ad esso. Il secondo aspetto (“sovranità esterna”) consiste nell'indipendenza dello Stato rispetto a qualsiasi altro Stato. I due aspetti sono strettamente intrecciati: lo Stato non potrebbe vantare il monopolio della forza legittima e quindi il supremo potere di comando su un dato territorio se non fosse indipendente da altri Stati”. Così BIN, PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010, p. 16.

⁴¹ Sul punto, per un approfondimento, v. MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M, *op. cit.*, p. 47.

⁴² Per un approfondimento v. RIDOLA, *Diritti Costituzionali* (voce), in PATTI, (a cura di) *Il diritto. Enciclopedia*, cit., 136, secondo cui “In Inghilterra, il processo di costituzionalizzazione dei diritti si sviluppa in sintonia con i tratti peculiari della storia costituzionale britannica, caratterizzata dal profondo radicamento dei diritti nella storia, nelle tradizioni e nel costume della società, e da una sensibilità spiccata alla salvaguardia del particolarismo sociale. Questo spiega il legame più marcato dei documenti del primo costituzionalismo britannico con i contenuti e la sensibilità tipici della carte medievali. Nell'*Habeas Corpus Act* del 1679, ad es., la protezione della libertà della persona viene ancora essenzialmente collegata con puntuali garanzie di natura processuale nei confronti degli arresti arbitrari”.

⁴³ Riferendosi all'*Habeas Corpus Act* del 1679 ed al *Bill of Rights* del 1689 sottolinea ROLLA G, *op. cit.*, p. 193, che “il primo tutelava alcune fondamentali garanzie individuali: in particolare, mosso dalla preoccupazione di impedire arresti arbitrari, prevedeva che ogni persona detenuta fuori dai casi previsti dalla legge e senza l'espletamento delle formalità di legge dovesse essere rimessa in libertà, dietro reclamo presentato al magistrato competente. Mentre il secondo, emanato in una fase di transizione dallo Stato assoluto al regime parlamentare inglese, si caratterizzava per la presenza di limitazioni alle prerogative regie e per il trasferimento di significativi poteri decisionali dalla Corona al Parlamento”.

Francia e gli Stati Uniti⁴⁴ e che, in definitiva, avrebbero posto le basi del vero e proprio costituzionalismo moderno⁴⁵.

Invero, la nozione della sovranità – e la conseguente individuazione del soggetto titolare della stessa – hanno costituito nel tempo oggetto di ampio dibattito che, storicamente, com'è noto, è stato profondamente condizionato dagli accadimenti storici susseguitesisi nel corso del XVIII e XIX secolo. Se, infatti, nello Stato assoluto, primigenia forma dello Stato moderno, il potere sovrano si concentrava in mano al Re (*rectius*: alla Corona di modo da garantire l'impersonalità e la continuità affidata a precise regole di successione capaci di impedire la vacanza del trono), *legibus solutus* e fonte delle norme costitutive il diritto obiettivo, (secondo il noto brocardo latino *quod principi placuit, legis habet vigorem*), lo Stato liberale inaugurava una diversa concezione del potere sovrano affidato alla Nazione, entità collettiva in cui si riconoscono tutti gli individui accumulati da un indissolubile legame di comunione di origini e tradizioni antropologiche, linguistiche e culturali. Così “*la Nazione era una collettività omogenea che metteva fine all'antica divisione del Paese in ordini e ceti sociali. Al loro posto subentravano i singoli cittadini eguali unificati politicamente nell'entità collettiva chiamata Nazione*”⁴⁶.

Secondo altra opzione, maturata sempre nel corso del XVIII secolo ad opera di Rousseau, la sovranità andava concepita quale attributo ovvero, più propriamente, andava identificata con la volontà del popolo sovrano che avrebbe in definitiva dovuto tradursi nell'esercizio diretto della sovranità al di là ed a prescindere da una qualsiasi forma di delega del potere decisionale.⁴⁷

⁴⁴ Per una disamina degli eventi che condussero alla nascita degli Stati Uniti d'America v. ROLLA, *op. cit.*, pp. 24 ss.

⁴⁵ Invero, “*il costituzionalismo è il risultato di un processo dialettico tra costituzione inglese e costituzioni scritte da un lato, e teorie politiche e giuridiche dall'altro, in cui le prime influenzarono le seconde e viceversa*”. Così MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁶ Così BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷ È noto, però, che solo “*la libertà degli antichi consisteva nella partecipazione attiva e costante al potere collettivo...era fine degli antichi la partecipazione al potere sociale per tutti i cittadini della medesima Patria: questo essi chiamavano libertà. – Diversamente – è fine dei moderni la sicurezza nel loro privato piacere: e chiamano libertà le garanzie accordate dalle istituzioni a questo piacere*”Così Benjamin Constant nel *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, come riportato in MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p.667. Invero, pur se attualmente è indiscusso il rilievo secondo il quale all'interno delle moderne democrazie, che si ispirano ai valori propri del costituzionalismo moderno, la sovranità appartiene al popolo, in un passato non molto lontano, (XIX secolo) in luogo di tale assioma perdurava una diversa configurazione della potestà d'imperio assoluta ed incondizionata; sovrano, infatti, non era né il re né il popolo, bensì lo Stato medesimo personificato. Sul punto, per un approfondimento v. BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 17. Allo stato attuale, invece, alla sovranità popolare esercitata mediante il diretto coinvolgimento della cittadinanza si è quindi affiancato un idealtipo che, pur riconducendo sempre al popolo la titolarità del potere sovrano, implica l'ingresso della c.d. “*democrazia rappresentativa*”, l'esercizio cioè delle funzioni fondamentali dello Stato (in primo luogo la funzione legislativa e l'attività di indirizzo politico) affidata ai rappresentanti della collettività nominati in base a sistemi elettorali capaci di garantire la più ampia rappresentatività degli interessi generali. Oggi, la democrazia rappresentativa si incentra sul riconoscimento del diritto all'elettorato attivo e passivo in favore di tutti i cittadini (anche comunitario per le elezioni al Parlamento europeo e per le elezioni amministrative), la qualificazione del diritto all'esercizio del voto (personale ed eguale, libero e segreto) quale dovere civico e sul

In ogni caso, è grazie agli sconvolgimenti politici ed istituzionali del XVIII secolo⁴⁸ che si compie il processo di universalizzazione dei diritti fondamentali (superando così il relativismo dell'esperienza anglosassone) che, però, si fa strada secondo una prospettiva che mira unicamente all'abolizione del privilegio⁴⁹ (da qui il principio di uguaglianza formale)⁵⁰ e del rispetto delle libertà (negative) del cittadino da parte degli organi del pubblico potere.

In particolare, il costituzionalismo moderno⁵¹ in origine si sviluppa entro una cornice assiologica di rottura rispetto al passato⁵² (la separazione dei poteri⁵³, la dichiarazione dei diritti⁵⁴, la costituzione scritta e fondante⁵⁵, il suo valore di norma giuridica fondamentale⁵⁶, il

divieto di mandato imperativo, (che implica che “*il parlamentare è libero di votare secondo gli indirizzi del suo partito ma è anche libero di sottrarsene; nessuna norma potrebbe legittimamente disporre che derivino conseguenze a carico del parlamentare per il fatto che egli abbia votato contro le direttive del partito*”). Così Corte Costituzionale, sentenza 7 marzo 1964, n. 14), naturale corollario del principio secondo il quale ogni parlamentare rappresenta esclusivamente la Nazione. Invero, per una disamina delle problematiche concernenti i c.d. interessi zonali v. CARETTI, MORISI, (a cura di) *Rappresentanza politica e sindacato ispettivo nel Parlamento italiano*, in AA.VV. *Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari. Quaderno n. 16. Seminario 2005*, Torino, 2006, pp. 139 ss. Per un approfondimento sul concetto di rappresentanza politica v. BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 62 ss. Per un approfondimento dei rapporti tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa v. MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M., *op. cit.*, pp. 427 ss. Con riferimento al dibattito concernente l'estensione del diritto all'elettorato attivo e passivo agli stranieri che risiedono stabilmente all'interno del territorio statale v. COLETTA, *Il diritto di voto dei non cittadini*, D'ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. 343 ss.; GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, in www.forumcostituzionale.it; RAPARELLI, *Recenti sviluppi del dibattito sul diritto di voto agli stranieri immigrati*, in <http://www.federalismi.it>. Per una disamina degli attuali profili problematici concernenti i sistemi democratici incentrati sul modello della rappresentanza politica v. BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 62 ss.

⁴⁸ Cfr. RIDOLA, *Diritti Costituzionali* (voce), in PATTI, (a cura di) *Il diritto. Enciclopedia*, cit., 134 ss.

⁴⁹ Sul punto v. ROLLA, *op. cit.*, p. 21 e RIDOLA, *Diritti Costituzionali* (voce), in PATTI, (a cura di) *Il diritto. Enciclopedia*, cit., 134.

⁵⁰ Sul punto v. MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, pp. 672 ss.

⁵¹ “...che si differenzia dal costituzionalismo dell'età classica e del Medioevo, in cui pure erano ravvisabili una serie di principi tesi a regolamentare il <<come governare>>”. Così MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M., *op. cit.*, p. 53.

⁵² “*Il costituzionalismo moderno è per sua natura e nelle sue stesse origini una dottrina anti-assolutista*”. Così PASQUINO, *Il potere costituente, il governo limitato e le sue origini nel nuovo mondo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, 02, 314.

⁵³ Per un approfondimento v. BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 73 ss.

⁵⁴ Per una disamina delle diverse impostazioni afferenti la qualificazione, in termini di normatività debole o forte, dei diritti fondamentali conseguenti alla maturazione della teoria del costituzionalismo moderno, v. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit., 2774.

⁵⁵ Per una disamina della classificazione delle Costituzioni secondo il loro formarsi ovvero in base alle loro caratteristiche strutturali e contenutistiche v. MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M., *op. cit.*, pp. 77 s..

⁵⁶ Invero, “*è una proposizione troppo chiara per essere contestata, quella secondo la quale la Costituzione controlla qualsiasi atto legislativo contrastante con essa oppure quella secondo la quale il potere legislativo può modificare la Costituzione con legge ordinaria. Tra queste alternative, non c'è alcuna via di mezzo. O la Costituzione è una legge superiore, come tale non modificabile con procedure ordinarie, oppure ha il rango di legge ordinaria, e come gli altri atti, può essere modificata quando il potere legislativo lo decida. Se la prima alternativa è quella vera, allora una legge ordinaria, contraria alla Costituzione, non è legge; se è la seconda alternativa quella vera, allora le costituzioni scritte sono tentativi assurdi, da parte del popolo, di porre dei limiti a un potere per sua stessa natura non limitabile. Certamente, tutti coloro che hanno emanato delle costituzioni scritte, le concepiscono come la legge sovrana e fondamentale della nazione, e la teoria di ogni governo di questo tipo dev'essere, che un atto legislativo contrario alla Costituzione è nullo. Questa teoria è essenzialmente legata a una costituzione scritta, e deve di conseguenza, essere considerata da questa Corte, come uno dei principi fondamentali della nostra società*”. Così la Corte Suprema degli Stati Uniti nel celebre caso del 1803 *Madison vs Marbury*, come riportato in <http://didattica.spbo.unibo.it/adon/files/marbury.pdf>. Sul punto v. BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 424 s. Per un approfondimento sulla nozione di “legge superiore” v.

potere costituente⁵⁷, il principio di uguaglianza formale⁵⁸, la teorizzazione delle c.d. libertà negative, il liberismo economico e la teorica del liberalismo⁵⁹) e via via si arricchisce di nuove qualità, espressione di una compiuta assimilazione dell'ideologia di fondo che ispira lo Stato di diritto⁶⁰ da parte della società civile⁶¹.

Emerge, in primo luogo, sotto il profilo istituzionale, una nozione di Costituzione rigida⁶² che nasce dal popolo⁶³, come opera di volizione collettiva⁶⁴, che codifica l'organizzazione dei

MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M, *op. cit.*, pp. 45 ss.

⁵⁷ Per una prima disamina sul punto v. MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M, *op. cit.*, pp. 68 ss.

⁵⁸ Se originariamente concepito alla stregua di divieto di discriminazione per ragioni essenzialmente di casta o di censo, l'ambito di applicazione del principio di uguaglianza formale, nel tempo, è stato profondamente rivisitato ed arricchito grazie al superamento dei pregiudizi in passato fondati sulla diversità di sesso, razza, lingua, religione opinioni politiche, condizioni personali e sociali. Invero, per un approfondimento delle tematiche suesposte v., *ex multis*: ROSSI, *Il diritto all'identità sessuale*, in D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. 195 ss.; BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 498; MONACO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in *Dir. relaz. ind.* 2010, 03, 876 ss.; SAVINO, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, 01, 243 ss.; VENTURI, *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *Dir. relaz. ind.* 2008, 03, 849 ss.; ROTELLI, *Il danno da discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 12, 2536 ss.; MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 02, 401 ss.; ID, *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Dir. eccl.*, 2006, 1-2, 55 ss.; BONINI BARALDI *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Dir. relaz. ind.*, 2004, 04, 775 ss.

⁵⁹ Sul punto v. VALITUTTI, *Liberalismo*, (voce), in *Enc. Dir.*, XXIV vol. 1974, 206 ss.

⁶⁰ Il costituzionalismo ha avuto la funzione di risolvere il problema della legittimazione all'esercizio del potere sovrano "mediante la sottoposizione dello stesso potere politico a limiti giuridici. Attraverso principi e regole giuridiche il potere politico viene limitato, <<imbrigliato>>: il principio di legalità, la separazione dei poteri le diverse libertà costituzionali sono i principali mezzi giuridici attraverso cui è stato perseguito l'obiettivo di legare il potere politico con il diritto. <<Stato di diritto>> è il nome che viene usualmente dato ai sistemi politici in cui questi mezzi vengono effettivamente impiegati". Così BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 13.

⁶¹ Parla di eccesso di costituzionalizzazione, con riferimento all'introduzione all'interno della Carta Fondamentale di materie e/o discipline non propriamente costituzionali, MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M, *op. cit.*, pp. 135 ss.

⁶² "Il riconoscimento dei diritti fondamentali della costituzione è, pertanto, uno degli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto: essi trovano le loro garanzie nella rigidità della Costituzione e nel controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte Costituzionale. Si evince del resto con evidenza che i diritti fondamentali non solo costituiscono i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, ma qualificano la stessa struttura democratica dello Stato, la quale verrebbe sovvertita qualora questi fossero diminuiti, decurtati o violati". Così *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della corte*, cit.

⁶³ In tal contesto, la dottrina, nel tempo, si è lungamente cimentata nel compito di cercare di "delineare l'idea di Costituzione seguita dai Costituenti del '48, tra quella che, fedele alla tradizione di pensiero dei vari Carl Schmitt ed Ernst Fortsthoft, la percepisce come documento di ripartizione/divisione del potere (inteso come "forza"), come spartiacque essenziale tra la signoria di un Demos, espressa nella legge, e la tutela giuridica della libertà individuale del cittadino, consegnata alla positività (costituzionale) dei diritti fondamentali; e l'idea, invece, che intende generalmente la Costituzione come l'ordinamento fondamentale e fondante (del)la comunità tutta intera". Così e per un approfondimento BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica* cit., 2.

⁶⁴ Invero, "la forma della Costituzione ed il suo contenuto hanno, peraltro, un carattere contingente, poiché dipendono dal contesto in cui nasce e si sviluppa la sovranità; a ben guardare i diversi tipi di Costituzione esistenti rappresentano il frutto di un processo storico. Le Costituzioni ottriate, concesse dal sovrano, nascono nelle fasi di passaggio dagli Stati assoluti agli Stati di diritto: negli Stati assoluti la sovranità non è condivisa; la titolarità e l'esercizio dei pubblici poteri coincidono. Lo sfaldamento degli Stati assoluti ha origine dalla difficoltà di mantenere una sovranità non condivisa a fronte dell'ampliamento delle funzioni statali; le ragioni di tale sfaldamento sono insite nel processo di evoluzione degli Stati nazionali e sono connesse alle

poteri⁶⁵ e si pone come norma sovraordinata all'attività dei poteri previsti nella costituzione stessa⁶⁶, giungendo ad affermare che “una costituzione non è l'atto di un governo ma di un popolo che crea un governo”⁶⁷ (Thomas Paine). Si profila, così, la giuridicizzazione della nozione di potere costituente che, se originariamente concepita alla stregua di ideologia strutturata in vista del riconoscimento di effettività al principio della sovranità popolare⁶⁸, (quale strumento, cioè, in positivo, idoneo a giustificare lo stravolgimento dall'*ancien regime*⁶⁹ in vista del “governo del popolo”), nel tempo ha assunto una ulteriore connotazione assiologica proprio in funzione della indefettibile necessità di correlare alle regole preposte

*rivendicazioni politiche della borghesia che traina lo sviluppo economico. L'elargizione, da parte del re, di una Costituzione segna il passaggio tra le due forme di Stato. La portata di tale avvenimento è enorme e travalica la sostanza dei diritti inizialmente riconosciuti: la Costituzione diventa la fonte legittimante del potere sovrano ed il monarca perde la titolarità della sovranità. La Costituzione erode il potere assoluto e conduce all'affermazione degli organi rappresentativi che ben presto contenderanno al sovrano l'esercizio della sovranità. Poiché derivano da un processo storico peculiare, si contano diversi tipi di Costituzione: brevi o lunghe, rigide o flessibili. Inoltre, poiché ogni Costituzione è strettamente connessa alla realtà storico-sociale degli Stati, gli ordini di preferenza riflettono giudizi soggettivi e non possono essere assunti a canoni oggettivi; quello che conta è che la Costituzione dia coerenza allo svolgersi dello Stato apparato e che rifletta i valori e l'identità del popolo”. Così JORIO, *La Costituzione tradita*, cit., 1 s.*

⁶⁵ È noto che se l'esperienza rivoluzionaria francese ha visto emergere l'idea secondo la quale fosse possibile fondare un nuovo ordine costituzionale, superando l'idea del *princeps legibus solutus*, solo per il tramite di una codificazione che, al contempo, accanto alla predisposizione di regole finalizzate all'attuazione del principio di separazione dei poteri, affiancasse anche la catalogazione dei diritti universale del cittadino, è stato possibile assistere anche alla maturazione di differenti esperienze di “costituzioni che, inizialmente, nascono come testi che regolano l'organizzazione dei poteri e la distribuzione delle competenze e solo successivamente avvertono l'esigenza di incorporare nel proprio testo il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali della persona”. Così ROLLA G, *op. cit.*, p. 194.

⁶⁶ Cfr. in tal senso MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M., *op. cit.*, p. 49.

⁶⁷ “Dall'esperienza liberale abbiamo ereditato l'idea di un potere costituente onnipotente e, da questa derivata, l'idea di una Costituzione “sacra”, perfetta in se stessa, autosufficiente. A tutt'oggi, la dottrina dei limiti alla revisione costituzionale, nelle sue numerose varianti, si informa a queste idee; ed è interessante notare che anche quanti si dichiarano dell'avviso secondo cui la nozione di potere costituente sarebbe ormai “esaurita”, col trionfo dei valori della liberaldemocrazia, testimoniato tra l'altro dal crollo del muro di Berlino e dal disfacimento dei sistemi di organizzazione costituzionale invalsi nell'Est europeo, non solo non contestano i valori suddetti ma, anzi, li... assolutizzano, considerandoli ormai più incontestabili, così perciò ribadendo il carattere perfetto della Costituzione: un modello storicamente affermatosi di Costituzione, quello invalso nel corso dell'esperienza liberale, viene così generalizzato e trasmesso usque ad aeternitatem”. Così RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 12.

⁶⁸ “La locuzione sovranità popolare è intesa dalla dottrina moderna in uno di questi sensi: 1) si tratta di una locuzione politica più che giuridica: giuridicamente significa che lo Stato è democratico; 2) sta a significare che la normativa dello Stato deve conoscere un meccanismo elettorale per la scelta dei reggitori dello Stato stesso; 3) significa che al popolo deve riconoscersi il massimo possibile di poteri negli istituti previsti nella Costituzione; 4) è un'espressione a sé, del tutto distinta da quella di sovranità in senso proprio, attinente ad istituti diversi dalla sovranità nel senso tradizionale”. Così GIANNINI, voce *Sovranità*, in *Enc. Dir.*, XLIII vol., 1992, p. 228. Per un approfondimento v. CHIARELLI, voce *Sovranità*, *Nss. Dig. It.*, XXII vol. 1970, 1043. Per la definizione dei rapporti tra sovranità e democrazia RODOTÀ, *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, *Pol. del Dir.*, 1993, 569 ss. Una disamina approfondita della questione è rinvenibile in HIRST, THOMPSON, *La globalizzazione dell'economia*, Roma 1997, 223 ss.

⁶⁹ I tratti caratteristici propri dello Stato assoluto sono ben delineati in BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 35 e s.

alla disciplina della titolarità e del conseguente esercizio del potere sovrano⁷⁰ la salvaguardia e la promozione dei diritti fondamentali della persona⁷¹.

Com'è noto, secondo la impostazione dogmatica tradizionale e generalmente accolta il potere costituente⁷² rileva in quanto: a) originario e non derivato; b) libero nei fini e nei contenuti⁷³; c) si legittima in via di fatto in assenza o comunque a prescindere da regole procedurali preesistenti⁷⁴ e costituisce espressione delle forze politiche e sociali dominanti che in un dato momento storico riescono ad imporre alla generalità dei consociati (acquisendone il consenso, così da trarre una legittimazione popolare anche di stampo plebiscitario, ovvero riducendo il consenso popolare ad una tacita sottomissione a valori di fondo eterodiretti non condivisi) un equilibrio del binomio autorità/libertà affatto diverso rispetto al precedente assetto politico/costituzionale⁷⁵ incidendo profondamente sia sul sistema istituzionale sia sul catalogo dei diritti fondamentali di modo da intaccare i valori di fondo dell'ordinamento preesistente⁷⁶.

⁷⁰ *“Il potere costituente del popolo non rinvia né ad un potere senza limiti, né ad una procedura specifica in seno al processo di constitution-making, ma piuttosto ad un 'principio', quello della forma moderna del potere limitato o diviso, il quale si basa sull'esistenza accettata e condivisa di una costituzione rigida. La quale, a sua volta, necessita di un organo indipendente al quale i cittadini in quanto individui singoli e anche soprattutto se isolati possano rivolgersi per chiedere protezione nei confronti di un governo, di una maggioranza, che non rispettasse i suoi limiti, cioè quei diritti che i cittadini non abbandonano neanche al potere legislativo”*. Così PASQUINO, *Il potere costituente, il governo limitato*, cit., 320 s.

⁷¹ La sovranità, per sua natura, non è assoluta né illimitata né priva o concepita al di fuori di regole. Infatti, *“allorché si dice che essa è indipendente e suprema; allorché si dice che essa è assoluta, in realtà si vuol dire, più semplicemente, che essa è originaria...e che pertiene all'ordinamento statale, che è originario; allorché si dice che essa è perpetua, si vuol semplicemente dire che essa non ha termine”* Così GIANNINI, voce *Sovranità*, op. cit., 229.

⁷² Per un approfondimento v. BIN, PITRUZZELLA, op. cit., p. 105 ss

⁷³ Sul punto v. ROLLA G, op. cit., p. 46.

⁷⁴ Sul punto v. PASQUINO, *Il potere costituente, il governo limitato*, cit., 311 ss.

⁷⁵ Diversamente, l'attitudine di un gruppo sociale ad imprimere una specifica connotazione, *de iure condito*, ai valori costituzionali di fondo, formalmente codificati, che permeano un dato ordinamento in un dato momento storico richiama la nozione di costituzione materiale che, in definitiva, si identifica *“nelle forze politicamente organizzate del gruppo sociale che in un determinato momento storico riescono ad interpretare attivamente l'interesse generale della comunità politica”*. Così MORTATI, *Corso di diritto costituzionale italiano e comparato*, 1957-58, Roma 1958, 89. Sempre secondo l'illustre costituzionalista, la costituzione materiale rappresenta la fonte giuridica primigenia ed è essa stessa giuridica per antonomasia *“in quanto è quella dalla quale è da trarre il criterio per poter imprimere il carattere della giuridicità a tutto il sistema degli atti successivi attraverso i quali si svolge.”* Così MORTATI, *La costituzione materiale*, Milano 1940, 88. Per una disamina e sviluppo delle succitate nozioni v. MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M, op. cit., pp. 64 ss. Per un approccio critico sulla distinzione, connotata da notevole ambiguità, tra costituzione formale e costituzione materiale v. BIN, PITRUZZELLA, op. cit., p. 119.

⁷⁶ Speculare al potere costituente si attesta la nozione di potere costituito (espressione delle forze politico/sociali dominanti deputate all'esercizio del potere sovrano in conformità ed entro i limiti sostanziali e procedurali tracciati all'interno della Carta Fondamentale) ed altresì di diritto di resistenza consistente nell'inosservanza dei comandi incostituzionali, pur provenienti da organo costituiti (resistenza passiva) o anche nella reazione verso comportamenti incostituzionali (resistenza attiva) perpetrati da forze antisistema e rivolti allo stravolgimento dell'ordine costituzionale così come vigente in un dato momento storico. Più nel dettaglio, partendo dalla premessa secondo la quale il diritto è sinonimo di giustizia ed acclarato che il tratto caratteristico della sovranità è la forza, strumento di esercizio coattivo del potere, ne consegue che *“il diritto di resistenza è configurabile, in quanto tale, solo se il potere viene pensato come lo strumento di attuazione di un diritto che lo precede e lo sovrasta, anche logicamente, e la forza solo come un eventuale strumento di realizzazione del potere nel suo legittimo esercizio. In questa accezione, derivando il concetto di diritto da un'idea di giustizia, il potere diventa (deontologicamente) uno strumento, fallibile, di realizzazione di giustizia tramite il diritto positivo, che regola l'uso della forza. E, in quanto fallibile, il potere stesso può essere giudicato legittimo o meno da parte dei*

E se, in origine, potere costituente divenne sinonimo di reazione all'arbitrio del sovrano (Rivoluzione Francese)⁷⁷ o, comunque, attestazione del diritto all'autodeterminazione, (indipendenza americana dalla madrepatria britannica), nel tempo è stato possibile assistere all'emersione di processi costituenti connotati da tratti caratteristici del tutto peculiari⁷⁸ e che, di recente, hanno visto “*contraddire l'idea del potere costituente*”⁷⁹ quale attività autonoma ed incondizionata nei fini”⁸⁰.

sottoposti (e le teorie del diritto di resistenza sono sempre a parte subiecti)”. Così DE SANCTIS, *Resistenza (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, XII vol., 1997. Così “*come la Costituzione nasce dal popolo sovrano attraverso il potere costituente, così la Costituzione viene sempre difesa dallo stesso popolo*”. In tal senso MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M, *op. cit.*, p. 145 in cui si precisa altresì che “*la resistenza si distingue dalla rivoluzione, anche se spesso i due termini vengono confusi, perché in una certa accezione rivoluzione esprime, come la resistenza, i diritti innati dei popoli: la rivoluzione si propone di instaurare, attraverso una radicale rottura con il passato, un nuovo ordinamento, mentre il diritto di resistenza viene invocato per restaurare l'ordine costituzionale calpestato dal potere costituito. La resistenza mira a ricostituire l'effettività dei principi caratterizzanti l'ordinamento dello Stato, mentre la rivoluzione intende togliere legittimazione al potere costituito, sostituendo l'ordine vigente con uno nuovo, ispirato a principi contrapposti (nel linguaggio comune la resistenza collettiva violenta viene equiparata alla rivoluzione: ma ciò sulla base di due equivoci, primo che la rivoluzione debba per necessità essere violenta; secondo, che la resistenza sia volta ad abbattere la costituzione; mentre invece è volta a difenderla: semmai vuole abbattere l'ordine costituito che viola la costituzione)*”. Peraltro, stabilire in concreto se si sia in presenza di attività volte alla salvaguardia dell'ordinamento, ovvero, al contrario, se per lo stesso ordinamento la condotta tenuta si concretizzi in un illecito appare essere fenomeno relativo, poiché agevolmente si può rilevare che “*la resistenza in tanto è lecita, sul piano del diritto positivo, in quanto sia vittoriosa: se sconfitta, viene considerata un'attività anti-giuridica dall'ordinamento contro i cui abusi la resistenza era rivolta*”. Così MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M, *op. cit.*, p. 147. Per completezza, va altresì precisato poi che il diritto di resistenza opera in assenza della, (o, comunque a prescindere dalla) , predisposizione di strumenti di c.d. democrazia protetta, istituti concepiti cioè in vista della salvaguardia dell'ordine democratico da possibili rigurgiti autoritari. Per un approfondimento, a titolo esemplificativo, v. PELLEGRINO, ROSIN, *Profili costituzionali in tema di compiti di difesa interna dell'ordinamento da parte delle forze armate*, in *Rass. Giust. Mil.*, I, 1981, 50 ss.; VALENTINI, *Sicurezza nazionale, sicurezza della Repubblica*, in *Per Aspera ad Veritatem*, n° 22/2002, in www.sisde.it; STELIA, *La tutela penale della società*, in *Iustitia*, 1981, 332; MARCONI, *Rischi sociale e sicurezza nazionale: un metodo per l'identificazione delle minacce*, in *Per Aspera ad Veritatem*, n° 2/1995, in www.sisde.it; RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli 1982, 22 ss.; in CECCANTI, *Le democrazie protette: da eccezione a regola già prima dell'11 settembre*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/ceccanti.html; FONTANA, *La tutela costituzionale della società democratica tra pluralismo, principio di laicità e garanzia dei diritti fondamentali. (La Corte europea dei diritti dell'uomo e lo scioglimento del Refah partisi)*, in *Giur. Cost.*, 2002, 379 ss. e CECCANTI, *Anche la corte di Strasburgo arruolata nella <<guerra di civiltà>>?*, in *Quad. Cost.*, I, 2002, 81 ss.

⁷⁷ Secondo PASQUINO, *Il potere costituente, il governo limitato*, cit., 311, “*Che il concetto di «potere costituente» sia un'idea francese è una tesi self-congratulatory (è in particolare il caso di Sieyes nei Discours de l'an III) e forse edificante per il paese della Rivoluzione, ma si tratta notoriamente di una tesi falsa. Nella dottrina, il concetto nasce nel contesto del dibattito inglese contro l'assolutismo degli Stuart, più esattamente nel libro di George Lawson Politica Sacra et Civilis, pubblicato nel 1660, e prenderà forma istituzionale nelle carte e nelle costituzioni americane fra il secolo XVII e XVIII, ben prima della costituzione di Filadelfia*”.

⁷⁸ Per un approfondimento v. ROLLA G, *op. cit.*, pp. 47 ss., in cui ampia appare la disamina dei diversi processi costituenti nel tempo emersi con riferimento, in particolare, alla figura delle c.d. Costituzioni Pattuite ovvero delle c.d. transizioni democratiche e dei processi costituenti diluiti nel tempo.

⁷⁹ “*I diritti assumono, in altri termini, il ruolo di condizioni di pensabilità di un ordinamento (materialmente, non solo formalmente) costituzionale, fino a delinearci come epifanie necessarie del potere costituente inteso come autonormazione del popolo*”. Così D'ALOIA, *Introduzione*, in D'ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. X.

⁸⁰ Così ROLLA, *op. cit.*, p. 49.

Si tratta delle c.d. Costituzioni eterodirette⁸¹ che “per un verso, trasformano in una finzione giuridica la natura originaria del potere costituente, dal momento che le scelte fondamentali sono compiute da un soggetto esterno all’ordinamento sovrano; per un altro verso la Costituzione che risulta rischia di peccare di effettività, in quanto carente di un’effettiva adesione da parte del popolo ai valori che sono stati codificati”⁸².

Ci si riferisce, cioè, a “documenti che assumono la forma delle Costituzioni proprie del costituzionalismo, ma che non ne possiedono l’anima”⁸³.

In tale contesto, si è parlato di globalizzazione⁸⁴ dei diritti fondamentali⁸⁵, ovvero di un processo di circolazione dei valori e principi⁸⁶ propri del costituzionalismo moderno⁸⁷ che ha senza dubbio influenzato anche le tradizioni costituzionali più lontane dai principi maturati in

⁸¹ Per un approfondimento con riferimento al processo di democratizzazione sviluppato in Asia a partire dalla fine della seconda guerra mondiale v. GROPPI, *I diritti umani in Asia*, in www.leggicinesi.it/dottrina/Groppi%20-%20Diritti%20umani%20in%20Asia%202005.pdf, 9 ss. Per un commento, a titolo esemplificativo, sul processo di revisione costituzionale eterodiretta v. FERIOLI, *Macedonia: La sovranità “condivisa” Un recente caso di procedimento di revisione costituzionale eterodiretto*, in www.forumcostituzionale.it.

⁸² Così ROLLA, *op. cit.*, p. 49.

⁸³ Così ROLLA, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁴ Una definizione “minima” del concetto di globalizzazione è contenuta in PADOAN, *Globalizzazione, regionalismo e stato nazione: uno schema interpretativo*, in PIZZUTI, (a cura di), *Globalizzazione, istituzioni e coesione sociale*, Catanzaro, 1999, 208, secondo cui: “definiamo globalizzazione il processo di abbattimento delle barriere che tengono separati i mercati, locali e nazionali, dei fattori e dei prodotti.” Al contrario, un’esautistica definizione è contenuta in HELD, *Modelli di democrazia*, Bologna 1997, 465, secondo cui la globalizzazione “denota un passaggio nelle forme spaziali dell’organizzazione umana verso modelli regionali o internazionali di attività, di interazione e di esercizio del potere. La globalizzazione implica un ampliamento e un potenziamento delle relazioni umane e istituzionali sia nel tempo che nello spazio, da una parte in virtù delle influenze degli eventi accaduti negli altri settori del globo sulla nostra vita quotidiana, dall’altra per il rapido diffondersi su scala globale delle pratiche e delle scelte fatte da gruppi e comunità locali”. Per un approfondimento dei fattori costitutivi la globalizzazione v. HIRST, THOMPSON, *op. cit.*, 3 ss.; PIZZUTI, (a cura di), *op. cit.*, XII ss. Per una evoluzione nel tempo del concetto di globalizzazione v. FITOUSSI, GIRRE, *Globalizzazione, sviluppo, ineguaglianze e democrazia: una nuova prospettiva*, in PIZZUTI, (a cura di), *op. cit.*, 135 ss. Per un raffronto, sotto il profilo storico, tra il fenomeno della globalizzazione e il modello del libero scambio v. OPPENHEIMER, *Un confronto tra il 2000 e il 1900: come si differenzia la globalizzazione di oggi dal libero scambio di ieri*, in PIZZUTI, (a cura di), *op. cit.*, 3 ss.

⁸⁵ In tal contesto, DICKMAN, *Il rilievo del diritto internazionale dei diritti umani*, cit., 4, invita a considerare “la possibilità che il costituzionalismo, inteso in prospettiva “globale” per la sua funzione di sistema di pensiero volto alla garanzia dei diritti e delle libertà attraverso l’individuazione e la posizione di limiti giuridici agli stati, sia supportato dal diritto internazionale dei diritti umani, soprattutto nella sua componente consuetudinaria di rilievo costituzionale (*jus cogens*), come dimensione comune nella quale si realizza la ricordata convergenza dei costituzionalismi nazionali”.

⁸⁶ Per un’efficace e compiuta disamina del fenomeno della circolazione delle esperienze e valori costituzionali v. ROLLA, *op. cit.*, p. 8 ss in cui si precisano, tra l’altro i tratti distintivi propri delle differenti ipotesi dell’esportazione, dell’imposizione ovvero della effettiva circolazione (non altrimenti qualificata) dei principi caratterizzanti ordinamenti tra loro ontologicamente diversi.

⁸⁷ Per un modello d’interazione tra cultura nazionale e cultura cosmopolita dovuta alla circolazione internazionale d’informazioni v. HIRST, THOMPSON, *op. cit.*, 236 ss. Al contrario, ancora legato alla tradizionale concezione dello Stato, quale unico centro di diffusione della conoscenza, appare WADE, *La globalizzazione e i suoi limiti*, in BERGER, DORE, (a cura di), *Differenze nazionali e capitalismo globale*, Bologna, 1998, p. 108, per il quale: “I confini nazionali sono la rappresentazione di una comunanza e vicinanza fisica, culturale, linguistica, educativa, che continua ad incidere sul trasferimento di conoscenza tacita da persona a persona e da un’organizzazione all’altra. I confini nazionali sono le linee di demarcazione di sistemi educativi, finanziari, gestionali e governativi con specificità nazionali, i quali generano convinzioni sociali, norme e leggi con una influenza pervasiva sugli investimenti in tecnologia e sull’imprenditorialità”.

Europa alla fine del '700 e che ha, in definitiva, contribuito a far vacillare i regimi contraddistinti da tratti marcatamente autoritari⁸⁸.

Invero, se, in termini generali, la valorizzazione delle libertà fondamentali dell'individuo, in uno con la loro espressa codificazione all'interno di Carte Costituzionali di Paesi i cui ordinamenti solo di recente hanno manifestato un'apertura ai valori della persona⁸⁹, va salutata con favore, al contempo emerge con chiarezza il profondo divario esistente tra l'*idem sentire* di collettività non ancora pienamente consapevoli dei propri diritti ed il dettato formale dei documenti costituzionali di nuova generazione; si ravvisa, cioè, generalmente, un vero e proprio scollamento tra norme (costituzionali) scritte ed esperienze giuridiche maturate⁹⁰ talchè appare evidente il rischio che le nuove codificazioni rimangano lettera morta o, comunque, non siano seguite da una vera e propria rivoluzione culturale⁹¹.

Così, si suole affermare che *“la vocazione universale del costituzionalismo deve evitare un eccesso di spirito missionario o di cadere nella tentazione di esportare il proprio modello ratione imperii”*⁹².

A ciò, peraltro, si aggiunge un inevitabile relativismo che connota i diversi ordinamenti e che, soprattutto in passato, ha costituito il veicolo grazie al quale giustificare la presenza di istituti giuridici incompatibili (*rectius*: antitetici) rispetto ai diritti fondamentali della persona.

Ne deriva che *“tanto i diritti, quanto le tecniche e gli strumenti di tutela debbono essere non solo codificati, ma anche accettati e convalidati dalla cultura giuridica e politica di un determinato paese”*⁹³. Di conseguenza, la positivizzazione di determinati diritti è efficace alla condizione che esprima un valore sentito come tale dalla comunità sociale, che sia il riflesso di un convincimento piuttosto che una prescrizione meramente formale⁹⁴.

Invero, per poter giungere ad una compiuta maturazione e consapevolezza dei limiti che ontologicamente contraddistinguono il fenomeno della circolazione dei diritti in ambito

⁸⁸ *“Questi governi vedono nel controllo dell'informazione una componente fondamentale del loro potere politico ed hanno accettato di buon grado di pagare il prezzo che quel controllo comporta – o meglio, di farlo pagare ai cittadini – in termini di un notevole abbassamento del tenore di vita. Sanno fin troppo bene che la libera circolazione d'informazioni precise sulla reale situazione del Paese o sulla qualità della vita nel resto del mondo indurrebbe la gente a scendere in piazza per protestare e metterebbe in ginocchio la loro dittatura”*. Così OHMAE, *La fine dello Stato-nazione. L'emergere delle economie regionali*, Milano 1996, p. 75.

⁸⁹ Parla di *“specificità delle culture costituzionali”* ROLLA, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁰ Per un approfondimento della nozione di relatività geografica dei diritti fondamentali v. D'ALOIA, *Introduzione*, in D'ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, pp. XIII ss.

⁹¹ Parla di *“autorità dei diritti”*, espressione del potere (*rectius*: di norme giuridiche) capace di orientare culturalmente la società e di condizionarne giuridicamente la regolamentazione D'ALOIA, *op. cit.*, in D'ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. XI.

⁹² Così ROLLA G, *op. cit.*, p. 202.

⁹³ *“Nelle società occidentali e soprattutto in quelle contrassegnate dalla cultura dei diritti di matrice liberale è presente sul piano dei valori giuridici un tratto di universalismo, che è poi anche una loro aspirazione o per certi versi una presunzione non immune da tratti mistificatori”*. Così RICCA, *Identità personale e multiculturalismo*, in D'ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. 59.

⁹⁴ Così ROLLA G, *op. cit.*, p. 202 e s.

globale⁹⁵, l'umanità, storicamente, si è dovuta misurare con veri e propri sconvolgimenti (economici, sociali e culturali) già sin dal momento in cui progressivamente andavano profilarsi i primi germogli dello Stato di diritto⁹⁶.

Se, come visto, la transizione (più o meno traumatica) dall'*ancien regime* alla sovranità popolare⁹⁷ si è innanzitutto attestata nel senso di ripensare radicalmente il rapporto autorità/libertà (sotto il profilo della legittimazione)⁹⁸, invero tale processo è stato accompagnato dalla formulazione dei limiti all'esercizio del potere sovrano che, in definitiva, sono stati tradotti nella teorizzazione dello "Stato minimo" e nella valorizzazione del principio del "*laissez faire*"⁹⁹.

Si è assistito, cioè, ad un radicale ripensamento del ruolo dell'individuo (*rectius*: del cittadino) all'interno della comunità statale invero necessariamente condizionato dalla cultura borghese dell'epoca.

Se è vero, infatti, che, abbattuti i pilastri dello Stato assoluto, si pervenne immediatamente alla solenne proclamazione dell'invulnerabilità dei diritti fondamentali del cittadino¹⁰⁰ e all'abolizione del privilegio (emersione del principio di uguaglianza formale) ciò, in realtà, si tradusse essenzialmente nella proposizione, in ambito sociale, dei principi propri del liberismo economico, ovvero nella valorizzazione dell'individuo alla stregua di *homo oeconomicus*, essere razionale mosso dal perseguimento della massimizzazione del proprio benessere individuale¹⁰¹.

⁹⁵ Sottolinea BOSIO, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche nella sentenza Laval*, in *Giust. Civ.*, 2010, 06, 325, che "la graduale internazionalizzazione della tutela dei diritti fondamentali tramite la costituzione di apparati ad hoc di protezione multilivello (in ambito interno e sopranazionale, tramite organi giudiziari come amministrativi), dovrebbe infatti giustamente procedere di pari passo con la mercificazione cui numerose libertà personali sono costrette dall'espandersi di un'economia globale".

⁹⁶ Per un approfondimento in merito v. TOSATO, *Stato. Teoria generale e diritto costituzionale*, (voce), in *Enc. Dir.*, XLIII vol., 1990, 758 ss. e LANCHESTER, *Stato (forma di)*, (voce), in *Enc. Dir.*, XLIII vol., 1990, 806 ss.

⁹⁷ Per un approfondimento v. MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M., *op. cit.*, pp. 352 ss.

⁹⁸ Con riferimento alle diverse ragioni che inducono a giustificare l'obbedienza al potere sovrano è possibile individuare "tre differenti tipi di potere legittimo: a) il potere tradizionale si basa sulla credenza nel carattere sacro delle tradizioni valide da sempre e nella legittimità di coloro che esercitano un'autorità in attuazione di tali tradizioni; b) il potere carismatico poggia sulla dedizione straordinaria al valore esemplare o della forza eroica o al carattere sacro di una persona e degli ordinamenti che questa ha creato; c) il potere legale-razionale poggia sulla credenza nel diritto di comando di coloro che ottengono la titolarità del potere sulla base di procedure legali ed esercitano il potere medesimo con l'osservanza dei limiti stabiliti dal diritto". Così BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁹ Per un approfondimento v. PRINCIPATO, *I diritti sociali*, cit., 877 ss.

¹⁰⁰ Con riferimento alla proclamazione dei diritti inviolabili dell'uomo, sancita ex art. 2 della Costituzione italiana, sottolinea PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolarivista/dai-diritti-del-cittadino-ai-diritti-fondamentali-delluomo, 1, che si tratta di "diritti giuridicamente proclamati come inviolabili, ma non «sacri» e tanto meno «naturali». Proclamando i diritti inviolabili dell'uomo, i Padri costituenti non intesero infatti alludere a diritti metapositivi". Per un approfondimento sulla categoria dogmatica dei diritti inviolabili v. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., 1989, 1 ss.

¹⁰¹ Per una disamina dei principi propri del liberismo economico e delle regole e meccanismi che sorreggono l'iniziativa economica privata secondo una prospettiva attuale v. GAROFALO, SABATUCCI, *Homo oeconomicus Dinamiche imprenditoriali in laboratorio*, Bologna, 2008 e MOCELLIN, *L' homo oeconomicus in evoluzione*.

Lo Stato veniva così relegato a strumento di garanzia dello sviluppo delle migliori condizioni entro le quali ciascuno avrebbe potuto conseguire lo stato di benessere desiderato e corrispondente alle proprie capacità ed attitudini.

In definitiva, lo “Stato minimo” veniva relegato ad un semplice “guardiano delle frontiere” (contro il pericolo di aggressione proveniente dall’esterno) e garante del rispetto della legge e dell’ordine costituito all’interno dei confini nazionali¹⁰².

Diversamente, proprietà privata e libertà di iniziativa economica¹⁰³ divennero i principi ispiratori di fondo dell’agire (non solo in ambito economico, bensì anche in società) dell’individuo.

Nella sua originaria formulazione, unico vero punto di riferimento del liberismo era rappresentato dalla libertà di mercato¹⁰⁴, principio apprezzato alla stregua di vera e propria panacea di tutti i mali e ciò sia per ragioni di carattere economico, (i vantaggi derivanti dalla divisione del lavoro e del libero scambio)¹⁰⁵, sia perché si riteneva che l’individuo, pur agendo per il proprio esclusivo interesse, avrebbe comunque contribuito al benessere della collettività in ragione dell’incontro naturale tra domanda e offerta ad un livello di produzione ottimale, output collocato sul mercato al prezzo migliore.

In definitiva, lo Stato liberale¹⁰⁶ proponeva un modello (economico e sociale) incentrato su due precise linee direttrici tra loro indipendenti ancorché, in definitiva, necessariamente complementari; l’una, di carattere politico/istituzionale, rivolta nel senso di garantire l’intangibilità dei diritti fondamentali della persona da arbitri e/o abusi perpetrati (al di là ovvero in palese dispregio del principio di legalità formale)¹⁰⁷ da parte del pubblico potere (le

Modelli antropologici e teoria della responsabilità sociale d'impresa, Milano, 2011.

¹⁰² Per un approfondimento v. AA. VV., voce *Liberismo*, in *Dizionario di Banca e di Borsa*, Istituto per l’Enciclopedia di Banca e Borsa, Varese, 1979, 924; SOBBRIO, *Economia del settore pubblico*, III ed., Milano, 1996, 81 ss.

¹⁰³ Sul punto v. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII vol., 1989, 1 ss.

¹⁰⁴ Il mercato è, tradizionalmente, il luogo d’incontro tra domanda e offerta; più propriamente “*il complesso delle contrattazioni che si stabiliscono tra operatori commerciali...La funzione economico-sociale del mercato è, quindi, quella di fornire indicazioni quantitative, oltre che qualitative, sui beni da produrre onde consentire il coordinamento dei processi produttivi, con le esigenze degli utilizzatori*”. Così AA.VV., voce *Mercato*, in *Dizionario di banca e di Borsa*, op. cit., 982. Per una disamina del significato della nozione di mercato intesa in senso moderno v. LORENZINI, voce *Mercato*, in MERLANI (a cura di), *Enciclopedia della Banca e della Borsa*, VI vol., CEI, Torino, 1971, p. 507.

¹⁰⁵ Per un approfondimento, secondo una visione attuale, al modello economico del libero scambio v. CARIOTI, “*Institutions matter*”: *le istituzioni contano (i liberoscambisti davanti alla globalizzazione)*, in www.fondazione-inaudi.it. Per un approccio critico v. MORRIS, *Liberismo, il grande distruttore*, in www.ariannaeditrice.it.

¹⁰⁶ I tratti caratteristici propri dello Stato liberale sono ben delineati in BIN, PITRUZZELLA, op. cit., p. 41 ss

¹⁰⁷ Inteso nella sua accezione formale, il principio di legalità esige che l’attribuzione del potere alla pubblica amministrazione trovi il suo fondamento - e quindi il suo limite - in una norma di rango primario la cui violazione comporta l’illegittimità dell’azione amministrativa. “*Diversamente interpretato nel suo significato sostanziale, esso richiede che l’intervento del legislatore sia diretto a determinare in concreto i presupposti, le modalità e le condizioni in presenza dei quali possano essere limitati da parte della pubblica autorità i diritti e le libertà dei singoli individui. Il principio di legalità rappresenta, dunque, un limite al potere esecutivo nell’esercizio della sua funzione amministrativa.*” Così e per un approfondimento v. CASALENA .P.G., *Riserva di*

c.d. libertà negative), l'altra tesa a riconoscere il libero esercizio delle attività economiche considerato l'unico vero strumento di promozione dell'individuo all'interno della società ed affidato alle regole "autoreferenziali" proprie del libero mercato.

Nel tempo, però, con il passaggio dallo Stato moderno o di diritto allo Stato sociale¹⁰⁸, frutto dell'emersione di nuovi bisogni sociali¹⁰⁹ e della maturata consapevolezza della fallacia della teoria della "mano invisibile"¹¹⁰, la semplice astensione dei pubblici poteri da ogni forma di ingiustificata ingerenza nella sfera di autonomia privata del singolo non appare più sufficiente a soddisfare le pretese del cittadino che, diversamente, necessita altresì di politiche di intervento dirette a dare attuazione al principio di uguaglianza sostanziale¹¹¹, condizione essenziale per il libero sviluppo delle individualità e presupposto di fondo della concreta possibilità di partecipazione dei cittadini al progresso civile e sociale della comunità.

Ciò si traduce, in particolare, nella valorizzazione del principio di uguaglianza sostanziale, nel riconoscimento dei c.d. diritti sociali¹¹² (c.d. libertà positive) ed in un più generale

legge, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica*, Vol. XIII, Milano, 2007, p.610. Sul punto v. anche CARLASSARE L., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX Vol., 1990 e FOIS S., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur.*, XXIII Vol., 1973, pp. 659 ss.

¹⁰⁸ Invero, la nascita del c.d. Stato sociale è da ascrivere ad un complesso di fattori che si combinano in varia misura a seconda del particolare assetto politico/costituzionale entro cui si sviluppa tale modello. Storicamente, il primo vero documento costituzionale in cui è possibile rinvenire le fondamenta dello Stato sociale è la Costituzione di Weimar che, pur avendo vita breve, seppe informare la cultura giuridica dell'epoca e costituirsi, in definitiva, un vero e proprio modello culturale, fonte di ispirazione per le esperienze costituzionali che cronologicamente ad essa seguirono in diverse Nazioni. Sul punto v. BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 47 che sottolinea come la Costituzione di Weimar rappresentò il tentativo di razionalizzare il sistema parlamentare proprio dello Stato liberale adattando le sue istituzioni alle dinamiche di una democrazia di massa. Per un approfondimento v. ROLLA, *op. cit.*, pp. 30 ss.

¹⁰⁹ La transizione dallo Stato liberale allo Stato sociale passa innanzitutto attraverso l'allargamento della base sociale, frutto di una maggiore consapevolezza del cittadino dei propri diritti e delle tecniche utili a garantirne l'effettività. Si assiste, cioè, alla trasformazione in costruzione dello Stato pluriclasse, (in luogo della netta predominanza della borghesia che aveva, quantomeno all'inizio, acquisito una posizione di predominio sociale, economico e culturale all'interno del moderno Stato di diritto), frutto dell'allargamento della base elettorale (fino ad ammettere il suffragio universale) e fondato sul "riconoscimento e sulla garanzia della pluralità dei gruppi, degli interessi, delle idee, dei valori che possono confrontarsi nella società ed esprimere la loro voce nei Parlamenti". Così BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 43.

¹¹⁰ Invero, "la rozza invocazione di un mercato libero, come mercato senza norme, nasconde, sotto lo sproposito logico, l'interesse all'abolizione di date norme; interesse politico, poiché politico è sempre il conflitto intorno al contenuto delle norme". Così IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1999, 14.

¹¹¹ Incentra l'attenzione sulle esigenze di equità e solidarietà JORIO, *La Costituzione tradita*, cit., 2.

¹¹² Per un approfondimento sulla categoria dogmatica dei diritti sociali v. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., 1989, 1 ss e MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, (voce), in *Enc. Dir.*, XII vol., 1964, 802 ss. Per una disamina sulla correlazione tra diritti sociali e libertà negative v. POGGIO, *Il rapporto tra difesa dei diritti sociali e tutela della libertà di (1-4) iniziativa economica alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 04, 1030 ss. Sottolinea PRINCIPATO, *I diritti sociali*, cit., 896, che "fra le due categorie di diritti esiste [...] un'implicazione reciproca: la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali dello Stato possano essere oggetto di diritti individuali; la garanzia dei diritti sociali è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche". Più propriamente, "le "libertà sociali" (o se si vuole i diritti sociali di libertà o di autonomia) condividono, con le libertà civili ed economiche, la fondamentale caratteristica strutturale di attribuire, ai rispettivi beneficiari, una sfera di agere licere, tale per cui il loro "svolgimento, una volta che siano stat[e] effettivamente garantit[e], dipende innanzitutto da comportamenti o condotte del titolare"". Così GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir.*

ripensamento anche delle tradizionali libertà negative “che sono viste ormai non soltanto sotto il profilo formale ma anche sotto quello sostanziale, dell’effettiva possibilità di esercizio”¹¹³.

Accanto alle libertà negative¹¹⁴, cioè, si pongono le libertà positive¹¹⁵ “quale necessaria ed ineliminabile condizione perchè le sfere dell’autorità e della libertà non restino nettamente distinte (libertà dallo Stato) ma trovino un loro punto d’incontro e di componimento (libertà nello Stato)”¹¹⁶.

Accade, in particolare, che gli stessi valori fondanti dello Stato liberale subiscano un radicale ripensamento riconoscendo agli organi istituzionalmente deputati all’esercizio delle funzioni fondamentali dello Stato il potere di conformare la consistenza dei diritti individuali nell’ottica della valorizzazione dell’interesse generale.

Proprietà privata e libera iniziativa economica¹¹⁷ (capisaldi della c.d. Costituzione economica)¹¹⁸ non soggiacciono più solo alle regole del libero mercato ma sono riconosciute in vista della loro funzione sociale¹¹⁹ (o comunque della loro non contraddizione con l’utilità

Un. Eur., 2003, 2-3, 365.

¹¹³ Così MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p. 735.

¹¹⁴ “Che anche un despota illuminato potrebbe, almeno in parte, garantire”. Così MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p. 734.

¹¹⁵ Per una disamina del rapporto tra libertà positive e negative v. PALOMBELLA, *Diritti fondamentali*, cit. Sul punto v. anche DICIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_E_Diciotti.pdf

¹¹⁶ Così MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p. 734.

¹¹⁷ Con riferimento all’art. 41 Cost. parte della dottrina ha ritenuto che l’iniziativa economica avrebbe dovuto essere esclusivamente ascritta all’esercizio dell’attività di impresa, ovvero a quella forma, organizzata professionalmente, di produzione o scambio di beni e servizi la cui disciplina sostanziale era già rilevabile nella legislazione ordinaria. Contrario a tale impostazione è BALDASSARRE, *Iniziativa economica Privata*, (voce), in *Enc. Dir.*, XI vol. 590 ss., per il quale: “l’impresa costituisce un modo di organizzazione secondo cui può trovare svolgimento l’attività economica: il modo usuale, se si vuole, ma pur sempre uno soltanto fra di essi. In quanto tale, perciò, essa non solo non può coincidere con l’attività economica, ma non può neppure esaurire il contenuto o rappresentarne in qualche modo, la proiezione integrale...La Costituzione insomma identifica l’iniziativa economica con l’investimento, quale atto che costituisce il fondamento logico di un processo produttivo qualitativamente determinato o, più precisamente, definendone la natura nell’ambito generale degli investimenti patrimoniali, con quello che gli economisti qualificano come investimento d’iniziativa, il quale può determinarsi giuridicamente come atto di destinazione di beni capitali al processo produttivo”. Secondo MANFRELOTTI, *Libertà economiche e concorrenza*, in D’ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. 412, “la prescrizione ex art. 41 1° co. Cost. afferma la libertà di iniziativa economica, oltre che verso l’amministrazione, anche (e soprattutto) verso i gruppi economici privati più forti evitandone la trasformazione in monopoli di fatto, che costituiscono la reale minaccia all’esplicazione della stessa in un sistema che vede l’intervento pubblico nell’economia in maniera sempre più residuale L’efficacia orizzontale dell’art. 41 1° co. Cost. può, per altro verso, farsi discendere dal generale obbligo di solidarietà che presiede ai rapporti tra le posizioni giuridiche soggettive private, quale limite alla subordinazione di un interesse determinato ad un altro economicamente prevalente. L’interpretazione restrittiva di questa disposizione, nel senso della sua applicazione ai soli rapporti tra il soggetto pubblico ed i privati, la renderebbe priva di utilità”.

¹¹⁸ Per un approfondimento sulla portata dell’art. 41 Cost. v. GIANFRANCESCO, *Libertà d’impresa e libertà professionale nell’esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, 03, 2209 ss.

¹¹⁹ La clausola della funzione sociale ha sempre destato interesse; da alcuni è stata ricompresa nel novero delle clausole generali, cioè di quelle che consentono, per la loro elasticità e per la loro indeterminatezza volutamente creata dal legislatore, un costante adeguamento del dato normativo al dato sociale. Sulla scorta di tale impostazione si è sostenuta la sua immediata precettività e, quindi, diretta applicabilità ai rapporti interprivati. Ma ciò che più conta, ai fini dell’analisi qui condotta, è la sua valenza di natura ermeneutica. Dal punto di vista

sociale¹²⁰) così da impedire che il loro concreto esercizio possa arrecare pregiudizio alla sicurezza, libertà e dignità¹²¹ dell'uomo¹²².

Più in generale, si assiste alla codificazione di un catalogo costituzionale di diritti¹²³ di diritti (in uno con i doveri costituzionali¹²⁴, contraltare indefettibile dei primi¹²⁵) capace di sintetizzare i valori propri di una collettività unita da un sentimento indissolubile di identità nazionale¹²⁶ incentrato sulla tutela della persona¹²⁷.

interpretativo, la clausola della funzione sociale, si è detto, assolve il compito di essere riassuntiva di molteplici interessi presenti nella nostra Carta Costituzionale e con i quali la situazione giuridica proprietaria è tenuta a fare i conti. Così, il diritto di proprietà non si deve intendere “*come mezzo di esclusiva tutela dell'interesse del proprietario, sibbene anche come mezzo di attuazione di un interesse pubblico, comprendendo pure l'interesse del privato estraneo al rapporto di proprietà*”. Così PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 142. Con tale assunto si vuole sostenere la necessità d'inquadrare l'assetto dei valori economici costituzionalmente rilevanti secondo quella prospettiva che contemperi l'interesse del singolo con quello della comunità. “*Lo statuto costituzionale - dell'economia privata - risulta appunto dallo sforzo di contemperare le ragioni della libertà di proprietà e di impresa privata con quelle della collettività, che non può vedere frustrata la propria esigenza di benessere dall'incontrollato sviluppo della lotta concorrenziale e dall'accentramento dei mezzi di produzione nelle mani di pochi*”. Così SPAGNUOLO VIGORITA, voce *Economia (Intervento della Pubblica Amministrazione nell')*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1966, 366. In definitiva, non si vuole disconoscere la proprietà quale fondamentale diritto individuale, ma solo evitare che forme proprietarie “anomale” producano effetti distorsivi nel sistema economico/sociale. Sul punto v. GIORGIS, *I diritti all'uguaglianza distributiva*, in D'ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. 112, secondo cui la P.A. è chiamata ad intervenire “*nell'ambito dei processi produttivi correggendo le distorsioni o supplendo alle mancanze dell'iniziativa privata in maniera tale da assicurare l'esistenza di una quantità adeguata di tutti quei beni e servizi di cui si ritiene indispensabile poter fruire per condurre una vita libera e dignitosa*”.

¹²⁰ Cfr. *Corte Cost. sentenza 14 febbraio 1962 n° 4*. Per un'impostazione che vede la libertà d'iniziativa quale valore in sé, a prescindere da un suo collegamento con l'utilità sociale, v. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Padova, 1992, 460, secondo cui: “*Beninteso, la proclamata libertà economica non è una libertà piena, essendo limitata dal doveroso rispetto dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana (ma quale libertà costituzionale è del tutto piena e incondizionata?). Una cosa, però, è dire questo, altro è sostenere che la libertà economica sarebbe costituzionalmente garantita soltanto se si persegue l'utilità sociale o assicuri la libertà e la dignità umana....La tesi della funzionalizzazione della libertà economica è inaccettabile non solo perché respinta in Assemblea Costituente ma anche e soprattutto perché contraddice testualmente l'esplicita affermazione di libertà contenuta nel primo comma. È stato infatti ormai dimostrato che il riconoscimento giuridico di una libertà, (con conseguente attribuzione al soggetto titolare della stessa delle facoltà di scelta sul “se,” sul “come” e sul “quando” esercitarla), è incompatibile con la sua funzionalizzazione. Per converso la configurazione giuridica di un diritto come “funzionale” ne rende imprevedibile la natura di diritto di libertà*”. Parla di vaghezza del limite dell'utilità sociale GIANFRANCESCO, *Libertà d'impresa e libertà professionale*, cit., 2209.

¹²¹ “*Lo stretto legame che intercorre tra garanzia della dignità e tutela della personalità fa sì che il principio di dignità rappresenti un valore universale, inteso nel senso che non solo riguarda tutti gli individui indipendentemente dal possesso dello status di cittadino, ma anche tutela la persona indipendentemente dalla traiettoria del suo percorso di vita...Infine, la dignità funge da criterio generale di interpretazione: nel senso che il riconoscimento costituzionale della dignità umana richiede, per un verso, che una disposizione suscettibile di assumere più significati debba essere interpretata nel senso più conforme al principio di dignità; esclude, per un altro verso, che possa essere legittimamente accolta un'interpretazione contraria o configgente con tale principio*”. Così v. ROLLA, *op. cit.*, p. 215 s. Invero, “*pare evidente che concetti come “persona umana” e “dignità umana” sono assunti dalla Costituzione in una accezione preesistente ad essa ed universale, sottratta alla positivizzazione in termini giuridici, dunque solo riconoscibile dai Costituenti. E' difficile contestare che la dignità umana sia una premessa essenziale di ogni ordine giuridico: secondo la concezione personalistica che ha orientato l'evoluzione del costituzionalismo dal XVIII secolo essa è il parametro per verificare il grado di effettività della tutela dei diritti dell'uomo inteso nella sua originalità universale, che il concetto di dignità riassume, escludendone ogni possibilità di manipolazione da parte dei diritti positivi. La dignità, in quanto attributo giuridico universale dell'uomo, non può essere declinata a livello nazionale: le costituzioni devono semplicemente presupporla, ed anche in termini funzionalmente coincidenti, al di là delle relative differenze*

Valori e principi che, seppur intoccabili nella loro essenza, si misurano però storicamente con l'evoluzione della società e con la conseguente emersione di nuovi bisogni ed interessi¹²⁸.

Garantire continuità ed inviolabilità ai primi e, al contempo, soddisfare le nuove aspettative e contrastare i nuovi pericoli di disgregazione¹²⁹ è la responsabilità che la società civile deve saper assumere su di sé¹³⁰.

linguistiche. E' pertanto intrinsecamente illegittimo ogni atto di governo che contraddica la dignità dell'uomo, ancorché sia legittimo rispetto al parametro costituzionale scritto e tecnicamente possa anche dirsi democratico". Così DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo*, cit., 11.

¹²² La connotazione sostanziale dei limiti della libertà e della dignità umana è ben sintetizzata in BALDASSARRE, voce *Iniziativa Economica Privata*, op. cit., 602, secondo cui: "Mentre con dignità umana si vuol indicare quel complesso di valori umani, che costituisce l'essenza di ogni persona "nel suo statico esserci," con libertà invece si vuol comprendere quell'insieme di attributi fondamentali che riassumono in termini soggettivi lo spiegamento immediato della persona umana nel mondo esterno: l'una e l'altra dunque, tutelando la personalità per sé stessa e nel suo libero svolgimento, ovverosia i beni giuridici e i diritti che a d essa direttamente si riconnettono, configurano, nella loro unità complessiva, i momenti essenziali di quel concetto generale di personalità la cui tutela è riconosciuta in linea di principio dall'art. 2 Cost. Il richiamo di tali valori operato dall'art. 41 II comma ha pertanto il significato di estenderne la tutela imponendone il rispetto non soltanto nei confronti dell'autorità pubblica, come vuole la tradizione dei diritti pubblici, ma altresì verso quell'eventuale "autorità privata" che discenderebbe in tal caso dall'imprenditore stesso".

¹²³ "La costituzione dei diritti sembra dunque conferire ad ogni testo costituzionale una vocazione giuridica universale. Essa non si esaurisce nel testo scritto delle disposizioni costituzionali sui diritti e sulle libertà, ma si evolve in armonia con l'evoluzione del diritto internazionale dei diritti umani, e, in Europa, con le tradizioni costituzionali comuni degli stati membri che alimentano il "diritto costituzionale europeo". Pertanto i diritti individuali e le libertà fondamentali che da essa discendono si pongono non solo come situazioni giuridiche soggettive date in virtù della relativa elencazione, tassativa, ma soprattutto come insieme di fini che il legislatore deve realizzare". DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo*, cit., 18.

¹²⁴ Sottolinea COLETTA, op. cit., D'ALOIA, (a cura di), op. cit., p. 352 ss. che il rispetto dei (*rectius*: l'adesione spontanea ai) doveri costituzionali di solidarietà implica uno specifico riferimento non solo ai cittadini bensì nei confronti di tutti coloro i quali, stranieri o apolidi, decidano di radicare la propria esistenza all'interno dei confini nazionali così da dimostrare una patente volontà di integrazione prodromica, al ricorrere dei presupposti richiesti *ex lege*, al conseguimento della cittadinanza e, prima ancora, al riconoscimento della titolarità effettiva dei diritti fondamentali della persona, ivi compreso il diritto all'elettorato attivo e passivo. Così, ad esempio, con riferimento al sacro dovere di difesa della Patria e, più in particolare, con riguardo alle norme che imponevano la prestazione obbligatoria del servizio militare anche nei confronti degli apolidi, v. *Corte Costituzionale, sentenza 10 maggio 1999, n. 172*.

¹²⁵ Primo tra tutti essere fedeli alla Repubblica e osservarne la Costituzione e le leggi. Per una disamina della nozione di fedeltà v. GALANTE, *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico tra morale, politica e diritto*, in www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Galante01.pdf. Sul punto v. anche RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 16.

¹²⁶ È da tempo noto l'ampio dibattito sviluppato attorno al riconoscimento delle titolarità dei diritti fondamentali della persona, codificati all'interno della Carta del 1948, in favore dello straniero non tanto, in verità, riguardo all'*an* (essendo ormai pacifico che il Costituente abbia espressamente voluto riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo a prescindere dalla cittadinanza) quanto in relazione all'individuazione, in concreto, delle singole posizioni giuridiche soggettive attive riferibili nerio riguardi dell'individuo in quanto tale, sia cittadino che apolide o straniero. Nella sterminata letteratura sul punto, tra gli altri v. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in [/www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 31 ss.; PACE, *Dai diritti del cittadino*, cit., 12 ss e CHIAVARIO, *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Relazione_Prof_Chiavario.doc.

¹²⁷ Secondo BARTOLE, *La Nazione italiana e il patrimonio costituzionale europeo*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, p. 9, "il Costituente italiano ha optato a favore di una concezione civice della Nazione, nel senso che l'appartenenza alla Nazione non è fondata sul legame etnico che, pur implicando un riferimento a tradizioni storiche e culturali, rinvia in ultima istanza a legami di terra e sangue, ma si identifica con l'accettazione volontaria di

I diritti fondamentali divengono così “*l’espressione di un ordinamento libero già realizzatosi e, allo stesso tempo, costituiscono il presupposto affinché questo ordinamento si ricostituisca continuamente tramite l’esercizio individuale delle libertà da parte di tutti*”¹³¹.

Naturalmente, però, i diritti non possono vivere autonomamente senza un’autorità che li riconosca, moderi, distribuisca e protegga¹³² mediante la predisposizione di adeguati strumenti di tutela e valorizzazione sulla cui certezza il cittadino possa sempre contare.

In tal contesto, la direzione politica dello Stato implica non soltanto la determinazione dei fini dell’azione statale, ma anche la predisposizione degli strumenti giuridici e dei mezzi materiali per il suo svolgimento ed, infine, il conseguimento stesso dei fini¹³³.

L’esercizio della potestà normativa e la funzione esecutiva costituiscono, quindi, i mezzi diretti di attuazione dell’attività politica (*rectius*: della funzione di indirizzo politico) in conformità ai valori consacrati all’interno della Carta Fondamentale.

In particolare, l’azione amministrativa, diretta al soddisfacimento materiale dei bisogni collettivi, soggiace al principio di legalità (costituzionale) e involge i diritti fondamentali della persona solo entro i limiti fissati dall’ordinamento a tutela di interessi sovraindividuali di rango superiore.

Al contempo, però, un diritto (o interesse) soggettivo ben può essere espressione non tanto e solo di posizioni egoistiche, ma, al contrario, può custodire in sé l’essenza dei principi di

dati valori civici e costituzionali della nostra comunità statale. Si tratta di una concezione di ben precisa ascendenza europea occidentale, nettamente diversificata dalle concezioni mitteleuropee volte, per un verso o per l’altro, a sottolineare appunto la rilevanza dei vincoli tra terra e sangue ai fini dell’appartenenza nazionale”.

¹²⁸ “*La relativa giuridicità non è nei diritti in sé – il concetto di giuridicità infatti non è universale, ma relativo ad un determinato ordinamento: ciò che è giuridico per un ordinamento, può non esserlo per un altro, o lo può essere a condizioni diverse – ma in quanto ogni diritto è riconducibile alla natura dell’uomo, la quale, poiché è indeclinabile in qualsiasi ordinamento giuridico, è essa stessa parametro giuridico costituzionale*”. Così DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo*, cit., 7 s.

¹²⁹ Per un approfondimento incentrato, in particolare, sul rapporto tra diritti sociali e sostenibilità economica internazionale v. PERULLI, *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell’era della globalizzazione*, in *Dir. Relaz., Ind.*, 2001, 02, 157 ss.

¹³⁰ Si tratta, in particolare, di “*preservare l’equilibrio, vitale per la tenuta del sistema e della stessa Costituzione, tra normazione e giurisdizione, in primo luogo tra normazione costituzionale e giurisdizione parimenti costituzionale. Ecco perché, in presenza di bisogni dell’uomo diffusamente e profondamente avvertiti, la legislazione costituzionale deve fare – a me pare – tutta quanta la propria parte, non abdicando a favore di strumenti di normazione inadeguati, quali sono quelli utilizzati dalla maggioranza di turno²⁸, o – peggio ancora – direttamente ed esclusivamente a favore di oscillanti e non di rado internamente discordanti orientamenti giurisprudenziali*”. In tal senso, RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali*, cit., 23.

¹³¹ Così HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 39.

¹³² In tal senso PRISCO, *Ruolo e prospettive del difensore civico*, in D’ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. 238.

¹³³ In tal senso MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p. 196. Secondo PRISCO, *op. cit.*, in D’ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. 238, “*viviamo in un’epoca nella quale, nel Nord del mondo e in Occidente, le grandi contrapposizioni ideologiche del passato sono ormai venute meno e il compito della politica sembra essere rimasto quello (apparentemente meno eroico) di amministrare la società: la politica, insomma, come tecnica di contenimento fra interessi parziali e di mantenimento di equilibri tra gruppi. I valori di riferimento sono abbastanza largamente condivisi e non c’è più tanta tensione ideale in questa parte della terra*”.

civiltà giuridica propri di un determinata collettività, “specchio o tavola di proiezione del modo di essere complessivo e fondamentale di un ordinamento. La sua tutela di fronte all’esercizio del pubblico potere, finalizzato a promuovere un interesse oggettivo, impersonalmente pubblico, può quindi trascendere la dimensione personalista e divenire strumento di bilanciamento¹³⁴ tra interessi sovra individuali”¹³⁵.

Diviene così essenziale comprendere i principi, le regole, i meccanismi e le tecniche di tutela che l’ordinamento positivamente appresta al fine di salvaguardare i diritti fondamentali della persona allo scopo di acquisire consapevolezza in ordine al grado di civiltà giuridica propria di un dato sistema politico e sociale storicamente determinato.

Diviene essenziale, cioè, comprendere come si atteggi la direzione politica di una comunità (che, come visto, comprende in sé non solo la determinazione dei fini, ma anche la predisposizione dei mezzi idonei a conseguirli e la loro concreta attuazione) di fronte ai diritti fondamentali della persona.

Centrale, in tal contesto, si manifesta la disamina dei valori costituzionali (o che in Costituzione trovano, in ultima istanza, la loro legittimazione), che sorreggono ed indirizzano l’azione amministrativa e che tradizionalmente si identificano nei principi di legalità¹³⁶,

¹³⁴ Invero, “l’idea che i principi costituzionali sono sempre oggetto di ponderazione anziché di applicazione, o peggio che possono essere ponderati con principi morali inventati dai giudici, genera evidentemente un pericolo, del quale non sempre i suoi sostenitori sembrano consapevoli, per l’indipendenza della giurisdizione e per la sua legittimazione politica. Se infatti si sostiene che i giudici non devono limitarsi a interpretare le norme di diritto positivo ma sono abilitati a crearle essi stessi, sia pure attraverso il bilanciamento dei principi, allora viene minata la separazione dei poteri. E in tempi come gli attuali - di crescente tensione tra potere politico e potere giudiziario e di insofferenza del primo per i controlli di legalità esercitati dal secondo - la teorizzazione di una simile potestà normativa dei giudici rischia di offrire un potente argomento a sostegno della loro investitura politica, tramite la loro elezione, o peggio la loro collocazione alle dipendenze dal potere esecutivo”. Così FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit. 2791.

¹³⁵ Cfr. D’ALOIA, *Introduzione*, in D’ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. XXII ss.

¹³⁶ Inteso nella sua accezione formale, il principio di legalità esige che l’attribuzione del potere alla pubblica amministrazione trovi il suo fondamento - e quindi il suo limite - in una norma di rango primario la cui violazione comporta l’illegittimità dell’azione amministrativa. “Diversamente interpretato nel suo significato sostanziale, esso richiede che l’intervento del legislatore sia diretto a determinare in concreto i presupposti, le modalità e le condizioni in presenza dei quali possano essere limitati da parte della pubblica autorità i diritti e le libertà dei singoli individui. Il principio di legalità rappresenta, dunque, un limite al potere esecutivo nell’esercizio della sua funzione amministrativa.” Così e per un approfondimento v. CASALENA .P.G., *Riserva di legge*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica, Vol. XIII*, Milano, 2007, p.610. Sul punto v. anche CARLASSARE L., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani, XX Vol.*, 1990 e FOIS S., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur., XXIII Vol.*, 1973, pp. 659 ss.

tipicità¹³⁷ (e, quale contraltare, il potere provvedimentale implicito¹³⁸), leale collaborazione¹³⁹, irretroattività¹⁴⁰, imparzialità¹⁴¹, ragionevolezza¹⁴², proporzionalità¹⁴³, precauzione¹⁴⁴, legittimo affidamento¹⁴⁵, buon andamento¹⁴⁶, pubblicità¹⁴⁷, partecipazione¹⁴⁸, responsabilità¹⁴⁹.

Principi la cui consistenza viene sempre più arricchita dal contributo fornito dall'ordinamento comunitario¹⁵⁰ (artt. 11 e 117 cost.) e dalle norme di diritto internazionale generale (art. 10 cost.) e pattizio (che dà vita e contenuto alla norma interposta ex art. 117 cost)¹⁵¹ proiettate verso una sempre maggiore valorizzazione dei diritti dell'individuo così come maturati

¹³⁷ “Il principio di tipicità (e di nominatività) degli atti amministrativi costituisce canone alla cui stregua valutare la legittimità dei medesimi. Senonché, tale nozione non deve essere intesa in senso meramente formalistico di corrispondenza del potere esercitato ad un nomen provvedimentale piuttosto che ad un altro, quanto piuttosto in termini di garanzia che ad ogni interesse pubblico vada correlato uno specifico potere in capo all'Amministrazione in modo da determinare, in esito al procedimento, un giudizio di coerenza tra potere esercitato e risultato concretamente perseguito”. Così Consiglio Stato, sez. VI, 13/09/2010, n. 6554.

¹³⁸ “Il principio di legalità dell'azione amministrativa, deducibile sul piano interno dall'art. 97 cost., impedisce di ammettere la configurabilità, in capo alle amministrazioni nazionali, di poteri impliciti, di poteri cioè non attribuiti espressamente da alcuna norma ma derivanti direttamente dall'esigenza di garantire il soddisfacimento degli obiettivi posti alle amministrazioni stesse in sede legislativa. La conclusione non muta neppure nel caso in cui gli obiettivi in questione siano stati fissati dalla normativa europea, dal momento che il dovere di ciascuna istituzione statale di contribuire all'attuazione concreta dei principi e delle norme poste dal diritto comunitario non può prevalere sull'esigenza, di rango primario, operante nel diverso campo del principio di legalità e tipicità dei provvedimenti amministrativi”. Così T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 04/04/2002, n. 1331. Contra T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 09/07/2009, n. 1803 secondo cui “rientrano nel novero dei “poteri impliciti” - intendendo per tali quelli non previsti da alcuna norma di legge (o di regolamento, se si segue la tesi per cui il principio di legalità e tipicità può essere inverato, nelle materie non riservate alla legge, da regolamenti) - quelli spettanti all'Autorità vigilante nei confronti degli organi dell'ente soggetto a vigilanza, di cui può disporre la revoca ed il commissariamento, al fine di assicurare la continuità di gestione ed il regolare funzionamento dell'ente stesso”.

¹³⁹ “Il principio di leale collaborazione può essere nei casi dubbi un canone interpretativo del comportamento tenuto dalle parti, ma certo non può introdurre a carico dell'amministrazione l'obbligo di emanare atti amministrativi non previsti dalla legge, perché altrimenti esso viene a configgere con il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, e soprattutto con il principio di tipicità degli atti amministrativi, che in definitiva non è altro che un'articolazione del principio di legalità”. Così T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 16/02/2011, n. 282.

¹⁴⁰ “La regola di irretroattività dell'azione amministrativa che, in quanto espressione dell'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltreché del principio di legalità segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato, vieta di incidere unilateralmente e con effetto ex ante sulle situazioni soggettive, anche per i provvedimenti che rivestano valenza regolamentare in quanto diretti a trovare applicazione ripetuta nel tempo ad un numero indeterminato di fattispecie, non impedisce tuttavia che, al fine di dare un concreto assetto agli interessi per il futuro, vengano presi in considerazione fatti riferiti ad un momento temporalmente anteriore”. Così Consiglio Stato, sez. V, 08/03/2011, n. 1436. Invero, “nell'ambito dell'azione amministrativa, vige la regola generale dell'irretroattività, espressione del principio di legalità e dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, la quale impedisce all'amministrazione di incidere unilateralmente e con effetto “ex ante” sulle situazioni soggettive del privato ed opera, a maggior ragione, in presenza di provvedimenti con valenza regolamentare, quali sono gli atti di determinazione delle tariffe dovute per i servizi locali: con riguardo a provvedimenti di tale natura, il principio di irretroattività discende, infatti, direttamente dall'art. 11 delle preleggi, ed è derogabile unicamente per effetto di una disposizione di legge pari ordinata”. Così T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 25/08/2010, n. 4892.

¹⁴¹ Cfr., ex multis, in materia di appalti, Consiglio Stato, sez. III, 25/08/2011, n. 4809; Consiglio Stato, sez. V, 25/08/2011, n. 4806; Consiglio Stato, sez. V, 05/08/2011, n. 4713; Consiglio Stato a. plen., 28/07/2011, n. 13. Per un approfondimento sul rapporto tra imparzialità della P.A. e parità di genere v., poi, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 25/07/2011, n. 6673. Per una casistica concernente l'applicazione del principio di imparzialità in materia di concorsi pubblici v., ex multis, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 06/06/2011, n. 5028; Consiglio Stato, sez. V, 12/05/2011, n. 2826; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 01/04/2011, n. 2881; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 01/04/2011, n. 1907.

all'interno di uno "spazio giuridico europeo"¹⁵² anch'esso ispirato ai principi propri del costituzionalismo moderno¹⁵³.

Ciò sia a livello globale che, più marcatamente, in ambito regionale (europeo) laddove emerge un processo di generale ripensamento del rapporto autorità/libertà¹⁵⁴ indirizzato verso la maturazione di una nuova concezione di democrazia c.d. cosmopolita¹⁵⁵, (non ristretta certo entro angusti confini nazionali, espressione di vetusta autoreferenzialità)¹⁵⁶, quale imprescindibile rafforzamento e completamento dei principi propri del costituzionalismo

¹⁴² Per un'applicazione concreta del canone di ragionevolezza v., *ex multis*, Corte costituzionale, 25/07/2011, n. 242; Corte costituzionale, 22/07/2011, n. 232; Consiglio Stato, sez. VI, 30/06/2011, n. 3891; T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 16/06/2011, n. 626.

¹⁴³ "In applicazione del principio di proporzionalità dell'attività amministrativa, le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi sia con atti amministrativi, restrizioni alla libertà del cittadino in misura superiore, vale a dire sproporzionata, rispetto a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare. La proporzionalità e adeguatezza dell'attività amministrativa costituiscono un parametro e una misura della legittimità stessa dell'operato dell'amministrazione. Invero, qualora la p.a., pur agendo nell'ambito astratto dei poteri conferiti, sacrifichi in concreto un interesse del privato in modo eccessivo rispetto all'interesse pubblico perseguito, può essere sanzionata con l'annullamento dell'atto amministrativo stesso". Così T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 24/06/2011, n. 399.

¹⁴⁴ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 31/08/2010, n. 5145; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 23 gennaio 2003, n. 260; Tribunale I grado C.E., sez. II, 19 novembre 2009; C.G. C.E. sentenza 14 luglio 1998, causa C-248/95; id. 3 dicembre 1998, causa C-67/97, Bluhme; Corte giustizia C.E., sez. IV, 4 marzo 2010, n. 297; Corte giustizia CE, sez. II, 22/12/2010, n. 77; T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 08/07/2010, n. 171.

¹⁴⁵ Cfr., *ex multis*, Corte costituzionale, 25/07/2011, n. 243; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 22/06/2011, n. 3297; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 08/06/2011, n. 842; Consiglio Stato, sez. VI, 27/04/2011, n. 2491; Consiglio Stato, sez. V, 20/04/2011, n. 2446; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 15/02/2011, n. 389.

¹⁴⁶ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 25/07/2011, n. 6673; T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 09/07/2011, n. 749; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 07/07/2011, n. 387; Consiglio Stato, sez. VI, 30/06/2011, n. 3902; Consiglio Stato, sez. VI, 30/06/2011, n. 3882; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 20/06/2011, n. 907. Per un approfondimento v., inoltre, Iannucilli, De Tura, Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni.../STU_212.pdf.

¹⁴⁷ Cfr. *ex multis*, Consiglio Stato, sez. V, 25/08/2011, n. 4806; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 01/08/2011, n. 6885; Consiglio Stato a. plen., 28/07/2011, n. 13; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 29/06/2011, n. 1024; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 03/06/2011, n. 5010; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 03/06/2011, n. 5005.

¹⁴⁸ "Le disposizioni in tema di partecipazione al procedimento risultano dettate per consentire ai destinatari dell'azione amministrativa di rappresentare fatti e argomenti, da valutare per la corretta formazione degli atti autoritativi, nella misura in cui questi ultimi -potendo incidere negativamente su diritti di libertà e interessi dei soggetti amministrati - debbono non solo rispondere al principio di legalità, ma anche offrire le maggiori possibili garanzie di perseguimento dell'interesse pubblico, nel caso concreto, con approfondito bilanciamento di tutti gli interessi concorrenti". Così Consiglio Stato, sez. VI, 15/06/2009, n. 3807.

¹⁴⁹ "Nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall'art. 97 Cost., la P.A. è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento, che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento". Così T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 22/06/2011, n. 3297.

¹⁵⁰ Riprova indiscussa dell'incidenza del diritto comunitario in ordine all'agere della P.A. è la maturazione, in dottrina e giurisprudenza, di un significativo ed articolato dibattito concernente l'"illegittimità comunitaria" degli atti amministrativi. Sul punto, per un'approfondita disamina della questione si rinvia a GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 1054 ss.

¹⁵¹ Secondo RUGGERI, *Rapporti tra Corte Costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, "La Costituzione sa che per potersi realizzare al meglio di sé (magis ut valeat, secondo una fortunata, per quanto talora abusata, espressione) deve talvolta... recedere: recedere in una regola, enunciativa di un diritto, per poter far espandere, in tutto il suo formidabile potenziale espressivo, il principio, anzi il "sistema" dei principi-valori, che pure quel diritto comprende e però anche trascende e che ha proprio nella libertà e

moderno¹⁵⁷, patrimonio comune degli ordinamenti giuridici ispirati ai principi di libertà ed eguaglianza¹⁵⁸.

Ne consegue un processo di integrazione¹⁵⁹ tra ordinamenti giuridici nazionali, ordinamento internazionale e, per quel che più interessa, ordinamento comunitario che, a ben vedere, si incentra sulla capacità di armonizzare e sintetizzare, in una codificazione di respiro sovranazionale, i valori comuni, sempre comunque nel rispetto dei valori supremi, peraltro anch'essi in buona parte comuni, consacrati all'interno delle Carte Fondamentali dei diversi Stati sovrani membri dell'Unione Europea¹⁶⁰.

nell'eguaglianza, dalla cui combinazione gemina a mio modo di vedere la giustizia, la sua più elevata espressione, ciò che dà senso alla dignità, allo stesso tempo da questa ricevendo luce e conferma. La Costituzione, insomma, ha, per sua indeclinabile vocazione, una struttura aperta, disponibile ad accogliere dentro di sé tutto ciò che serve alla causa dei diritti, da qualunque parte provenga. Tutto questo è già, in nuce, negli artt. 2 e 3, essi pure – al pari di ogni altro principio-valore – l'uno rispetto all'altro concettualmente ed operativamente inautonomi, l'eguaglianza non potendo fare a meno, in uno Stato autenticamente "costituzionale", della libertà, così come questa di quella¹⁷. Si vuol dire, insomma, che è nell'idea, in sé e per sé, sia di eguaglianza che di libertà (e, soprattutto, della loro congiunta considerazione) la naturale, necessitata apertura a qualsivoglia fonte (rectius, norma) si dimostri idonea a far crescere e rendere ancora più salde – possiamo ormai dire – la libertà-eguaglianza (e, in ultima istanza, la dignità)".

¹⁵² Cfr. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003.

¹⁵³ Per una disamina delle Carte internazionali in materia di diritti fondamentali della persona ispirate ai principi propri del costituzionalismo moderno v. DICKMAN, *Per una dimensione costituzionale universale della tutela dei diritti e delle libertà*, in www.federalismi.it.

¹⁵⁴ Per un approfondimento v. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, 04, 909 ss.

¹⁵⁵ Cfr. HELD D., *Modelli di democrazia*, Bologna, 1996, 482 ss.

¹⁵⁶ Invero, "l'identità dell'ordinamento si coglie ed apprezza proprio per effetto della sua apertura ad altri ordinamenti, non già ove lo stesso insensatamente si rinchioda in se stesso, assumendo di poter fare a meno degli altri e di poter dunque rinvenire unicamente in sé il titolo della propria esistenza. Il tratto dell'autoreferenzialità poteva avere un senso in contesti segnati da un patriottismo o, diciamo meglio, un nazionalismo costituzionale esasperato e, tuttavia, ingenuo; già, però, con l'avvento delle Carte costituzionali venute alla luce dopo la tragedia della seconda grande guerra, è subito apparso chiaro che schemi qualificatori ispirati ad un sentimento siffatto non potevano più rinvenire alcuna giustificazione. L'apertura al diritto internazionale prima ed al diritto sovranazionale poi, frutto di una grandiosa (e invero, almeno in parte, forzosa) costruzione giurisprudenziale, ha dimostrato per tabulas che nessun ordinamento è ormai più, in sé e per sé, sovrano, autosufficiente, perfetto. Per ciò che qui maggiormente preme evidenziare, la Costituzione confessa di non farcela da sola a predisporre le misure necessarie all'appagamento dei fini-valori dalla stessa enunciati e che, per ciò, ha bisogno di farsi fecondare ab extra, dall'ordinamento internazionale in primo luogo e, nella lettura quindi invalsa ope juris prudentiae, dall'ordinamento comunitario". Così RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it.

¹⁵⁷ Per un approfondimento v. PALOMBELLA, *Diritti fondamentali*, cit.

¹⁵⁸ "Un impianto costituzionale può essere considerato davvero democratico non solo in presenza di forme istituzionali tecnicamente democratiche, ma soprattutto se tuteli la persona in concreto. Il compito di promuovere una garanzia equa e bilanciata dei suoi diritti e libertà deve cioè essere senza equivoci né ipocrisie lo scopo costituzionale dell'azione dei pubblici poteri, giustificandone connessi limiti formali e sostanziali. A queste condizioni una democrazia può definirsi anche nella sostanza rappresentativa. Non può esserci una democrazia compiuta in stati che, formalmente democratici, ammettano contraddizioni dei parametri citati, come, ad esempio, la schiavitù o il colonialismo, pure accettati per lunghissimo tempo in modelli costituzionali di tradizionale esempio, improntati agli insegnamenti dei più puri teorici del costituzionalismo. Per altro verso non si può realisticamente confidare nel pieno successo di operazioni di "esportazione" della democrazia in contesti nazionali nei quali manchi una cultura costituzionale dei diritti e delle libertà consolidatasi nei termini fin qui esposti". Così DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo*, cit., 18.

¹⁵⁹ Sottolinea il rischio di una "Babele delle forme di protezione dei diritti", PANZERA, *Il bello dell'essere diversi*, cit., 19.

Invero, il processo di circolazione dei diritti nello spazio giuridico europeo, lungi dal costituire un fenomeno recente ovvero temporalmente circoscritto, riveste oggi una particolare valenza nell'ottica della tutela delle posizioni giuridiche soggettive fondamentali solo grazie ad una maturata consapevolezza in ordine alla simbiosi tra ordinamento comunitario e gli ordinamenti dei diversi Stati membri dell'Unione.

In particolare, com'è noto, i rapporti tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento comunitario sono stati storicamente contraddistinti da un lento ma inesorabile processo evolutivo che ha condotto, in definitiva, alla consacrazione del principio della (reciproca) integrazione.

Più nel dettaglio, per lungo tempo si è assistito ad una netta contrapposizione ideologica (e/o lato sensu assiologica e culturale), tradottasi in un vero e proprio "scontro istituzionale", tra la Corte di Giustizia (da sempre protesa nel senso di valorizzare il principio dell'integrazione tra i due ordinamenti) e la Corte Costituzionale, attestatasi su posizioni di principio ontologicamente inconciliabili con quelle maturate in sede comunitaria.

La Consulta, in particolare, ha in un primo momento ritenuto che il diritto comunitario ed il diritto interno dei singoli Stati membri potessero configurarsi alla stregua di sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione delle competenze stabilita e garantita dal Trattato istitutivo della C.E.E. Ciononostante, *"esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie, - non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati -, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari"*¹⁶¹.

Successivamente, precisato che *"l'accoglimento di tale principio...presuppone che la fonte comunitaria appartenga ad altro ordinamento, diverso da quello statale - e che - le norme da essa derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento"*¹⁶², nel tempo è invero mutato l'approccio volto all'individuazione del corretto criterio di risoluzione delle antinomie tra fonti (interna e comunitaria); in origine, infatti, si riteneva che quando vi fosse irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria, *"è quest'ultima, in ogni caso, a prevalere. Tale criterio*

¹⁶⁰ Per una disamina degli organi della U.E. deputati alla diretta tutela dei diritti fondamentali della persona v. PACINI, *L'Agenzia dell'U.E. per i diritti fondamentali*, in www.federalismi.it

¹⁶¹ Così Corte Costituzionale, sentenza 27/12/1973 n. 183.

¹⁶² Così Corte Costituzionale, sentenza 08/06/1984, n. 180.

opera, tuttavia, diversamente, secondo che il regolamento segua o preceda nel tempo la disposizione della legge statale. Nel primo caso, la norma interna deve ritenersi caducata per effetto della successiva e contraria statuizione del regolamento comunitario, la quale andrà necessariamente applicata dal giudice nazionale. Tale effetto caducatorio, com'è stato avvertito nelle più recenti pronunzie di questa Corte, è altresì retroattivo, quando la norma comunitaria confermi la disciplina già dettata - riguardo al medesimo oggetto, e prima dell'entrata in vigore della confliggente norma nazionale - dagli organi della CEE. In questa evenienza, le norme interne si ritengono, dunque, caducate sin dal momento al quale risale la loro incompatibilità con le precedenti statuizioni della Comunità, che il nuovo regolamento ha richiamato. Diversa è la sistemazione data fin qui in giurisprudenza all'ipotesi in cui la disposizione della legge interna confligga con la previgente normativa comunitaria. È stato invero ritenuto che, per il fatto di contrastare tale normativa, o anche di derogarne o di riprodurne il contenuto, la norma interna risulti aver offeso l'art. 11 Cost. e possa in conseguenza esser rimossa solo mediante dichiarazione di illegittimità costituzionale”¹⁶³.

Detto approccio è stato invero superato agli inizi degli anni '80 precisando la Consulta che “*il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili: e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Solo così è soddisfatta la fondamentale esigenza di certezza giuridica, sempre avvertita nella giurisprudenza di questo Collegio, che impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi del regolamento comunitario per tutta l'area della Comunità Europea”¹⁶⁴.*

Indiscusso è oggi il principio secondo il quale “*le norme comunitarie hanno piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione ed adattamento, come atti vanti forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari”¹⁶⁵.*

Va da sé, naturalmente, che le attribuzioni conferite dai Trattati agli organi comunitari non possano giammai tradursi in un’ “*inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi - al diritto comunitario - una sì aberrante interpretazione, in tale*

¹⁶³ Così Corte Costituzionale, sentenza 08/06/1984, n. 180.

¹⁶⁴ Così Corte Costituzionale, sentenza 08/06/1984, n. 180.

¹⁶⁵ Così Corte Costituzionale, sentenza 24/10/2007 n. 348.

ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”¹⁶⁶.

Interessante, è, poi, notare l’evoluzione dei rapporti intercorrenti (*rectius*: del “dialogo istituzionale” instaurato) tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia da ultimo attestatisi nel senso di ritenere che “*la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell’ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell’art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell’ art. 137, terzo comma, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione): essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE; che, in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l’unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia; che conseguentemente, ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all’art. 234 del Trattato CE, risulterebbe lesa il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE”¹⁶⁷.*

In tal contesto, la valorizzazione dei diritti fondamentali in ambito europeo ha da ultimo raggiunto la sua massima espressione con il Trattato di Lisbona¹⁶⁸ che, da un lato, prevede un rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea¹⁶⁹ - la quale assume così carattere giuridicamente vincolante, pur non essendo formalmente inclusa nel testo dei trattati¹⁷⁰ - e, dall’altro, l’adesione dell’Unione Europea alla Convenzione europea per la

¹⁶⁶ Così Corte Costituzionale, sentenza 27/12/1973 n. 183.

¹⁶⁷ Così Corte Costituzionale, Ordinanza 15 aprile 2008, n. 103. Sul punto, per un commento, v., *ex multis*: CELOTTO, *Crolla un altro baluardo (nota a Corte Costituzionale – Ordinanza 15 aprile 2008, n. 103)* e SERI, *Un’ulteriore tappa nel “cammino comunitario”: la Corte Costituzionale rinvia una questione di com’unitarietà alla Corte di Giustizia (nota a Corte Costituzionale – Ordinanza 15 aprile 2008, n. 103)*, tutti in www.giustamm.it. Infine, per una disamina delle questioni problematiche concernenti i rapporti tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia, v. ROVAGNATI, *Profili problematici di un ordinamento multilivello di protezione dei diritti fondamentali. I sistemi nazionali di giustizia costituzionale alla prova del diritto dell’Unione Europea*, in www.associazionedei costituzionalisti.it; RUGGERI, *Rapporti tra Corte Costituzionale e Corti europee*, cit.; PANZERA, *Il bello dell’essere diversi*, cit., 2 ss.; CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 02, 403.

¹⁶⁸ Per una disamina dei problemi sorti nel corso del processo di ratifica all’interno degli Stati membri dell’U.E. v. GAMBINO, *I diritti fondamentali fra Trattati e Costituzioni*, in www.federalismi.it.

¹⁶⁹ Per una disamina della rilevanza del diritto della U.E. nel giudizio, promosso in via d’azione, di legittimità costituzionale delle leggi regionali e statali v. RANDAZZO, *Il diritto dell’unione Europea nei ricorsi in via principale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/diritto_Unione_Europea_ricorsi_principale.pdf. Per un commento volto ad approfondire la valenza dei diritti sociali all’interno della Carta di Nizza v. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. Relaz. Ind.*, 2001, 03, 335 ss. e GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali*, cit., 325 ss.

¹⁷⁰ Per una ricostruzione critica del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea v. FELIZIANI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di Giustizia prende atto della*

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁷¹ introducendo per tale via, con la “comunitarizzazione”¹⁷² delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, una forma di controllo esterno al sistema giuridico dell'Unione¹⁷³.

Così, *per tabulas*, i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, divengono ora parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali e, pertanto, contribuiscono ad arricchire la consistenza dei diritti di libertà già propri dei diversi ordinamenti nazionali.

Invero, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si è posta concretamente la questione del valore giuridico delle norme della CEDU e del conseguente regime cui assoggettare l'eventuale contrasto con esse di disposizioni normative nazionali; si tratta di stabilire, cioè, se le violazioni della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo da parte del diritto interno continuino a rilevare come vizi di costituzionalità per violazione dell'art. 117, comma 1, cost. (secondo il modello prefigurato da Corte cost., sent. n. 348 del 2007), ovvero se debbano far luogo al meccanismo della disapplicazione¹⁷⁴.

Orbene, come è noto, il Trattato UE aveva per tempo codificato la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla qualificazione dei diritti garantiti dalla CEDU alla stregua di principi generali: si tratta di un meccanismo in forza del quale i diritti CEDU vengono “comunitarizzati” attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia che li “veicola”

natura giuridica vincolante della Carta di Nizza, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁷¹ Per una disamina della valenza riconosciuta alle norme CEDU in funzione di integrazione del parametro invocato nel giudizio di legittimità costituzionale, v. RANDAZZO, *Cedu e norme internazionali nel giudizio in via principale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CEDU_norme_internazionali_giud_principale.pdf.

¹⁷² Invero, “il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è svolto nel nostro paese negli ultimi anni, è stato tutto incentrato su tre fondamentali questioni: a) quale rango normativo riconoscere alla CEDU nel sistema delle fonti statali; b) quale rilievo ermeneutico accordare alle disposizioni della Convenzione, nell'argomentazione delle proprie decisioni da parte della Corte costituzionale italiana; ed infine c) quale rilevanza accordare, all'interpretazione delle singole disposizioni della CEDU, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”. Così e per un approfondimento della questione v. CIERVO, *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili dottrinali e giurisprudenziali*, in www.federalismi.it, 2 ss.

¹⁷³ Invero, “nonostante la qualificazione dei diritti fondamentali della Cedu quali principi generali del diritto dell'Unione e la futura adesione dell'Unione stessa alla Cedu, non soltanto i due sistemi normativi (diritto europeo e diritto Cedu) restano distinti per gli Stati che aderiscono ad entrambi, ma resta intatta la possibilità di rapporti immediati e diretti di uno Stato (membro dell'Unione europea) con il sistema Cedu di protezione dei diritti fondamentali, senza l'intermediazione del diritto dell'Unione”. Così GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/GIANFRANCESCO.pdf, 5.

¹⁷⁴ Con un effetto di indubbia marginalizzazione delle Corti costituzionali nazionali. Sul punto v. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 15/09/2010, n. 5988

nell'ordinamento dell'Unione con un rango (quello dei principi generali, appunto) intermedio tra i trattati istitutivi ed il diritto derivato¹⁷⁵.

Invero, tale meccanismo è stato ritenuto in prima battuta ormai superato proprio in forza dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; entusiastica giurisprudenza, infatti, ha avuto modo di affermare che il diritto CEDU riveste ora la stessa natura giuridica del diritto comunitario talchè opera con efficacia diretta e si colloca, in un'ideale scala gerarchica delle fonti, in posizione di primazia rispetto al diritto interno¹⁷⁶.

Invero, più opportunamente, è stato rilevato che solo con l'adesione alla CEDU da parte della U.E., la Convenzione assumerà, invece, la posizione che gli accordi internazionali ricoprono nel sistema delle fonti dell'ordinamento dell'Unione Europea cosicché, una volta penetrata nell'ordinamento nazionale tramite le fattispecie di rilevanza comunitaria, solo allora non potrà che godere di tutti gli attributi tipici del diritto comunitario in termini di primato, effetto diretto, possibilità per il giudice di procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante. Se, infatti, il Trattato di Lisbona consente ora (superando il parere negativo CGCE 28 marzo 1996, parere 2/94, che aveva ritenuto necessaria allo scopo una revisione costituzionale) l'adesione dell'Unione alla CEDU, deve ritenersi che, prima di allora, gli articoli della Convenzione non siano ancora direttamente applicabili. Difatti, la proposizione "*l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*" non può, evidentemente, aver comportato di per sé l'effetto costitutivo della inserzione dell'Unione europea nel quadro istituzionale della CEDU, per il quale occorrerà percorrere¹⁷⁷ una procedura "internazionalistica" di negoziazione articolata che, con ogni probabilità, si tradurrà, (o comunque dovrebbe tradursi), in un accordo, che rivesta la forma di trattato ovvero di protocollo di emendamento della CEDU, necessario anche per apportare tutti gli adattamenti che consentano l'intersezione dei due "sistemi"¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 15/09/2010, n. 5988.

¹⁷⁶ Cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220; T.A.R. Roma Lazio sez. II, 18 maggio 2010, n. 11984.

¹⁷⁷ Cfr. art. 218 TFUE; protocollo n. 8 annesso al Trattato.

¹⁷⁸ Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 15/09/2010, n. 5988. Nello stesso senso v. Corte Costituzionale, sentenza 11 marzo 2011, n. 80, secondo cui "deve escludersi che dalla «qualificazione [...] dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario» - operata dapprima dalla Corte di giustizia, indi anche dall'art. 6 del Trattato - possa farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost. e, con essa, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione. Né ha pregio l'argomento tratto dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta, sicché, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, allo stato, ancora improduttiva di effetti. Quanto, poi, al richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 - secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» - si tratta di una disposizione che riprende lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona; dal che discende l'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto

Così, ancor oggi, pare indiscutibile che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, non possa che tradursi in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost..

Il giudice nazionale, quindi, ordinariamente, ha il compito di applicare le norme della CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, e, laddove ravvisi un contrasto tra la norma interna e quella della Convenzione, dovrà procedere ad una interpretazione della prima conforme alla seconda. Allorquando ciò non sia possibile, egli, non potendo applicare la norma della CEDU in luogo di quella interna, né potendo applicare la norma nazionale che abbia ritenuto in contrasto con quella convenzionale (e, pertanto, con la Costituzione), dovrà sollevare la questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.¹⁷⁹.

In ogni caso, appare evidente che con riferimento ad un diritto fondamentale garantito anche dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto alle misure di salvaguardia già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. In particolare, non può certo ammettersi che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. L'obiettivo di massima espansione delle garanzie deve essere conseguito, quindi, attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che tutelano i medesimi diritti protetti a livello convenzionale e nel necessario bilanciamento con altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, suscettibili di essere incisi dall'espansione di una singola tutela¹⁸⁰.

La protezione dei diritti fondamentali deve, dunque, essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate (ed in potenziale conflitto tra loro) e la realizzazione di un equilibrato sistema di tutela è demandata, per gli ambiti di rispettiva competenza, al legislatore, al giudice comune e al giudice delle leggi¹⁸¹.

Così, in definitiva, *“il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”*¹⁸².

dell'Unione)”. In senso conforme si colloca la più accorta dottrina; sul punto, in particolare, v. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in www.neldiritto.it. In merito, per una approfondita lettura critica v. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in <http://rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Guazzarotti.pdf>.

¹⁷⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 26 novembre 2009, n. 311.

¹⁸⁰ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 04 dicembre 2009, n. 317.

¹⁸¹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 04 dicembre 2009, n. 317.

¹⁸² Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 04 dicembre 2009, n. 317.

Ne deriva la necessità di interpretare i diritti civili, politici e sociali consacrati in Costituzione secondo una prospettiva oggi più che mai di respiro europeo¹⁸³, conformemente peraltro ad un indirizzo già da tempo inaugurato dalla Corte di Giustizia che, tempi ed idee precorrendo, ebbe a sancire, già alla fine degli anni '60, che i diritti fondamentali costituiscono appunto parte essenziale dei principi generali del diritto comunitario¹⁸⁴.

Così i valori indivisibili e universali di libertà, uguaglianza e solidarietà si consolidano e richiedono che il loro sviluppo all'interno degli ordinamenti nazionali sia garantito in modo uniforme e non discriminatorio¹⁸⁵.

¹⁸³ In relazione al comune patrimonio di valori e principi fondamentali propri dei diversi Stati membri e trasfusi in ambito europeo v. CIUFFETTI, *La tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali a dieci anni dall'entrata in vigore del protocollo n. 11 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in www.federalismi.it, 6 ss.

¹⁸⁴ Per un approfondimento v. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra 'Trattati' (di Lisbona) e Costituzione*, in www.federalismi.it.

¹⁸⁵ Questione sicuramente spinosa è la perimetrazione, entro una cornice di legalità costituzionale, dei margini di autonomia legislativa riconosciuta, *per tabulas*, in favore delle Regioni a fronte dell'esigenza di garantire l'effettivo riconoscimento in capo a tutti i cittadini dei diritti fondamentali. In tal senso emerge l'idea secondo la quale, *"in realtà, la tensione non è tanto (o soltanto) tra autonomia ed eguaglianza, quanto tra autonomia ed unità, in una delle sue molte e particolarmente emblematiche espressioni. L'unità, infatti, non è messa a rischio unicamente da fatti clamorosi, vistosamente eversivi, volti a "spezzare", anche fisicamente (cioè politicamente, in senso storico-geografico), il territorio dello Stato, consentendo ad una sua "parte" di andarsene per conto proprio; semmai, questa è l'indivisibilità della Repubblica, che pure è filiazione diretta dell'unità o, volendo, un attributo della stessa, un suo modo peculiare di essere ed una garanzia allo stesso tempo. L'unità, vista nel suo insieme e nella sua essenza, vale a dire nella sua unicità e totalità significativa, è pregiudicata tutte le volte che sia comunque reciso il filo della continuità evolutiva, sulle basi assiologiche erette dal potere costituente, di un'esperienza costituzionale in corso, della nostra (per ciò che qui specificamente interessa) esperienza costituzionale; e, dunque, è compromessa, nelle sue stesse radici e nel complessivo, ulteriore sviluppo, da ogni "fatto" (giuridico e non) che comunque incida anche su uno solo dei valori fondamentali ai quali quell'esperienza si ispira e dai quali costantemente si alimenta. E ciò in quanto l'unità – come mi è stata data l'opportunità di osservare in altre sedi – non è un valore a se stante, concettualmente ed operativamente diverso dai valori "restanti", ma è l'insieme irripetibile, autofondante ed autosignificante dei valori stessi, risolvendosi pertanto interamente con l'identità costituzionale dell'ordinamento, per il modo con cui i valori che lo sorreggono ricevono appunto la loro forma e sintesi espressiva e qualificante col fatto stesso di stare assieme ed uniti, nella identica misura, di inverarsi nell'esperienza. Se, dunque, il riferimento è usualmente, specificamente fatto all'eguaglianza, e non pure all'unità complessivamente intesa, è perché l'eguaglianza è comunemente considerata il valore maggiormente esposto davanti a sviluppi esuberanti, incontrollati dell'autonomia, quello cioè che più direttamente ed immediatamente degli altri è messo sotto stress dal riconoscimento di ambiti garantiti a taluni soggetti (specie se aventi base territoriale) nei confronti dello Stato "sovrano" (come ancora oggi, con una buona dose di approssimazione teorica e non poca pratica ingenuità, si è soliti qualificare il maggiore degli enti territoriali in cui si articola la Repubblica)".* Così RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione*, cit., 2. Sul punto v. anche GROPPI, *La garanzia dei diritti tra Stato e Regioni dopo la riforma del titolo V*, in www.federalismi.it/ e ANTONINI, *Sussidiarietà, libertà e democrazia*, in www.federalismi.it. Nota è, infine, la *querelle* sorta in occasione della censura da parte della Corte Costituzionale (cfr. sentt. nn. 372 378 e 379 del 2004) di alcuni Statuti regionali di nuovo (rispetto all'entrata in vigore della l. cost. n. 3/01) conio con riferimento ai principi colà contenuti e ritenuti mere norme programmatiche in alcuni casi addirittura privi di effettiva vincolatività giuridica. Sul punto *ex multis*, v. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*; ID, *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*; ID, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in www.federalismi.it; BARTOLE, *Norme programmatiche e Statuti regionali*; CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*; CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*; PASTORI, *Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*, tutti in www.forumcostituzionale.it; ANZON, *L'"inefficacia giuridica" di norme "programmatiche"*, in www.costituzionalismo.it; DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull'inefficacia giuridica delle disposizioni "programmatiche" degli Statuti ordinari*, in www.federalismi.it.

Naturalmente, la ricognizione dei diritti e delle dinamiche che involgono i valori fondamentali della persona, sia in chiave nazionale che, vieppiù, europea, non può essere per definizione mai esaustiva ma necessariamente costretta ad un destino di incompletezza e parzialità della selezione effettuata¹⁸⁶.

Ciononostante, è proprio la concentrazione dell'analisi in ordine a quei profili asseritamente ritenuti più controversi e/o comunque connotati da prospettive innovative che rende originale l'approccio che si vuole così perseguire per meglio descrivere e precisare le dinamiche che sorreggono il rapporto che intercorre tra i diritti inviolabili dell'individuo e l'azione amministrativa e ciò, naturalmente, al fine di comprendere quali siano i limiti invalicabili che circoscrivono l'*agere* dell'amministrazione nel perseguimento di finalità pubbliche di fronte ai diritti inalienabili della persona.

Quesiti tradizionali la cui soluzione, però, muta in ragione dell'evoluzione della coscienza giuridica e sociale di una data collettività e che oggi, appare evidente, risulta fortemente condizionata dall'influenza del diritto comunitario e dai principi consacrati all'interno della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Ed invero, l'ordinamento giuridico nazionale spesso si confronta e commisura con il diritto comunitario e con le norme contenute all'interno della Cedu dando luogo, come già ampiamente in precedenza evidenziato, ad un costante processo di circolazione dei diritti che si traduce non in un'astratta e sterile comparazione tra disposizioni, bensì in una valorizzazione dei diritti fondamentali alla luce di un patrimonio assiologico maturato in un contesto di chiaro respiro regionale ed internazionale in forza del quale si assiste ad una innovativa interpretazione della consistenza e della latitudine applicativa delle norme di diritto interno.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, da un lato, e il diritto comunitario, dall'altro, riempiono, cioè, di contenuti e valori le posizioni giuridiche soggettive fondamentali già positivamente riconosciute in ambito nazionale conformandone la portata applicativa così da orientare, secondo innovativi parametri di legittimità, l'azione dei pubblici poteri.

La dimostrazione di come in concreto ciò si verifichi è l'obiettivo perseguito mediante la disamina (infra) di alcune vicende di recente sottoposte al vaglio del giudice (nazionale, comunitario e convenzionale) che costituiscono lo specchio fedele (ancorché, per ragioni di brevità, ovviamente non esaustivo) della influenza del diritto europeo (comunitario e della Cedu) sull'effettività della tutela dei diritti fondamentali della persona a fronte dell'esercizio della *potestas* amministrativa.

¹⁸⁶ Per una significativa casistica v. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it.

2.1 Rischi naturali ed antropici e tutela della pubblica incolumità: linee guida in materia di gestione dell'emergenza e responsabilità dello Stato in conseguenza di catastrofi naturali.

Tristemente attuale è il fenomeno delle catastrofi naturali che, in diversi modi, uccidono e devastano dimostrando come la natura da “madre benevola” possa rapidamente trasformarsi in crudele matrigna.

L'evento naturale improvviso, imprevisto ed imprevedibile, è, per definizione, imponderabile come imponderabili sono le tragiche conseguenze ad esso connesse.

In tali casi solo il destino assurge ad artefice primario della tragedia.

Troppo spesso, però, il corso degli eventi, di certo in prima battuta non ineluttabile, degenera a causa dell'inedia dell'uomo e, per quel che qui interessa, dei pubblici poteri ingiustificatamente ciechi e sordi a fronte di numerosi e prevedibili campanelli d'allarme.

E ciò, si badi, investe ogni possibile fonte di pericolo il cui contrasto, in sintesi, postula la maturazione, all'interno di una società civile, di un'adeguata politica di gestione del c.d. “rischio antropico”.

Orbene, in termini generali, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha più volte, nel tempo, avuto modo di ribadire che lo Stato è destinatario di un obbligo positivo consistente nell'adottare tutte le misure necessarie per proteggere la vita degli individui sottoposti alla sua giurisdizione, implicando tale obbligo il dovere di dotarsi di una struttura legislativo-amministrativa in grado di far fronte alle minacce al diritto alla vita¹⁸⁷.

In particolare, gli obblighi in questione assumono peculiare rilevanza rispetto ai rischi connessi all'esercizio di attività industriali o di attività pericolose in genere perché portatrici, *in nuce*, di uno specifico potenziale *vulnus* a carico della generalità dei consociati.

Invero, i citati obblighi di controllo, prevenzione e protezione si caratterizzano per una doppia, speculare, anima ed assumono, al contempo, consistenza sostanziale e procedurale: del primo tipo è il dovere di informare tempestivamente la popolazione circa il verificarsi di situazioni di emergenza che costituiscano minacce alla vita; del secondo tipo è il dovere di avviare indagini giudiziarie sulle morti che eventualmente derivino da quelle situazioni¹⁸⁸.

Più nel dettaglio, in ordine agli aspetti sostanziali, nel contesto dello svolgimento di attività pericolose, la Corte Europea ha ritenuto che debba essere accordata una particolare rilevanza alla creazione di un complesso di regole che tenga conto delle particolari caratteristiche

¹⁸⁷ Cfr. *Osman c. Regno Unito*, sentenza del 28 ottobre 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3159, § 115; *Paul e Audrey Edwards*, citato *supra*, § 54; *İlhan c. Turchia* [GC], n. 22277/93, § 91, ECHR 2000-VII; *Kılıç c. Turchia*, n. 22492/93, § 62, ECHR 2000-III; e *Mahmut Kaya c. Turchia*, n. 22535/93, § 85, ECHR 2000-III.

¹⁸⁸ Cfr. *Corte europea dir. uomo, sez. III, 02/11/2006, n. 59909*.

dell'attività in questione, specialmente per quanto riguarda il livello del potenziale rischio per le vite umane¹⁸⁹.

La cornice normativa entro cui perimetrare i confini di liceità nella conduzione di un'attività intrinsecamente pericolosa deve, in particolare, perseguire il fine di regolare le licenze, la preparazione, la messa in opera, la sicurezza e la supervisione dell'attività e deve altresì rendere obbligatorio per tutti i soggetti coinvolti a vario titolo in tali attività l'adozione di misure pratiche finalizzate ad assicurare una protezione effettiva dei cittadini la cui integrità psicofisica potrebbe essere messa a rischio. Tra le misure preventive, sottolinea la Corte Europea, particolare rilevanza va accordata al diritto del pubblico all'informazione¹⁹⁰.

Naturalmente, quanto alla individuazione di misure pratiche particolari, la Corte Europea ha precisato che, ove allo Stato sia richiesto di adottare misure positive, la scelta dei mezzi da concretamente impiegare è, in principio, un problema che ricade nel margine di apprezzamento dello Stato contraente¹⁹¹ tenendo bene a mente che non si può certo far gravare sulle autorità pubbliche un onere di previsione impossibile o sproporzionato ma questo va sempre modulato in termini di priorità e di risorse disponibili¹⁹².

Va da sé, però, che le regole predisposte devono prevedere procedure appropriate ed adeguate alle particolari contingenze tenendo conto, tra gli altri elementi, della legittimità degli atti o

¹⁸⁹ Sul punto, per una ricostruzione dei fatti analizzati da *Corte europea dir. uomo, sez. III, 02/11/2006, n. 59909* nonché per un approfondimento concernente la maturazione, in ambito internazionale, di linee guida comuni in materia di gestione delle emergenze di protezione civile derivanti da eventi naturali o conseguenti al rischio antropico, v. TANZARELLA, *Nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 20 marzo 2008 n.15399*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 05, 793 ss.

¹⁹⁰ Invero, particolare consistenza ha assunto all'interno del nostro ordinamento il diritto di accesso ad informazioni concernenti l'ambiente; più in particolare, il d. lgs. n. 195/05, ispirato ai principi di democrazia partecipativa, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa in un settore particolarmente delicato, consente una diretta conoscenza delle informazioni ambientali in possesso dell'amministrazione senza la necessità di dimostrare uno specifico interesse, ancorché la richiesta d'accesso non debba esser formulata in termini eccessivamente generici (cfr. *Consiglio di Stato, sez. VI, 16/02/2011, n. 996; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 08/03/2011, n. 2083*) ovvero "tradursi in uno strumento di controllo sistematico e generalizzato sulla gestione di tutti i procedimenti amministrativi "in itinere" e, più in generale, sull'intero operato di un ente pubblico". Così *T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 18/05/2009, n. 2359*. L'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali, cioè, "non si assoggetta ai limiti soggettivi e oggettivi propri dell'accesso ai documenti amministrativi, ma resta comunque subordinato a un principio generale di proporzionalità, di economicità e di ragionevolezza, per cui possono consentirsi solo gli accessi che non si traducano in uno sproporzionato aggravio per l'Amministrazione, tale da metterne in pericolo l'efficienza gestionale, a fronte di esigenze informative del cittadino che meglio potrebbero e dovrebbero essere soddisfatte in sede di informazione ambientale "attiva" apprestata dalle amministrazioni competenti". Così *T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 12/01/2010, n. 68*.

¹⁹¹ Cfr. *Corte europea dir. uomo, sez. III, 02/11/2006, n. 59909*.

¹⁹² Invero, "mentre l'importanza fondamentale del diritto alla vita impone che l'estensione degli obblighi positivi, ai sensi dell'articolo 2, giunga sino ad includere il dovere di fare tutto ciò che è nel potere delle autorità nel campo della gestione delle catastrofi per la tutela di tale diritto, l'obbligo di proteggere il diritto al pacifico godimento dei beni, che non è un diritto assoluto, non può oltrepassare ciò che nelle circostanze di specie si può considerare ragionevole. Le autorità godono, quindi, di un più ampio margine di apprezzamento nel decidere quali misure adottare al fine di proteggere i beni degli individui dai rischi ambientali, rispetto al margine di apprezzamento di cui godono in relazione alle decisioni necessarie per proteggere delle vite umane". Così *Corte europea dir. uomo, sez. II, 20/03/2008, n. 15399*.

delle omissioni delle autorità dal punto di vista del diritto interno¹⁹³, del processo interno relativo all'adozione delle decisioni, (incluso studi e indagini appropriate), e della complessità della questione, specialmente ove sussistano interessi contrastanti suscettivi di essere ricondotti, in ultima istanza, a posizioni soggettive tutelate in seno alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁹⁴.

Così, il processo decisionale concernente questioni complesse di politica ambientale, governo del territorio, gestione e sviluppo armonioso dell'assetto urbanistico di aree contraddistinte da specifiche criticità, deve in primo luogo comportare la realizzazione di inchieste e studi appropriati, in modo tale da prevenire e valutare anticipatamente gli effetti di quelle attività che possono comportare danni all'ambiente e ai diritti dell'individuo e permettere, in questo modo, lo stabilirsi di un giusto equilibrio tra i diversi interessi concorrenti¹⁹⁵.

A tal fine assume importanza dirimente l'accesso pubblico alle conclusioni degli studi condotti nonché alle informazioni che permettono di valutare il potenziale livello di rischio connesso alle scelte compiute.

L'effettività dei diritti della comunità la cui sfera di interessi risulta immediatamente coinvolta nella predisposizione degli atti di programmazione e gestione del territorio va poi assicurata mediante il riconoscimento della legittimazione ad agire e ricorrere ad un Giudice terzo ed imparziale avverso ogni decisione, atto od omissione che siano pregiudizievoli delle posizioni giuridiche soggettive in gioco ovvero che siano espressione della pretermissione delle osservazioni depositate nel corso dell'iter procedimentale (*id est*: si verifichi una lesione dei c.d. diritti partecipativi e/o procedurali) che non siano state sufficientemente e/o adeguatamente esaminate e ponderate nel corso del processo decisionale¹⁹⁶.

Va da se, naturalmente, che, nel quadro della gestione delle emergenze, lo Stato debba assumere su di sé la responsabilità della protezione di vite umane attraverso la limitazione e/o il contenimento delle fonti di pericolo, (oltre che adeguate forme di indennizzo nel caso di eventi pregiudizievoli inevitabili)¹⁹⁷, in particolare allorquando le circostanze di un dato caso concreto indichino che l'imminenza della catastrofe sia chiaramente identificabile e ciò in

¹⁹³ Cfr. *López Ostra c. Spagna*, sentenza 9 dicembre 1994, Serie A n. 303-C, pp. 46-47, §§ 16-22, e *Guerra e altri c. Italia*, sentenza 19 febbraio 1998, *Reports* 1998-I, p. 219, §§ 25-27.

¹⁹⁴ Cfr. *Fadeyeva c. Russia*, n. 55723/00, § 96-98, ECHR 2005-IV e *Hatton e altri c. Regno Unito* [GC], n. 36022/97, §§ 128, ECHR 2003-VIII

¹⁹⁵ Cfr. *Corte europea dir. uomo, sez. III, 02/11/2006, n. 59909*.

¹⁹⁶ Cfr. *Corte europea dir. uomo, sez. III, 02/11/2006, n. 59909*.

¹⁹⁷ Va sul punto però precisato che “i contributi pubblici elargiti in seguito a calamità naturale non hanno la mera funzione d'indennizzo dei danni subiti dai beneficiari, ma sono finalizzati e vincolati alle opere di ripristino in ragione delle quali sono stati concessi; pertanto il loro impiego non conforme a tale destinazione non dà luogo semplicemente a una fattispecie d'indebito, bensì configura una responsabilità per danno erariale a carico del percettore”. Così *Corte Conti, sez. III, 05/07/2010, n. 482*.

special modo ove tale rischio riguardi una calamità che si abbatte (sovente) su un'area intensamente antropizzata¹⁹⁸.

Ne consegue, poi, che, “*ove delle vite sono venute a mancare*”¹⁹⁹ in circostanze tali da postulare la responsabilità (omissiva) dello Stato, per non avere la pubblica autorità tempestivamente approntato adeguate misure di difesa della collettività da calamità naturali, le norme della Cedu poste a protezione del diritto alla vita implicano il dovere dello Stato di assicurare, attraverso ogni mezzo disponibile, una risposta adeguata – giudiziaria o non – così che il quadro legislativo e amministrativo predisposto per tutelare il diritto alla vita sia debitamente applicato e ogni violazione di tale diritto sia repressa e punita²⁰⁰, in particolare prendendo in considerazione gli aspetti tecnici dell'attività in questione, al fine di identificare i difetti nelle procedure e gli errori commessi dagli attori istituzionali che si ritengano responsabili, a differenti livelli, in base ai diversi criteri di riparto di competenza in materia di pubblica sicurezza ed incolumità²⁰¹

Così, laddove si verifichi una catastrofe, la conformità del comportamento dello Stato agli obblighi in parola va accertata a seconda del caso concreto, tenendo conto della natura e della complessità degli eventi, della legittimità e/o liceità degli atti adottati o delle omissioni invertebrate e della conformità delle procedure concretamente attuate rispetto alle linee guida in vigore al momento del fatto.

In particolare, nel caso di catastrofi naturali che abbiano causato decessi, tali accertamenti riguardano il margine di prevedibilità della calamità²⁰², specie se questa è avvenuta in una zona ad alto rischio presupponendo, in primo luogo, che soltanto le autorità pubbliche abbiano le conoscenze necessarie per determinare le origini della catastrofe e, se possibile, per prevenirle ovvero contenerne gli effetti devastanti²⁰³.

Va sul punto però precisato che, se la violazione del diritto alla vita o all'integrità fisica non è causata intenzionalmente, l'obbligo positivo di predisporre un “sistema giudiziario effettivo”

¹⁹⁸ Cfr. *Murillo Saldias e altri c. Spagna* (dec.), n. 76973/01, 28 novembre 2006.

¹⁹⁹ Cfr. *Corte europea dir. uomo, sez. III, 02/11/2006, n. 59909*.

²⁰⁰ Cfr. *Osman c. Regno Unito*, sentenza del 28 ottobre 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3159, § 115 e *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, n. 46477/99, § 54, ECHR 2002-II.

²⁰¹ Cfr. *Corte europea dir. uomo, sez. III, 02/11/2006, n. 59909*.

²⁰² “*Nel caso di eventi o calamità naturali che si sviluppino progressivamente, il giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso - necessario perché possa ritenersi integrato l'elemento soggettivo del reato sia nel caso di colpa generica che in quello di colpa specifica - va compiuto non solo tenendo conto della natura e delle dimensioni di eventi analoghi storicamente già verificatisi, ma valutando, anche sulla base di leggi scientifiche, la possibilità che questi eventi si presentino in futuro con dimensioni e caratteristiche più gravi o addirittura catastrofiche. In mancanza di leggi scientifiche che consentano di conoscere preventivamente lo sviluppo di eventi naturali calamitosi, l'accertamento della prevedibilità dell'evento va compiuto in relazione alla verifica della concreta possibilità che un evento dannoso possa verificarsi e non secondo criteri di elevata credibilità razionale (che riguardano esclusivamente l'accertamento della causalità)*”. Così *Cassazione penale, sez. IV, 12/03/2010, n. 16761*.

²⁰³ Cfr. *Corte europea dir. uomo, sez. III, 02/11/2006, n. 59909*.

non impone necessariamente che venga dato avvio a un procedimento penale in ogni caso, ma può ritenersi sufficiente un procedimento di natura civile, amministrativa o anche disciplinare, che sia naturalmente sufficientemente accessibile per la vittima ovvero per i soggetti (diversi dalla vittima immediata) che abbiano comunque subito una lesione dei propri diritti fondamentali²⁰⁴.

Deve cioè trattarsi di una procedura d'indagine ufficiale, indipendente ed imparziale, che soddisfi un dato standard minimo quanto all'effettività e che sia capace di assicurare che vengano applicate delle pene e/o sanzioni adeguate nella misura in cui ciò è giustificato dai risultati delle indagini²⁰⁵.

In tali casi, le autorità competenti devono agire con un'esemplare diligenza e tempestività e devono dare impulso d'ufficio ad indagini capaci, in primo luogo, di accertare le circostanze nelle quali l'incidente si è prodotto e, in secondo luogo, devono identificare i funzionari dello Stato o le autorità implicate a qualunque titolo nella catena di eventi in questione di modo da formulare i relativi addebiti e le correlate contestazioni²⁰⁶.

Solo così, infatti, si può restituire dignità alle popolazioni colpite da catastrofi naturali che, grazie all'assolvimento dei compiti istituzionali da parte delle diverse autorità pubbliche preposte alla cura e salvaguardia dell'incolumità individuale e collettiva, ben avrebbero potuto essere evitate.

2.2 Principio di precauzione e libertà d'iniziativa economica.

In seguito ad un'istanza presentata al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali e volta ad ottenere l'autorizzazione alla messa in coltura di varietà di mais geneticamente modificate iscritte nel catalogo comune europeo, l'Amministrazione aveva comunicato di non poter procedere all'istruttoria dell'avanzata richiesta nelle more dell'adozione, da parte delle regioni, delle norme idonee a garantire la coesistenza tra colture convenzionali, biologiche e transgeniche (c.d. piani regionali) e ciò in ossequio al c.d. principio di precauzione²⁰⁷.

²⁰⁴ Cfr. *Vo c. Francia* [GC], n. 53924/00, § 90, ECHR 2004-VIII; *Calvelli e Ciglio c. Italia* [GC], n. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I; e *Mastromatteo c. Italia* [GC], n. 37703/97, §§ 90 e 94-95, ECHR 2002-VIII).

²⁰⁵ Cfr. *Hugh Jordan c. Regno Unito*, n. 24746/94, §§ 105-09, 4 maggio 2001, e *Paul e Audrey Edwards*, n. 46477/99, §§ 69-73.

²⁰⁶ Cfr. *Öneryıldız c. Turchia* [GC], n. 48939/99, § 94, ECHR 2004-XII.

²⁰⁷ Il principio in parola, di derivazione comunitaria, sancito dall'art. 174 par. 2, del Trattato di Roma (art. 130-R prima della entrata in vigore del trattato di Amsterdam), secondo cui la politica della Comunità in materia ambientale è fondata sui principi della "precauzione e della azione preventiva" trova applicazione in tutti quei settori in cui si manifesta la necessità di un elevato livello di protezione, indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano. Sul punto v. *T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 31/08/2010, n. 5145*; *T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 23 gennaio 2003, n. 260*. In tale senso le stesse istituzioni giudiziarie dell'Unione europea hanno avuto modo di affermare l'immediata applicabilità del principio di precauzione quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, e la conseguente possibilità di adottare misure protettive, senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi. In merito v. *Tribunale I grado C.E., sez. II, 19 novembre 2009*; *C.G. C.E. sentenza 14 luglio 1998, causa C-248/95*; *id. 3 dicembre 1998, causa C-67/97, Bluhme*; *Corte giustizia C.E., sez. IV, 4 marzo 2010, n. 297*. Per un approfondimento sul principio di

Orbene, è noto che qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata di un rischio a causa della natura insufficiente, non concludente o imprecisa dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute nell'ipotesi in cui il rischio si realizzi, il principio di precauzione²⁰⁸ giustifica l'adozione di misure restrittive, purché esse siano non discriminatorie, oggettive²⁰⁹ e conformi al fine per il cui soddisfacimento la legge conferisce il potere di provvedere²¹⁰.

Dal principio di precauzione, cioè, discende che, quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone o per l'ambiente²¹¹, possono essere adottate misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi²¹². L'applicazione corretta del principio di precauzione presuppone, in primo luogo, l'individuazione delle conseguenze potenzialmente negative per

precauzione incentrato sulla disamina delle pronunce rese dalla Consulta v. DI COSIMO, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it.

²⁰⁸ Rileva BRUNO, *I limiti di inquinamento delle sostanze nonmenzionate nel Codice dell'ambiente: il caso (apparentemente concluso) del metil-ter-butil-etero (MTBE)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, 01, 62, che "il principio di precauzione è strumento atto a gestire l'incertezza, non certo sopprimendola, ma trasferendola dalla collettività a determinati soggetti produttivi".

²⁰⁹ Cfr. Corte giustizia CE, sez. II, 22/12/2010, n. 77.

²¹⁰ Invero, "non può ammettersi che, nell'esercizio della potestà volta ad emanare norme regolamentari con valenza urbanistico - edilizia, possa surrettiziamente introdursi una disciplina di natura radioprotezionistica; in tal caso, si configurerebbe, invero, un'interferenza con la competenza riservata allo Stato, cui spetta di fissare i limiti di esposizione ai campi elettromagnetici, nel presupposto indefettibile che la tutela della salute è un'esigenza indeclinabile, ma di carattere essenzialmente unitario sul territorio nazionale. Il divieto generalizzato di installare le stazioni radio base per la telefonia cellulare in ampie zone del territorio comunale...appare perseguire palesemente il fine di sovrapporre una determinazione di stretta matrice cautelativa, ispirata al principio di precauzione, alla normativa statale che ha fissato a tal fine puntuali limiti di radiofrequenza, di fatto eludendo tale normativa". Così T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 11/06/2010, n. 160. Ciò, però, non preclude certo la facoltà di contemperare i valori in gioco mediante l'introduzione di una puntuale regolamentazione che, lungi dall'impedire del tutto l'esercizio di una determinata attività, ne subordina comunque l'effettiva attuazione al rispetto di misure cautelative peculiari. Così, "in tema di installazione e modifica degli impianti radioelettrici pur dopo l'entrata in vigore del codice delle comunicazioni non è illegittima la previsione, contenuta in apposito regolamento comunale, della prescrizione di distanze minime da strutture sanitarie e scolastiche, da ritenersi quali siti particolarmente sensibili, perché ciò risponde a un principio di precauzione con riferimento a un criterio di localizzazione che non è generico e indeterminato né disomogeneo, ma tiene conto della realtà secondo dati di comune esperienza, che consigliano e giustificano una particolare disciplina relativamente a quei siti, senza che questo impedisca una ragionevole dislocazione degli impianti nel territorio comunale in modo da assicurare la fruizione del servizio pubblico delle telecomunicazioni". Così Consiglio Stato, sez. VI, 12/11/2009, n. 7023.

²¹¹ Invero, "l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata sulla base di indirizzi fondati sullo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico-scientifici". Così T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 25/03/2010, n. 93. Sul punto v. anche T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 20/04/2010, n. 986; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20/01/2010, n. 583. Per un commento sul principio di precauzione applicato in tema di V.I.A. v. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3179 ss. In termini più generale v., poi, MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 06, 1571 ss.

²¹² Invero, "il principio di precauzione si caratterizza per tre aspetti fondamentali: a) il suo carattere di principio generale; b) l'impossibilità, in sede di bilanciamento fra protezione della salute e libertà economica, di consentire alle imprese di essere esonerate dall'adottare a loro spese le indispensabili misure di cautela; c) la validità del principio di precauzione come criterio interpretativo del sistema giuridico unitariamente considerato" Così T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 08/07/2010, n. 171.

la salute derivanti dallo svolgimento di un'attività *in fieri* pericolosa, nonché la valutazione complessiva del rischio basata sui dati scientifici disponibili ritenuti più affidabili e sui risultati più recenti acclarati all'interno della comunità scientifica internazionale²¹³.

Invero, il principio di precauzione trova immediata applicabilità ogniqualvolta sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone²¹⁴, non occorrendo attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi²¹⁵ dovendo, peraltro, essere armonizzato, nella sua concreta attuazione, con quello di proporzionalità²¹⁶ e ragionevolezza²¹⁷, nella ricerca di un equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco²¹⁸. Ne discende che tutte le decisioni adottate dalle autorità competenti in materia debbono essere assistite da un apparato motivazionale particolarmente rigoroso, che tenga conto di una attività istruttoria parimenti ineccepibile²¹⁹.

Conseguentemente, in assenza di specifici studi scientifici che evidenzino rischi per la salute umana o per altri beni o diritti fondamentali della persona, eventuali limitazioni e/o restrizioni al pieno sviluppo della personalità (correlata anche alla libertà d'iniziativa economica) adottate in nome di un asserito (ma giammai dimostrato) pericolo per la pubblica sicurezza ed incolumità, di certo risultano illegittime perché non adeguatamente giustificate.

Ciò perché, in ossequio al principio di responsabilità che investe, di necessità, gli organi preposti all'esercizio di pubbliche potestà, *la scelta di ricorrere al principio di precauzione si correla strettamente al livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale. La statuizione che sia in concreto adottata implica un'elevata responsabilità sul piano istituzionale, dovendosi stabilire, previo un serio approfondimento del danno occorso, quale sia sul piano nazionale il grado di rischio di volta in volta tollerabile, il che necessariamente rientra nell'ambito di un potere discrezionale rimesso alle*

²¹³ Cfr. Corte giustizia CE, sez. II, 22/12/2010, n. 77.

²¹⁴ Sul punto, per un approfondimento, v. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 02, 355 ss.

²¹⁵ "Consegue che il principio di precauzione non può essere invocato laddove il livello di rischio connesso a determinate attività sia stato, come nel caso in esame, puntualmente definito dai decisori centrali sulla base delle attuali conoscenze scientifiche, attraverso la puntuale indicazione di limiti o parametri cui devono conformarsi le successive determinazioni delle autorità locali". Così T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 03/05/2010, n. 2294.

²¹⁶ Per un approfondimento v. MASTRODONATO, *I principi di proporzionalità e precauzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia verso l'effettività della tutela del cittadino (nota a Corte giust. Ce, sez. IV, 8 luglio 2010 n. C-343/09)*, in *Riv. e giur. Agr.*, 2011, 183, 3 ss.

²¹⁷ Sul punto v. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *www.federalismi.it*.

²¹⁸ Cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 25/03/2010, n. 93.

²¹⁹ Cfr. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 15/10/2010, n. 9501; T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 31/08/2010, n. 5145; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 2 novembre 2009, n. 6758. Sul punto v. anche LEFORTE, *Nota a TAR Toscana, Sez.II, 31 agosto 2010 n. 5145*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2011, 01, 131 ss.

*autorità competenti, che ne assumono conseguentemente la responsabilità di fronte alla collettività interessata*²²⁰.

Orbene, la rilevanza del principio generale "di precauzione", che è come tale direttamente cogente per tutte le pubbliche amministrazioni, ha trovato ampio riconoscimento, ancorché sia menzionato nel trattato istitutivo della C.E. soltanto in relazione alla politica ambientale, da parte degli organi comunitari soprattutto nel settore della salute, con una valenza non solo programmatica, ma direttamente imperativa nel quadro degli ordinamenti nazionali, vincolati ad applicarlo qualora sussistano incertezze con riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone. In tal caso, infatti, le istituzioni comunitarie possono adottare misure di tutela senza dover attendere che siano approfonditamente dimostrate la realtà e la gravità dei potenziali rischi postulati. Detto principio generale integra, quindi, un criterio orientativo di larga massima che deve caratterizzare ed ispirare non soltanto il Legislatore nella predisposizione di una disciplina positiva adeguata, ma prima ancora deve sorreggere l'azione amministrativa, come prevede espressamente l'art. 1 l. 7 agosto 1990 n. 241, ove si stabilisce che *"l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta... dai principi dell'ordinamento comunitario"*. Da ciò chiaramente discende l'obbligo da parte delle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire rischi, anche se solo potenziali, per la salute, la sicurezza e per l'ambiente, facendo necessariamente prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli interessi economici dei singoli cui sia fondatamente addebitabile il pregiudizio temuto ovvero già occorso²²¹.

Infatti, essendo le istituzioni comunitarie e nazionali responsabili - in tutti i loro ambiti di azione - della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, la regola della precauzione può essere considerata come un principio autonomo che discende dalle disposizioni del Trattato istitutivo della C.E. che direttamente, o anche solo mediatamente, sono volte a salvaguardare beni giuridici e posizioni giuridiche soggettive fondamentali e/o inalienabili²²².

Ciò, però, si traduce, in definitiva, nell'esigenza di valorizzare gli interessi sottesi al principio di precauzione alla luce di un apprezzamento ragionevole, talchè qualora l'amministrazione del singolo Stato membro voglia opporre un diniego ad un'attività economica, potenzialmente pericolosa, il cui svolgimento sia già stato autorizzato in sede comunitaria, è suo onere indicare specifici studi scientifici che evidenzino rischi per la salute umana o per altri beni o diritti fondamentali; diversamente opinando non sarebbe infatti possibile ritenere maturato il

²²⁰ Cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 08/07/2010, n. 171.

²²¹ Cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 09/10/2009, n. 1736.

²²² Cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 08/07/2010, n. 171.

giusto bilanciamento tra interessi (pubblici e privati) tra loro contrastanti o comunque suscettivi di possibile reciproca interferenza²²³.

2.3 Azione amministrativa e pluralismo dell'informazione: tecniche e strumenti di conciliazione tra interessi pubblici e privati.

Interessante è evidenziare come le regole preposte a garanzia dei diritti e degli interessi del privato a fronte dell'esercizio della potestà amministrativa ben possano assumere non solo uno specifico rilievo con riguardo al singolo, bensì costituire strumento diretto ed immediato di tutela dell'effettività dei diritti fondamentali dell'intera collettività all'interno di una moderna democrazia.

Esemplificativo, in tal senso, è il caso sottoposto all'attenzione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo concernente il reiterato diniego opposto alle istanze di concessione radiotelevisive avanzate dalla società armena Meltex Ltd, impresa indipendente di radiodiffusione, asseritamente penalizzata per ragioni politiche e vittima di un presunto sistema di "censura invisibile".

Invero, la Corte ha rilevato che il rifiuto della Commissione armena opposto alle offerte pubbliche di acquisto di licenze di trasmissione radiotelevisiva avanzate da parte di Meltex si traduceva in una vera e propria "interferenza" con la sua libertà di diffondere informazioni e idee²²⁴.

La Corte ha in particolare osservato che - sebbene le operazioni di gara si fossero svolte in conformità alla legge armena e le udienze fossero state pubbliche - le decisioni della Commissione non erano state motivate e, pertanto, non potevano non ritenersi per ciò solo pregiudizievoli.

Ed infatti, considerata la delicatezza del settore di mercato di interesse, rilevato che il libero accesso ai canali d'informazione costituisce strumento indispensabile per garantire il pluralismo e la formazione di una consapevole coscienza civile dei cittadini²²⁵, il diniego

²²³ "Pertanto, non si può ritenere che in attesa dei c.d. piani di coesistenza regionali, venga meno l'obbligo di istruzione e conclusione dei procedimenti autorizzatori - non essendo più discutibile - il principio comunitario, ormai recepito nell'ordinamento nazionale, "costituito dalla facoltà di impiego di OGM in agricoltura, purché autorizzati". Ne discende, con tutta evidenza, che il blocco generalizzato dei procedimenti di autorizzazione in attesa dei c.d. piani di coesistenza regionali, esporrebbe lo Stato italiano a responsabilità sul piano comunitario, rendendo di fatto inapplicabile nell'ordinamento nazionale quello che è un principio imposto dal diritto comunitario". Così Consiglio Stato, sez. VI, 19/01/2010, n. 183. Per un commento sulla vicenda v. DI DIO, "Vietato vietare gli Ogm": è illegittimo il blocco generalizzato in attesa dei piani di coesistenza, in *Riv. giur. Ambiente*, 2010, 3-4, 610 ss. e MASARACCHIA, *Il diniego opposto sul principio di precauzione deve indicare specifici studi scientifici (nota a Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2010 n. 183)*, in *Guida al diritto*, 2010, 91, 7 ss.

²²⁴ Per la disamina del noto caso Europa 7 con particolare riguardo ai profili di libera prestazione dei servizi e del pluralismo nel settore dell'informazione televisiva v. PACE L. F., *Il caso «Centro Europa 7» dinanzi alla Corte di giustizia: ampliamento del campo di applicazione dell'art. 49 TCE, tutela della chance del prestatore di servizi e protezione del pluralismo «esterno»*, in *Giur. Cost.* 2008, 05, 4000 ss.

²²⁵ Valorizza la funzionale correlazione dell'informazione con l'esercizio della sovranità popolare, *Cassazione civile*, sez. III, 09/07/2010, n. 16236.

opposto al rilascio di concessione e/o licenze nel settore delle comunicazioni elettroniche, in carenza di adeguato corredo motivazionale²²⁶, lede irrimediabilmente non solo gli interessi della società immediatamente coinvolta, bensì il diritto dei cittadini a poter fruire (ovvero a conoscere le ragioni impeditive della possibilità di fruire) di una scelta effettiva in ordine alla consultazione delle fonti di informazione preferite.

Naturalmente, il rilascio delle licenze ben può essere condizionato al riscontro del possesso, in capo all'istante, di specifici requisiti e qualità professionali (e ciò a vantaggio, naturalmente, del pubblico – e non certo del singolare e/o privato – interesse)²²⁷, senonché “*una procedura interna che non imponga all'organo competente al rilascio della predetta licenza di motivare le proprie decisioni, specie quando esse negano l'istanza del ricorrente, non offre una protezione adeguata contro rifiuti arbitrari e pertanto, contro la predetta ingerenza*”²²⁸.

2.4 Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel quadro dei principi e delle regole del diritto amministrativo comunitario.

Con ricorso introitato innanzi al G.A. è stata proposta l'impugnazione di un decreto dirigenziale nella parte in cui l'Amministrazione intimata non ha inserito la domanda presentata dalla società ricorrente tra le istanze istruite per la concessione di agevolazioni di cui alla misura 3.14 del P.O.R. 2000/2006.

²²⁶ Com'è noto, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, il difetto di motivazione dell'atto amministrativo impedisce di comprendere in base a quali dati specifici sia stata operata la scelta della p.a., nonché di verificarne il percorso logico seguito nell'applicare i criteri generali nel caso concreto, così traducendosi nella violazione non solo dell'art. 3 l. 7 agosto 1990 n. 241, ma anche dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 cost. In tal senso v., *ex multis.*, Consiglio Stato, sez. VI, 12/10/2010, n. 7429; Consiglio Stato, sez. VI, 08/10/2010, n. 7369; Consiglio Stato, sez. VI, 06/09/2010, n. 6461; Consiglio Stato, sez. V, 14/04/2008, n. 1609; Tar Lazio, Roma, sez. I bis, 05/07/1996 n. 1041.

²²⁷ Sul punto v., ad esempio, Consiglio Stato, sez. VI, 09/03/2010, n. 1387 che, con riferimento all'art. 16 l. n. 223 del 1990, nella parte in cui instaura un collegamento necessario fra autorizzazione all'installazione dell'impianto e concessione del servizio di radiodiffusione, ha avuto modo di precisare che “*la disciplina di settore, infatti, si appalesa quale punto di contemperamento di riferimento di varie esigenze di interesse pubblico, quali la tutela della libera iniziativa economica, la garanzia del pluralismo dell'informazione della comunicazione, la regolamentazione urbanistica degli impianti e delle reti, la valutazione dell'impatto paesaggistico e sulla salute dei cittadini. Ne deriva che l'opzione prescelta dal legislatore non appare irragionevole, tenuto conto che una diversa disciplina sarebbe foriera di distorsioni del mercato e più in generale del servizio di informazione. - Invero - la disciplina del settore della radio diffusione sonora o televisiva, necessariamente si appalesa quale punto di contemperamento dei vari interessi coinvolti. L'attività di radiodiffusione, attività economica apprezzabile e sottratta negli anni alla prevalente posizione del gestore esercente pubblico, coinvolge interessi che vanno dalla libera iniziativa economica alla garanzia di pluralismo dell'informazione e comunicazione, dalla regolamentazione urbanistica di impianti e reti alla valutazione dell'impatto paesaggistico e sulla salute dei cittadini. Alla luce degli interessi coinvolti non appare irragionevole (art. 41, comma 3 Cost.) l'opzione del legislatore di subordinare l'attività di costruzione di impianti di radiodiffusione a un regime concessorio peculiare al fine di un regolamentato sviluppo ed esercizio del servizio stesso, nel presupposto che una differente disciplina sarebbe foriera di distorsioni del mercato e del più generale servizio di comunicazione/informazione”.*

²²⁸ Cfr. Sentenza Corte Europea Diritti dell'Uomo 17 giugno 2008 n. 32283.

Il gravame era sostanzialmente affidato alla censura concernente la violazione dell'art. 10 bis l. n. 241/90, ovvero l'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda presentata dal privato.

La giurisprudenza amministrativa ha colto l'occasione per evidenziare la portata innovativa della riforma della legge sul procedimento amministrativo intervenuta nel corso del 2005 e per sottolineare come i principi colà desumibili, lungi dal limitarsi a postulare la sola diretta e concreta attuazione di principi e regole consacrate all'interno della Costituzione, in realtà trovano, in ultima istanza, piena copertura anche all'interno del diritto comunitario divenendone, così, strumento atto a garantirne direttamente piena effettività.

Così, acclarato che le ipotesi di esclusione di operatività dell'istituto del c.d. preavviso di rigetto, contemplate all'interno dell'art. 10 bis l. n. 241/90²²⁹, siano suscettive di sola e necessaria stretta interpretazione²³⁰, ne deriva che *"detta norma ha una portata generale e va letta in senso non restrittivo, pena la vanificazione dell'intento legislativo di valorizzare il contraddittorio e, in definitiva, il dialogo tra cittadini e istituzioni"*²³¹.

Più nel dettaglio, la novella alla legge generale sul procedimento amministrativo, introdotta con legge n° 15/2005²³², si è innestata, restituendogli nuova linfa, nello spirito originario delle riforme amministrative degli anni '90, orientate nel senso di ridurre il divario tra P.A. - Autorità, (in posizione di supremazia), e cittadino (in posizione di soggezione), spesso irrimediabilmente penalizzante per quest'ultimo oltre che per la completa acquisizione degli elementi fattuali e logico-cognitivi su cui deve poggiare ogni decisione pubblica²³³.

²²⁹ Per una disamina dell'istituto del c.d. preavviso di rigetto condotta all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 15/05 v. VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 02, 837 ss.

²³⁰ *"Alla luce di quanto sopra, ritiene il Collegio che le deroghe all'obbligo previsto dall'art. 10-bis della legge n° 241/1990, previste per le "procedure concorsuali e i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali", vadano intese in senso restrittivo, avendo il legislatore della novella del 2005 inteso accrescere le garanzie di trasparenza poste a presidio del cittadino di fronte all'esercizio del pubblico potere, di talché le eccezioni a siffatta ratio legis devono essere trovare un'applicazione necessariamente tassativa, non suscettibile di estensione analogica"*. Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 23/03/2011, n. 518. Nello stesso senso v. anche Tar Lazio Roma, Sez. III-ter, 17 luglio 2007, n° 6503; Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, 13 marzo 2007, n° 809; Cons. Stato, ord. 30 agosto 2006, n° 4519.

²³¹ Cfr. Cons. Stato, Commissione speciale, parere 26 febbraio 2008, n° 2518/2007 che, comunque, ha avuto modo di estendere le eccezioni alla concreta operatività dell'art. 10 bis l. n. 241/90 anche ad altre ipotesi ulteriori (DIA - oggi SCIA; procedimenti di secondo grado; procedimenti di controllo del nulla osta paesaggistico) rispetto a quelle formalmente desumibili dal tenore letterale della norma. Nello stesso senso v. T.A.R. Veneto, sez. II, 13 settembre 2005, n. 3418 secondo cui all'elencazione delle materie nelle quali è esclusa l'applicazione dell'art. 10-bis non va riconosciuta natura tassativa. Per un commento v. FANIZZI, *Il preavviso di rigetto ex art. 10-bis L. 241/90. Problemi di applicazione generale della norma e conseguenze dell'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda*, in www.entilocali.provincia.le.it/ordinamento/doc/int_0008.doc

²³² Sul punto, per un approfondimento, v. D'ANGELOSANTE, *L'azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, in *Dir. Amm.*, 2009, 03, 723 ss.

²³³ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 23/03/2011, n. 518. Nello stesso senso e per un approfondimento v. LUCCA, *Il c.d. preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato*, in www.lexitalia.it.

Il preavviso di rigetto, quale istituto volto ad accrescere le possibilità di dialogo tra la parte pubblica e la parte privata, appare ispirato alla finalità di riportare i due interlocutori, pubblico e privato, su un piano di parità, consentendo al cittadino di rappresentare tutte le circostanze utili alla definizione dell'assetto di interessi e alla tutela della propria posizione sostanziale e, al contempo, onerando l'amministrazione della considerazione del quadro istruttorio nella sua completezza organica, comprensiva delle difese e controdeduzioni dell'istante²³⁴.

In tale ottica, le funzioni che il nuovo istituto procedimentale persegue, secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai invalso, ovvero il potenziamento della funzione partecipativa in chiave di vero e proprio contraddittorio equordinato, la leale collaborazione tra soggetti parimenti coinvolti nella vicenda amministrativa, unitamente alla deflazione del contenzioso che potrebbe insorgere, sembrano riconducibili, anche per l'evidente incentivo alla reciproca fiducia, nascente dall'abbattimento dell'effetto "sorpresa", al generale canone di correttezza e buona fede nell'amministrazione della cosa pubblica²³⁵.

In tal senso, la norma dell'art. 10-bis della legge n° 241/1990 esprime una regola di portata generale, il cui fondamento costituzionale va rinvenuto negli artt. 3 e 97 della Costituzione²³⁶, nel principio del giusto procedimento e nei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea, ormai entrati a far parte del patrimonio dei diritti umani giustiziabili nell'ordinamento europeo e negli ordinamenti interni degli Stati membri, per effetto del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007²³⁷.

In particolare, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, sancisce i diritti di cittadinanza europea, tra i quali assume primario rilievo il "Diritto ad una buona amministrazione", che, a norma dell'art. 41, secondo comma, comprende, tra l'altro, "il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio"²³⁸.

²³⁴ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 23/03/2011, n. 518.

²³⁵ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 23/03/2011, n. 518. Sul punto, sottolinea LUCCA, *Preavviso di rigetto e sedimentazioni giurisprudenziali*, in www.lexitalia.it "Si tratta forse, e più propriamente, di regole di solida giustizia poter formulare (ancora) le proprie valutazioni interlocutorie o definitive, intervenire a valutare il procedimento assieme al suo responsabile per formulare osservazioni e controdeduzioni, o per contrastare una errata valutazione dei fatti e/o dei presupposti giuridici, il preavviso di rigetto risponde ad una esigenza pratica di coinvolgere il privato prima di incidere negativamente sulle aspettative di quest'ultimo, con l'intento di assicurarlo partecipe in tutta la fase procedimentale, dall'avvio del procedimento al preavviso di rigetto (opzione della fase conclusiva in presenza di esito negativo, e risposta meditata tra le tesi garantistica e i fautori della tesi collaborativa), negando legittimità giuridica al provvedimento negativo nel quale è stato impedito di svolgere osservazioni, di cui ovviamente l'amministrazione non ha potuto tenerne conto e tanto meno fornire una puntuale motivazione al riguardo, privando l'interessato dal giusto contraddittorio".

²³⁶ Sul punto, con riferimento alla l. n. 15/05, v. GUZZI, ROLLI, *La legge di riforma del procedimento amministrativo al vaglio della giurisprudenza*, in www.federalismi.it.

²³⁷ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 23/03/2011, n. 518.

²³⁸ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 23/03/2011, n. 518. Per una approfondita disamina dei principi e delle regole positivamente dettate in materia di procedimenti amministrativi comunitari, v. ANTONIAZZI, *Procedimenti*

In un simile contesto normativo, appare assai arduo estendere in via interpretativa i casi, nominativamente contemplati dal medesimo art. 10-bis, che fanno eccezione all'obbligo di previa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza²³⁹, atteso che, al di fuori delle fattispecie, predeterminate dal legislatore, in cui le garanzie di ragionevolezza, imparzialità, buon andamento e tutela sono apprestate dalle norme specialmente disciplinanti i procedimenti enumerati, ogni altra pretermissione comporta la violazione del principio costituzionale e comunitario del contraddittorio, "imposto dalla succitata norma al duplice scopo di porre il destinatario del provvedimento in condizione di far valere in tempo utile le sue ragioni e, al tempo stesso, di consentire alla P.A. di compiere una completa valutazione e comparazione degli interessi coinvolti²⁴⁰".

2.5 Effettività del diritto al risarcimento del danno conseguente alla irragionevole durata del processo e latitudine applicativa delle norme di diritto interno alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Com'è noto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo obbliga gli Stati contraenti ad organizzare il proprio sistema giudiziario in modo che la tutela giudiziaria dei diritti e degli interessi sia effettiva e tempestiva, improntata, cioè, al criterio della ragionevole durata delle procedure²⁴¹.

Lo Stato italiano, al fine di sopperire al ritardo strutturale che caratterizza ogni giudizio, non riuscendo, ad oggi, a colmare le endemiche deficienze organizzative nella definizione dei processi (siano essi civili, penali ovvero amministrativi)²⁴² ha introdotto, con la l. n. 89 del 24 marzo 2001 - c.d. Legge Pinto²⁴³ – uno strumento di tipo risarcitorio e/o indennitario che, pur garantendo il diritto ad un'equa riparazione per il danno patrimoniale e morale subito in

amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 3-4, 641 ss.

²³⁹ Invero, sottolinea *Tar Veneto, sez. III, 14 dicembre 2005, n. 4231* che "Allorché l'amministrazione, a fronte di un'istanza di riesame presentata dal privato, scelga di emettere un atto meramente confermativo (che è quello che si limita a richiamarsi al provvedimento precedente, non essendo nell'intervallo intervenuto alcun mutamento della situazione di fatto o di diritto ovvero nuova istruttoria), non trova applicazione l'art. 10-bis, l. n. 241 del 1990, giacché questo si riferisce ai procedimenti destinati a concludersi con l'emissione di un provvedimento vero e proprio". Per una approfondita disamina della questione v. SAITTA, *Preavviso di rigetto ed atti di conferma: l'errore sta nella premessa*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 11, 3235 ss.

²⁴⁰ Cfr. *T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 14 gennaio 2010, n° 53*.

²⁴¹ In tal senso v. *Corte europea dir. uomo, sez. grande chambre, 29/03/2006, n. 36813*.

²⁴² Invero, "il diritto ad una ragionevole durata del processo non vale per le cause tributarie. Il cittadino che veste i panni del contribuente, infatti, non può lamentarsi dell'eccessiva lentezza del giudizio che ha col Fisco, in ragione "della natura pubblica del rapporto" che li lega. A meno che la controversia tributaria non sia riferibile alla materia civile o penale. In questo caso, infatti, il contribuente può presentare presso la Corte d'appello competente la domanda di equa riparazione prevista dalla legge Pinto se ritiene di aver aspettato troppo tempo per la sua causa" Così *Cassazione civile, sez. I, 08/11/2005, n. 21651*. Devesi però precisare che "le controversie che non investono in maniera specifica la determinazione di un tributo, riguardando, invece, solo aspetti ad essa consequenziali l'applicazione di sanzioni di carattere tributario, sono ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 6, par. 1, della convenzione europea dei diritti dell'uomo e, di riflesso, dell'art. 2 l. n. 89 del 2001 ("legge Pinto") sull'equa riparazione dei danni non patrimoniali dovuti all'eccessiva durata del processo". Così *Cassazione civile, sez. I, 30/08/2005, n. 17499*.

conseguenza della ingiustificata dilazione dei tempi necessari per giungere all'adozione di un provvedimento giudiziario avente efficacia di giudicato²⁴⁴, non è invero in grado di offrire una soluzione realmente adeguata al problema della durata del contenzioso.

Orbene, i presupposti di fatto e di diritto relativi al riconoscimento di un'equa riparazione dei pregiudizi sofferti in forza dell'acclarata irragionevole durata del processo sono puntualmente enucleati all'interno della citata l. n. 89/01²⁴⁵ la cui corretta esegesi, però, appare costantemente arricchita dalle pronunce della Corte Europea più volte intervenuta per perimetrare l'esatta latitudine applicativa della disciplina nazionale di settore alla luce del principio di effettività di tutela ritraibile dalle norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo²⁴⁶.

E ciò con riguardo sia a profili d'ordine sostanziale che, vieppiù, processuale, come dimostra la vicenda oggetto del presente studio.

Introitato intorno alla metà degli anni '90 un giudizio innanzi al T.A.R., corredato da apposita domanda di fissazione, senza che fosse mai stata celebrata l'udienza, la ricorrente reiterava l'istanza di fissazione circa un decennio più tardi a seguito della quale, discussa la causa, il giudice di prime cure accoglieva le doglianze, originariamente formulate, con sentenza successivamente passata in giudicato, il 31 ottobre 2008, perché mai appellata.

Invero, ancora pendente, però, il termine entro cui impugnare la pronuncia di primo grado, entrava in vigore decreto-legge n. 112 del 25 giugno 2008, convertito in l. n. 133 del 6 agosto 2008, il cui art. 54 subordina la proposizione della domanda di risarcimento del danno conseguente ad irragionevole durata del processo al deposito, nel corso del giudizio pendente innanzi al G.A., di apposita domanda di prelievo volta chiaramente a compulsare l'eventuale

²⁴³ Per un'approfondita disamina dell'istituto v. DE MARZO, DE FRANCESCA, FABBRIZZI, (a cura di), *Irragionevole durata del processo e responsabilità dello Stato*, Padova, 2008. per una disamina di alcuni singolari profili si rinvia, invece, a CHINDEMI, "Legge Pinto": questioni processuali, sostanziali e di "etica del diritto", in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 03, 690 ss.; ID, *La legge Pinto e la procedura fallimentare*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 03, 535 ss.; ID, *Legge Pinto e termine di prescrizione*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 06, 1297 ss.; PASQUINELLI, *Legge Pinto ed irragionevole durata del processo. la cassazione ammette il danno morale per gli enti collettivi*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2006, 02, 283 ss.; D'ALONZO, *Il principio della «ragionevole durata» dei procedimenti giudiziari e la responsabilità dello stato ai sensi della legge Pinto*, in *Giur. Merito*, 2004, 09, 1660 ss.

²⁴⁴ Invero, "sussiste danno erariale ascrivibile al magistrato ordinario derivante da due decreti della Corte d'appello con cui il Ministero della giustizia era stato condannato ai sensi della l. n. 89 del 2001 (legge Pinto), al pagamento a titolo di equa riparazione". Così Corte dei Conti reg. Veneto, sez. giurisd., 14/10/2009, n. 673.

²⁴⁵ "In tema di c.d. Legge Pinto e di equa riparazione del danno subito per effetto della violazione dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata con l. n. 848/55), la durata ragionevole del processo deve essere calcolata - di regola - in tre anni per il primo grado, in due per il secondo e in un anno per ciascuna fase successiva". Così Corte appello Firenze, sez. I, 29/09/2006.

²⁴⁶ "Perché la procedura di cui alla legge Pinto rispetti il diritto all'equo processo stabilito dall'art. 6 della convenzione occorre che sia assicurata l'imparzialità soggettiva ed oggettiva dei giudici. L'imparzialità soggettiva è presunta fino a prova contraria. Quella oggettiva può essere contestata se taluni fatti verificabili autorizzano sospetti". Così Corte europea dir. uomo, sez. II, 06/04/2010.

inerzia del Giudice per tale via introducendo uno specifico onere di collaborazione in capo alla parte che abbia interesse ad una pronta e spedita definizione della controversia.

Orbene, l'intero giudizio maturava sotto il vigore della disciplina pregressa al d.lgs n. 104/2010; sinteticamente le regole procedurali all'epoca vigenti ponevano a carico della parte ricorrente l'onere processuale del deposito, entro i due anni dall'introduzione del ricorso, di una domanda di fissazione dell'udienza, sotto pena di perenzione²⁴⁷. A seguito del deposito di questa domanda, il giudice adito aveva il potere (*rectius*: l'obbligo) di fissare l'udienza ed altresì, d'ufficio o su richiesta delle parti che avessero chiesto la fissazione d'urgenza della data dell'udienza (mediante proposizione di apposita istanza di prelievo), poteva accordare la priorità ad un ricorso, anticipando la data dell'udienza²⁴⁸.

Invero, secondo consolidata giurisprudenza, *“nel sistema in vigore prima della legge 205/2000, il processo amministrativo metteva a carico della parte ricorrente, dopo il deposito del ricorso, solo la presentazione, entro un tempo massimo di due anni a partire dal deposito del ricorso, di una domanda tendente alla fissazione dell'udienza; a seguito del deposito di questa domanda, lo svolgimento del processo era sottoposto al potere di iniziativa del giudice. Di conseguenza, il deposito della domanda prevista all'articolo 54, secondo paragrafo, del Regio Decreto n. 642/1907 (istanza di prelievo), non costituisce un'obbligazione di fare, dato che il suo scopo esclusivo è quello di rilevare l'urgenza del ricorso al fine di ottenerne l'esame anticipato, capovolgendo l'ordine cronologico d'iscrizione a ruolo delle domande di fissazione dell'udienza”*²⁴⁹.

Sulla scorta di tali premesse, la ricorrente adiva la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo lamentando l'irragionevole durata del processo (e, conseguentemente, chiedendo il ristoro del pregiudizio subito in forza della l. n. 89 del 24 marzo 2001 - c.d. Legge Pinto²⁵⁰ - al contempo evidenziando che l'entrata in vigore dell'art. 54 cit., suscettivo di trovare applicazione con riferimento alle controversie non ancora definite mediante sentenza passata in giudicato, avrebbe reso irricevibile il ricorso proposto ex l. n. 89/01 innanzi alla competente Corte d'Appello perché la ricorrente non aveva provveduto a depositare, nel corso del giudizio di I°

²⁴⁷ Cfr. Articolo 40 del Regio Decreto n. 1054 del 26 giugno 1924.

²⁴⁸ Cfr. Articolo 51 del Regio Decreto n. 642 del 17 agosto 1907.

²⁴⁹ Cfr. *Corte di Cassazione, SS.UU. 15 dicembre 2005 n. 28507*.

²⁵⁰ Cfr. *Corte di Cassazione, SS.UU. 15 dicembre 2005 n. 28507* secondo cui *“la violazione del diritto ad una durata ragionevole delle procedure giudiziarie deve essere esaminato considerando il periodo di tempo trascorso a partire dall'introduzione della procedura. Questa trova egualmente applicazione nelle procedura dinanzi al giudice amministrativo, dato che la mancanza o il deposito tardivo della domanda di fissazione urgente della data dell'udienza non ha alcuna incidenza. Questa interpretazione (...) deve essere confermata, in considerazione del fatto che...l'esistenza di uno strumento di accelerazione del processo non sospende né differisce l'obbligazione dello Stato di statuire sulla domanda, né ostacola l'attribuzione alla parte ricorrente di una responsabilità per il superamento del ritardo ragionevole nella risoluzione della decisione, dato che il comportamento della ricorrente non può essere tenuto in considerazione se non nell'apprezzamento del pregiudizio subito”*.

grado innanzi al G.A., apposita istanza di prelievo pur essendo trascorso un notevole lasso di tempo (oltre dieci anni) tra la data di deposito del gravame e la data di celebrazione dell'udienza.

Orbene, premesso che nei giudizi incardinati innanzi al G.A. la durata dei procedimenti giudiziari deve essere computata a partire dalla data di deposito del ricorso sino alla data di deposito della sentenza, a prescindere dalla presentazione o meno, (o dalla ritardata presentazione), dell'istanza di prelievo da parte dell'interessato²⁵¹, la Corte Europea afferma cautamente che l'esistenza dell'obbligo di proposizione di apposita istanza di prelievo può essere ritenuta vigente solo a partire dal 25 giugno 2008 ed esclusivamente allo scopo di attivare, in una fase successiva e attraverso il "ricorso Pinto", la richiesta di risarcimento danno per la durata irragionevole del processo.

Una diversa interpretazione, finalizzata ad estendere in via retroattiva la portata applicativa dell'art. 54 d. l. n. 112/08, condurrebbe alla conseguenza di impedire di poter computare, con riferimento ai ricorsi ancora pendenti alla data dell'entrata in vigore della citata disposizione, il periodo di tempo già trascorso tra la data di deposito del ricorso ed il 25 giugno 2008 ai fini dell'apprezzamento della irragionevolezza della durata del processo con ciò vulnerando ingiustificatamente le legittime pretese dei ricorrenti in ordine alla possibilità di conseguire un effettivo ristoro per il pregiudizio effettivamente subito in conseguenza del decorso di un (irragionevole) lasso di tempo in mancanza di una pronuncia definitiva relativa alla controversia di interesse.

Disattesa, quindi, l'opzione ricostruttiva perorata dalla ricorrente circa la latitudine (temporale) applicativa del citato art. 54 d. l. n. 112/08, la Corte ha rigettato il ricorso proposto dichiarandolo irricevibile perché non erano stati esauriti i rimedi di ricorso interni non potendo essere ritenuta sufficiente la giustificazione secondo al quale la (presunta) retroattività della norma volta ad imporre, ai fini della legge Pinto, la proposizione di apposita istanza di prelievo, avrebbe sicuramente condotto alla declaratoria di irricevibilità dell'azione esperita innanzi alla competente Corte d'Appello ex l. n. 89/01.

La Corte, quindi, ha colto ancora una volta l'occasione per ribadire che il principio del previo esaurimento delle vie di ricorso interne²⁵² mira a consentire agli Stati contraenti la possibilità

²⁵¹ Cfr. le Decisioni [Di Pede c. Italia](#) (n. 2), ricorso n. 56225/00, 19 febbraio 2002; [Ciotta c. Italia](#), n. 41804/98, 27 febbraio 2001 e le Sentenze [Gaudenzi c. Italia](#), n. 44340/98, §§5 e 12, 9 luglio 2002; [Comitini c. Italia](#), n. 41811/98, §§ 5 e 9, 27 febbraio 2001; [Miele c. Italia](#), n. 44338/98, §§ 4 e 7, 21 novembre 2000.

²⁵² "I ricorsi interni risultano esauriti, ai sensi dell'art. 35, par. 1, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, qualora i ricorrenti abbiano comunicato alla Corte europea la loro intenzione di avvalersi e si siano avvalsi dei mezzi contemplati dalla l. 24 marzo 2001 n. 89 (legge Pinto), entrata in vigore in pendenza del giudizio innanzi alla Corte". Così Corte europea dir. uomo, sez. II, 06/04/2010.

di prevenire l'accertamento di violazioni in loro danno prima che le accuse mosse vengano poste formalmente a loro carico²⁵³.

In tal modo, in definitiva, si conferma l'idea secondo cui il meccanismo di salvaguardia introdotto dalla CEDU rivesta un carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di garanzia dei Diritti dell'Uomo.

II SEZIONE

CAPITOLO PRIMO

²⁵³ Cfr. Sentenza CEDU *Selmouni c. France* n. 25803/94.

LINEE GUIDA IN MATERIA DI ORDINANZE CONTINGIBILI ED URGENTI TRA VECCHIE COSTRUZIONI DOGMATICHE E NUOVE PROSPETTIVE DI SVILUPPO

1. Le ordinanze contingibili ed urgenti tra tradizione ed innovazione. 2. Il nuovo potere di ordinanza in materia di sicurezza urbana ed incolumità pubblica: cui prodest? 3. Conclusioni.

1. Le ordinanze contingibili ed urgenti tra tradizione ed innovazione.

Com'è noto, il potere di ordinanza²⁵⁴ è espressione della potestà d'imperio dell'amministrazione preordinante alla cura ed al soddisfacimento del pubblico interesse mediante, generalmente, l'adozione di un provvedimento (formalmente e sostanzialmente) amministrativo rivolto ad imporre in capo a soggetti determinati – ovvero alla generalità dei consociati²⁵⁵ – un particolare dovere (*rectius*: obbligo) di condotta positiva (comando) ovvero negativa (divieto), la cui inosservanza espone l'obbligato a sanzione.

L'esercizio del potere di ordinanza, teleologicamente indirizzato alla tutela di un rilevante pubblico interesse, si muove necessariamente all'interno del principio di legalità²⁵⁶, ove trova la sua indefettibile legittimazione²⁵⁷, ancorché, in casi ben determinati, possa costituire esso

²⁵⁴ “La radice etimologica del potere di ordinanza ascende al sostantivo “ordine”. In questo senso, con “ordinanza” si designa lo strumento normativo mediante il quale viene veicolato un ordine da parte dell'autorità amministrativa. Ossia un precetto immediatamente imperativo contenuto in un atto diverso dalla sentenza o dalla legge. Questa prima accezione di “ordinanza” ne caratterizza il significato in tempi in cui l'autorità assoluta – ossia il monarca – assommava su di sé i poteri legislativo, giurisdizionale e amministrativo. Con “ordinanza”, pertanto, si faceva riferimento ad un ordine del monarca che né definiva un processo, né innovava l'ordinamento con una legge, ma che specificava in capo ad un destinatario ben determinato un precetto nell'esercizio di quella che oggi siamo soliti definire funzione amministrativa”. Così NOBILE R., *Le ordinanze del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in www.lexitalia.it. Per un approfondimento v. SATTA F., *Ordine e Ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV Vol., 1991; GALATERIA L., *Ordine amministrativo*, in *Nuovissimo Digesto*, XII Vol., 1965, pp. 107 ss.; PALERMO A., *Ordine giuridico, ordine dell'autorità*, in *Nuovissimo Digesto*, XII Vol., 1965, pp. 115 ss. e CAVALLO B., *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, X Vol., 1995, pp. 434 ss.

²⁵⁵ “Le ordinanze contingibili ed urgenti, sia che si rivolgano a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi” Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 04 gennaio 1977 n. 4.

²⁵⁶ Il principio di legalità “va annoverato fra gli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto e, anzi, si rappresenta come una delle basi fondative dello stesso”. Così STANCATI P., *Legalità (Principio di)*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica*, cit., Vol. VIII, p. 689. Inteso nella sua accezione formale, il principio di legalità esige che l'attribuzione del potere alla pubblica amministrazione trovi il suo fondamento - e quindi il suo limite - in una norma di rango primario la cui violazione comporta l'illegittimità dell'azione amministrativa. “Diversamente interpretato nel suo significato sostanziale, esso richiede che l'intervento del legislatore sia diretto a determinare in concreto i presupposti, le modalità e le condizioni in presenza dei quali possano essere limitati da parte della pubblica autorità i diritti e le libertà dei singoli individui. Il principio di legalità rappresenta, dunque, un limite al potere esecutivo nell'esercizio della sua funzione amministrativa.” Così e per un approfondimento v. CASALENA P.G., *Riserva di legge*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica*, Vol. XIII, Milano, 2007, p.610. Sul punto v. anche CARLASSARE L., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX Vol., 1990 e FOIS S., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur.*, XXIII Vol., 1973, pp. 659 ss.

²⁵⁷ Il principio di legalità, espressamente statuito ex art. 97 cost. in materia di organizzazione dei pubblici uffici, ma pacificamente ritenuto parametro di legittimità – *rectius*: presupposto indefettibile di attribuzione di

stesso fonte di deroga (*rectius*: essere abilitato dalla legge stessa a derogare) a regole e principi statuiti all'interno di norme costitutive dell'ordinamento giuridico.

Invero, per comprenderne appieno l'*ubi consistam* risulta necessario evidenziare che il potere di ordinanza ben può rivolgersi, lungo una differente linea direttrice, immediatamente verso l'attuazione di previsioni contemplate all'interno di norme di legge, così da costituire strumento di concretizzazione del principio colà dettato in termini generali ed astratti, ovvero presiedere alla predisposizione di strumenti necessari per la risoluzione di situazioni di emergenza²⁵⁸.

Nel primo caso, si è soliti qualificare il potere di ordinanza con l'attributo di "ordinario" mentre, nella seconda ipotesi, si assiste al più complesso fenomeno delle ordinanze di necessità (in senso proprio) ovvero delle c.d. ordinanze contingibili ed urgenti.

Mediante l'esercizio del potere ordinario di ordinanza, l'amministrazione si limita semplicemente a conferire attualità e concretezza ad una disposizione normativa perfetta che, cioè, contiene e descrive compiutamente tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie al ricorrere della quale si correla l'applicazione di un certo regime giuridico²⁵⁹.

pubbliche potestà – dell'attività amministrativa, è stato oggetto di un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza da ultimo sfociato nella attestazione della esistenza di approcci ermeneutici irriducibili ad unità. Per un approfondimento v. CARIOLA A., *Pubblica Amministrazione (Principi Costituzionali sulla)*, in in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto, cit.*, Vol XII, Milano, 2007, pp. 514 ss. Invero, nelle sue diverse accezioni, è stato rilevato che: "in senso debolissimo, il principio di legalità vieta che l'attività amministrativa possa svolgersi in contrasto con il parametro legislativo, consentendo per converso all'amministrazione tutto ciò che non sia impedito dalla legge; in senso debole, il principio di legalità sta ad indicare la necessità di un fondamento normativo per gli atti e l'attività della P.A. (si parla, sotto questo profilo, anche di legalità in senso formale); infine, in senso forte, il principio di legalità impone alla p.a. di rispettare la disciplina legislativa nell'esercizio dell'azione amministrativa (legalità in senso sostanziale)". Così GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008, p. 386. Nello stesso senso v. MARTINES T. (a cura di) SILVESTRI G., *Diritto costituzionale*, Milano, 1998, p. 440. Nel descrivere i tratti caratteristici del principio di legalità, inteso nelle sue diverse accezioni, parla di non contraddittorietà dell'atto amministrativo rispetto alla legge, ovvero di conformità formale o, vieppiù, di conformità sostanziale, CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, pp. 42 ss.

²⁵⁸ Secondo accorta dottrina, "I poteri di emergenza o di necessità e urgenza possono essere distinti in quattro classi di diritto obiettivo, ai quali corrisponde non solo la tradizione degli studi di teoria generale del diritto, di diritto costituzionale e di diritto amministrativo degli ultimi due secoli, ma anche differenti piani di collocazione dei poteri di emergenza tra fonti del diritto e conseguentemente degli atti che da tali poteri scaturiscono. La prima classe è data dagli studi sul diritto non scritto e dalle elaborazioni sul potere costituente, ove si è distinto tra fenomenologia giuridica della rivoluzione o del colpo di stato. Una seconda classe, non sempre distinta dalla precedente, si afferma con le analisi sulla sospensione dei diritti costituzionali, un tempo già studiata congiuntamente alla prima sotto la denominazione dello Stato di assedio interno o civile instaurato dal governo contro fermenti politico-sociali o a seguito di fenomeni naturali. Tra le emergenze previste da norme scritte si annovera invece - come terza classe - il decreto legge dopo la legge del 1926 (l. 31 gennaio 1926 n. 100; l. 19 gennaio 1939, n. 129; art. 77 Cost.) nonché i poteri straordinari del governo in tempo di guerra (c.p.m.g.; art. 78 Cost.), da cui si distinguono come quarta classe la grande famiglia delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza, talvolta denominate anche, secondo il ceppo originario dei poteri locali di emergenza, come ordinanze contingibili ed urgenti" Così CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.* 2005, 4, p. 777.

²⁵⁹ "Le ordinanze ordinarie possono essere utilizzate anche per differenziare le forme di contrasto a comportamenti altrimenti qualificati come illeciti. Ciò accade ogni qualvolta la finalità della tutela che caratterizza le ragioni della qualificazione illecita disposta da altre norme ordinarie è condivisa anche dall'autorità amministrativa. In questo caso, l'esercizio del potere di ordinanza consente di differenziare le

In tali casi, l'ordinanza normalmente interviene per precisare concretamente i contenuti ovvero indicare i destinatari del precetto primario²⁶⁰.

Si assiste, cioè, all'esercizio di un tipico potere amministrativo, reso in ossequio ai principi di legalità, tipicità e nominatività degli atti amministrativi.

Diversamente, le ordinanze c.d. di necessità intervengono a fronte di una situazione di straordinarietà²⁶¹ (intesa in senso lato) e sono naturalmente deputate alla gestione e risoluzione della conseguente, provvisoria²⁶², situazione di emergenza²⁶³ in via di fatto ingeneratasi.

Si è soliti distinguere, in tali occasioni, due diversi tipi di provvedimenti di necessità²⁶⁴: le c.d. ordinanze di necessità (*strictu sensu* intese) e le cosiddette ordinanze contingibili ed urgenti²⁶⁵.

La prima categoria annovera il complesso dei provvedimenti di urgenza espressamente previsti dall'ordinamento al fine di superare una situazione di emergenza²⁶⁶ mediante l'adozione di misure chiamate a derogare alla puntuale disciplina posta a regolamentazione di una data fattispecie in condizioni di normalità.

modalità del contrasto al comportamento qualificato illecito da altre norme o nell'esercizio di differenti poteri, rafforzando i termini del contrasto o predisponendo più articolate forme di reazione dei pubblici poteri. In questo primo ambito, si può parlare di ordinanza tutte le volte in cui il provvedimento amministrativo dell'autorità deriva il proprio contenuto da pregressi diritti o potestà tipici dei quali essa costituisce concretizzazione o esercizio, come accade, ad esempio, per la chiusura dell'accesso al pubblico alla proprietà comunale o per la regolamentazione del traffico o del commercio". Così NOBILE R., *Le ordinanze*, cit.

²⁶⁰ "La funzione di questa tipologia di ordinanze è evidente: localizzare il precetto in singoli casi determinati mediante un processo logico inverso a quello di sussunzione. In altri termini, una prima funzione delle ordinanze è quella di individuare in concreto singoli e determinati destinatari di un precetto generale ed astratto ordinalmente già previsto". Così NOBILE R., *Le ordinanze*, cit.

²⁶¹ Per un primo approccio v. MARZUOLI C., *Il Diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in www.regione.emilia-romagna.it/geologia/forum/showAttachment.asp?id=509.

²⁶² Cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 20 gennaio 2009, n. 47.

²⁶³ Per una disamina, anche in chiave comparata, del rilievo della nozione di emergenza in diritto pubblico v. SIMONCINI M., *Introduzione alla nozione di emergenza nel diritto amministrativo. Il caso inglese*, in www.federalismi.it.

²⁶⁴ Diversa consistenza assume la nozione di necessità intesa quale fonte del diritto, "elemento intrinseco e legittimante di un'attività che senza di esso sarebbe contraria al sistema legale delle fonti...Per meglio intendere la natura di fonte del diritto della necessità, appare opportuno distinguerla dallo stato di necessità, che è normalmente previsto negli ordinamenti giuridici quale condizione o presupposto per l'emanazione di un atto o il compimento di un'attività in deroga all'ordine prestabilito delle competenze....La necessità come fonte opera, invece, al di fuori od anche contro l'ordinamento e si riconnette strettamente ad un fatto (o ad una situazione di fatto) che ha la forza di imporsi per se stesso come normativo. In altri termini, la necessità diviene fonte del diritto quando occorre far fronte a situazioni eccezionali, non previste né prevedibili, al fine di salvaguardare i valori essenziali dell'ordinamento". Così MARTINES T. (a cura di) SILVESTRI G., *Diritto costituzionale*, cit., pp. 69 ss. Per un riferimento al rapporto tra necessità quale fonte fatto e i presupposti di necessità ed urgenza relativi all'esercizio della decretazione governativa v. CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit, p.780.

²⁶⁵ "Onde la distinzione, corrente nella dottrina, tra "atti" necessitati e "ordinanze" necessitate; i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni". Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 04 gennaio 1977 n. 4.

²⁶⁶ Per un approfondimento v. SALVIA F., *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, pp. 763 ss.

Nel caso delle ordinanze c.d. di necessità o necessitate²⁶⁷ (ovvero, semplicemente, di urgenza), il legislatore contempla uno specifico regime giuridico che abilita l'amministrazione a derogare a norme di legge conformando direttamente il contenuto del provvedimento di urgenza a parametri predeterminati²⁶⁸.

La deroga al regime ordinario, deputato alla disciplina di quella categoria di eventi in condizioni di normalità, opera cioè nel pieno rispetto del principio di legalità e di tipicità perché il legislatore, lungi dal limitarsi semplicemente ad indicare i presupposti di attribuzione della potestà ordinatoria, vieppiù ne prevede espressamente la tipologia e consistenza²⁶⁹.

Diversamente, le ordinanze contingibili ed urgenti²⁷⁰, anch'esse naturalmente preordinate alla gestione di una situazione di emergenza²⁷¹, integrano l'ipotesi in cui le norme di legge²⁷² permettono l'adozione di provvedimenti amministrativi autoritativi, finalizzati alla cura di un interesse generale²⁷³ e mai particolare²⁷⁴, abilitati a derogare temporaneamente²⁷⁵ all'ordinario

²⁶⁷ Cfr. NOBILE R., *Le ordinanze*, cit.

²⁶⁸ Sul punto v. GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 51.

²⁶⁹ "Il carattere derogatorio si inverte solo con riferimento alla norma che stabilisce il contenuto tipico del provvedimento in condizioni di normalità. Peraltro mantenendo – e questa è la caratterizzazione saliente delle ordinanze de quibus – un contenuto comunque tipico e quindi pienamente rispettoso del principio di legalità dell'azione amministrativa e di tipicità dei provvedimenti della pubblica amministrazione". Così NOBILE R., *Le ordinanze*, cit.

²⁷⁰ Dette anche "ordinanze libere", idonee, nel concorso di determinati presupposti, ad affievolire i diritti soggettivi dei cittadini, garantiti dalla Costituzione, ad interessi legittimi. Sul punto Cfr. *Cassazione SS.UU. sentenza 16 giugno 1958, n. 2068* e *Corte Costituzionale, sentenza 23 maggio 1961 n. 26*.

²⁷¹ "È illegittimo l'utilizzo dell'ordinanza contingibile e urgente ex art. 54, d.lg. 18 agosto 2000 n. 267, non per porre rimedio ad una situazione eccezionale di pericolo per la salute pubblica, ma per porre rimedio all'inadempienza della società lottizzante in ordine al mancato completamento delle opere di urbanizzazione primaria entro il termine massimo di 10 anni previsto dall'articolo 28 della l. 17 agosto 1942 n. 1150 (nella fattispecie, il comune ha illegittimamente preteso di risolvere, attraverso l'adozione dell'ordinanza contingibile e urgente, il problema della mancanza o incompletezza dell'impianto di depurazione fognario, ponendo a carico del ricorrente condominio, soggetto estraneo agli obblighi scaturiti dalla convenzione di lottizzazione, gli oneri per il servizio di smaltimento delle acque)". Così T.A.R. *Sardegna Cagliari, sez. II, 26 gennaio 2009, n. 89*.

²⁷² "Norme sulla competenza che definiscono la caratterizzazione soggettiva dell'organo legittimato e la causa tipica della funzione". Così NOBILE R., *Le ordinanze*, cit.

²⁷³ Le ordinanze contingibili ed urgenti "costituiscono le valvole di sicurezza del sistema, gli strumenti che consentono per i casi d'urgenza di curare il pubblico interesse con le misure che appaiono più opportune secondo le circostanze". Così TESSARO T., *Ordinanze contingibili e urgenti e provvisoriarietà della misura adottata*, in www.aesa2000.it/numero_12_2004.pdf

²⁷⁴ Cfr. T.A.R. *Campania, sentenza 08 febbraio 2006 n. 1776*. Per un approfondimento sul punto v. CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 179 che sottolinea la possibile integrazione, ricorrendone tutti i presupposti, del reato di cui all'art. 323 c.p. In merito v. anche CAMPANARO C., *Rapporto tra il reato di abuso di ufficio ex art. 323 c.p. e l'utilizzo illegittimo di ordinanze extra ordinem in materia ambientale e di tutela giuridica degli animali: analisi e disciplina giuridica*, in www.simoline.com/clienti/dirittoambiente/file/animali_articoli_163.pdf

²⁷⁵ "È illegittima l'ordinanza contingibile e urgente con la quale è ordinata la demolizione di un manufatto motivandola con ragioni di igiene, perché a prescindere dai profili di deficienza motivazionale, si tratta di un provvedimento dotato delle caratteristiche della definitività e stabilità, e non della contingibilità, emanata per fronteggiare una situazione che, in mancanza di indicazioni contrarie contenute nel provvedimento addotto dalla p.a., deve ritenersi prevedibile e permanente". Così T.A.R. *Calabria Catanzaro, sez. II, 20 gennaio 2009, n. 47*. Va però precisato che "non è principio indefettibile quello che prevede, per le ordinanze contingibili e urgenti, l'apposizione di un termine finale. Infatti, se la situazione di pericolo non è generata da una causa

regime giuridico²⁷⁶ secondo un modello non ancorato alla preventiva determinazione del contenuto in ossequio al principio di tipicità²⁷⁷ e nominatività²⁷⁸.

Si tratta, cioè, di rimedi straordinari, fonte di eccezione non a singole norme giuridiche²⁷⁹ ma espressione di “deroga al diritto”²⁸⁰, i cui tratti caratteristici sono da rinvenire nella urgenza del provvedere²⁸¹ – rectius: nella contingibilità²⁸² – e nella provvisorietà²⁸³ della situazione di emergenza²⁸⁴ da affrontare e risolvere²⁸⁵.

destinata ad esaurirsi nel tempo ad una prevedibile scadenza, la cessazione degli effetti del provvedimento ben può essere ancorata, allora, ad un mutamento sostanziale della situazione di fatto, tale da non richiedere più le cautele che motivarono l'adozione del provvedimento”. Così Consiglio di Stato, 30 giugno 2011, n. 3922.

²⁷⁶ Invero, “l'esistenza di un'apposita disciplina che regoli, in via ordinaria, determinate situazioni non preclude, infatti, l'esercizio del potere di ordinanza contingibile ed urgente... quando la necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza a tutela del bene pubblico dalla legge indicato sia tanto urgente da non consentire il tempestivo utilizzo dei rimedi ordinari offerti dall'ordinamento”. Così Consiglio di Stato, 15 aprile 2004, n. 2144.

²⁷⁷ “L'atipicità contenutista di tali provvedimenti, che deroga al principio di legalità sostanziale per consentire maggiore duttilità all'azione dell'amministrazione, si giustifica, all'esito di un complessivo bilanciamento dei valori, soltanto se sussistono effettivamente tutte le note identificative delle predette ordinanze tradizionalmente riferite ai caratteri della contingibilità e provvisorietà”. Sul punto v. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 20 gennaio 2009, n. 47. Con riferimento al contenuto delle ordinanze contingibili ed urgenti parla di “atipicità/indeterminatezza/elasticità contenutistica” CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 177.

²⁷⁸ Sul punto v. GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 51.

²⁷⁹ Invero, “Le ordinanze che consentono la deroga ad interi corpi normativi, devono ritenersi illegittime”. Così Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 14 gennaio 2004 n. 1. Nello stesso senso v. Consiglio di Stato, sentenza 3 febbraio 1998 n. 197; Corte Costituzionale, sentenza 5-14 aprile 1995 n. 127.

²⁸⁰ Cfr. NOBILE R., *Le ordinanze*, cit.

²⁸¹ Proprio in ragione della imprescindibile sussistenza dell'urgenza del provvedere, tradizionalmente si ritiene che “Le ordinanze contingibili e urgenti, emesse ai sensi dell'art. 54, comma 2, d.lg. 267/2000, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini non devono essere precedute dall'avviso dell'avvio del procedimento, quando sussistono ragioni di impedimento derivanti dalle particolari esigenze di celerità del procedimento, attesa la logica sovraordinazione dell'esigenza di tutela immediata dell'incolumità pubblica sull'interesse del soggetto inciso dall'atto amministrativo di avere conoscenza dell'inizio del procedimento” Così T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 27 marzo 2009, n. 1650. Nello stesso senso v. T.A.R. Campania, Sezione VII, 8 giugno 2007, n. 6049; Consiglio di Stato, Sezione V, 13 agosto 2007, n. 4448 e T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20 marzo 2009, n. 537 per il quale “in tema di poteri prefettizi, il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 2, r.d. 18 giugno 1931 n. 773, non deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241”. In senso contrario v. però T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 02 gennaio 2008, n. 3 secondo cui “Le ordinanze emesse ai sensi dell'art. 54, d.lg. n. 267 del 2000 - ex art. 38, l. n. 142 del 1990 - non sono esenti dagli obblighi in materia di comunicazione dell'avvio di procedimento” e ciò perché, in realtà, “per giurisprudenza consolidata le esigenze di celerità che consentono di prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento, devono integrare “un'urgenza qualificata” in relazione all'interesse pubblico sotteso al provvedimento emanando; tale urgenza deve essere valutata in concreto, sulla base della specifica situazione di fatto, non essendo desumibile in astratto dalla particolare tipologia del provvedimento da adottare”. Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20 marzo 2009, n. 537. Nello stesso senso v. anche TAR Liguria, 1[^], 14 giugno 2007 n. 1119; *id.*, 21 novembre 2005 n. 1493; *id.*, 7 luglio 2005 n. 1026; *id.*, 7 aprile 2005 n. 449. Diversamente, per un caso concreto di carenza dei presupposti che, però, non mette in discussione il principio della legittima omissione della comunicazione dell'avvio del procedimento v. T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 06 marzo 2007, n. 637. Sul punto v. anche VICONTE G., *Ordinanze di necessità ed urgenza*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica*, cit., Vol. X, p. 499.

²⁸² Intesa come urgente necessità di provvedere per fare fronte, con efficacia ed immediatezza, a situazioni non prevedibili di pericolo attuale od imminente per la tutela di interessi pubblici rilevanti. Cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 20 gennaio 2009, n. 47. Invero, “quanto al profilo della contingibilità, la giurisprudenza ha osservato che l'intervento disposto con l'ordinanza sindacale non deve avere necessariamente il carattere della provvisorietà, giacché il suo connotato peculiare è l'adeguatezza della misura a far fronte alla situazione

Invero, l'attitudine a imprimere un regime giuridico differente da quello ordinario, previsto da norme anche di rango primario, ha fatto dubitare circa la natura giuridica degli atti in questione.

Diverse le opzioni ermeneutiche susseguitesi.

In base ad un primo approccio, le ordinanze contingibili ed urgenti²⁸⁶, contraddistinte normalmente dai caratteri della generalità ed astrattezza, sarebbero inquadrabili all'interno delle fonti normative di rango secondario (formalmente amministrative ma, appunto, sostanzialmente normative)²⁸⁷.

La capacità, poi, di derogare anche a principi dettati dalla legge ha indotto a ritenere che tali fonti del diritto, atipiche perché contraddistinte da tratti caratteristici del tutto peculiari ed inusuali, assumerebbero anche, contingentemente, forza di legge²⁸⁸ ancorché non potrebbero

determinata dall'evento straordinario, il che non rende possibile la fissazione astratta di un rigido parametro di valutazione, imponendo invece la valutazione in concreto della soluzione adottata in ragione della natura del rischio da fronteggiare". Così Consiglio di Stato, 10 febbraio 2010, n. 670. Nello stesso senso v. anche Consiglio di Stato., sez. V, 9 febbraio 2001, n. 580; Consiglio di Stato sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4402; Consiglio di Stato, 16 ottobre 2003, n. 6168. Infine, sul punto v. T.A.R. Catania, 29 settembre 2011, n. 2371.

²⁸³ Intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporale normalmente limitata. Cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 20 gennaio 2009, n. 47 e Consiglio Stato, sez. VI, 09 febbraio 2001, n. 580. Precisa, poi, T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 22 settembre 2008, n. 1303 che "l'ordinanza contingibile ed urgente, essendo per sua natura a carattere eccezionale e temporaneo, deve essere adottata nei soli casi in cui risulti oggettivamente inevitabile il ricorso a strumenti straordinari, atteso che il potere di ordinanza non può assumere, in relazione al suo scopo, carattere di continuità e di stabilità degli effetti per fronteggiare situazioni di fatto che, per il loro carattere prevedibile e non eccezionale, ben avrebbero potuto essere risolte con gli ordinari strumenti a disposizione della autorità sindacale ovvero mediante la tempestiva predisposizione di adeguate misure di carattere ordinario".

²⁸⁴ "La ricorrenza delle condizioni di necessità ed urgenza "costituisce condicio iuris" attinente all'insorgenza del potere stesso e non alle modalità di esercizio" Così Cass. Civ. SS.UU., sentenza 06 luglio 1974 n. 1978.

²⁸⁵ "È annullabile, per difetto dei requisiti dell'urgenza e della sussistenza di un grave pericolo per la pubblica incolumità, l'ordinanza contingibile e urgente emessa dal Sindaco a norma dell'articolo 38 della legge 142/90, ora all'art. 54, comma 2, d.lg. n. 267/2000 al fine di indurre l'amministrazione provinciale a provvedere alla pulizia dei tratti di strada provinciale ricadenti nel territorio del Comune, in quanto adottata impropriamente per sollecitare un intervento di ordinaria manutenzione delle strade provinciali, costituendone la pulizia dalla vegetazione un fatto non certo eccezionale ed imprevedibile". Così T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 07 novembre 2008, n. 1484.

²⁸⁶ Per un approfondimento dei tratti caratteristici v. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nuovissimo Digesto*, XII Vol., 1965, pp. 89 ss.;

²⁸⁷ Con riferimento all'art. 2 T.U.L.P.S. Corte Costituzionale, sentenza 23 maggio 1961 n. 26 ha avuto modo di precisare che tale norma "conferisce al Prefetto poteri che non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alla attività degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione. Difatti, anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo, i provvedimenti prefettizi ex art. 2, ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi"; invero, essi sono legittimi quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie indicate dalla stessa Consulta con sentenza n. 8/56.

²⁸⁸ Invero, secondo la Corte Costituzionale, adita allo scopo di chiarire se l'art. 2 della legge di pubblica sicurezza, attribuendo al Prefetto il potere di adottare, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, sia in contrasto con le norme della Costituzione (artt. 76 e 77) che determinano rigidamente la procedura della formazione delle leggi e degli atti aventi valore di leggi, o comunque sovverta l'ordinamento dei pubblici poteri con menomazione della

comunque giammai assurgere ad atti aventi, propriamente, valore di legge²⁸⁹ perché pacificamente soggette comunque al sindacato del giudice amministrativo²⁹⁰ alla stregua di atti di alta amministrazione²⁹¹.

Secondo una differente ricostruzione, il potere di ordinanza difetterebbe del requisito dell'innovatività²⁹², non essendo i provvedimenti adottati in situazione di emergenza comunque idonei ad apportare una modifica permanente e/o abrogazione di norme preesistenti. La deroga al diritto, infatti, opera esclusivamente in via temporanea; cessata l'emergenza, automaticamente si assiste alla reviviscenza della disciplina ordinaria eventualmente momentaneamente "disapplicata", così venendo meno per il futuro la diversa

sfera di attribuzione del legislativo e della libertà dei cittadini, ha avuto modo di affermare già molti anni addietro che *"i provvedimenti in questione - non i soli di questo genere previsti nel nostro ordinamento - hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico. Secondo questa interpretazione, che pone in risalto il significato attuale della norma, questa non appare in contrasto con i principi costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i provvedimenti amministrativi adottati dal Prefetto, anche se talvolta valgono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti. Nel quadro della esposta interpretazione, l'esercizio di queste facoltà del Prefetto non viene a sovvertire l'ordinamento dei pubblici poteri, restando tali provvedimenti nella legittima sfera delle attribuzioni dell'autorità amministrativa locale"*. Così Corte Costituzionale sentenza 20 giugno 1956 n. 8. Sul punto v. anche CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., p.785.

²⁸⁹ Cfr. CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 337. Invero, *"le cd. ordinanze extra ordinem non hanno carattere di fonti primarie dell'ordinamento giuridico, attesa la loro efficacia meramente derogatoria, e non innovativa, nell'ordinamento medesimo"*. Così Consiglio di Stato, sez.IV, 28 ottobre 2011 n. 5799.

²⁹⁰ È fuor di dubbio che gli artt. 24 e 113 cost., i quali esprimono principi fondamentali del nostro sistema costituzionale, debbano avere, come è stato dalla Corte Costituzionale ripetutamente avvertito, rigorosa applicazione a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari. *"Tuttavia ciò non significa che il cit. art. 113, interpretato nel suo complesso, intenda assicurare in ogni caso contro l'atto amministrativo una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile, essendo invece rimesso al legislatore ordinario, per l'esplicito disposto del terzo comma, di regolare i modi e l'efficacia di detta tutela (cfr. sent. nn. 87 del 1962, 161 del 1971). È indispensabile, però, affinché il ricordato precetto costituzionale possa dirsi rispettato, che la norma, la quale si discosti dal modello accolto in via generale per l'impugnazione degli atti amministrativi, sia improntata a ragionevolezza e adeguatezza. Da tale principio non si può prescindere neppure nei casi di pubbliche calamità, che non possono mai giustificare l'inosservanza dei precetti costituzionali: ciò importa, tra l'altro, che ai sensi dei citt. artt. 24 e 113 Cost., va assicurata al privato contro gli atti della pubblica amministrazione una tutela la quale, per quanto variamente strutturata in relazione all'eccezionalità degli avvenimenti, sia pur sempre idonea a fornire una congrua garanzia, indefettibile in uno Stato di diritto, contro abusi ed eccessi"*. Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 26 marzo – 3 aprile 1987 n. 100.

²⁹¹ Esclusa la natura di "atto politico", *"il giudice amministrativo, nell'esercizio del proprio sindacato, deve tenere conto sia della natura di "atto di alta amministrazione" delle ordinanze in esame – e conseguentemente della ampia discrezionalità della quale gode l'amministrazione – sia delle particolari circostanze (situazioni di calamità che richiedono urgenza nell'agire) che fungono da presupposto dell'atto adottato"*. Così Consiglio di Stato, sez.IV, 28 ottobre 2011 n. 5799.

²⁹² *"Le ordinanze prefettizie, 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"*. Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 04 gennaio 1977 n. 4.

regolamentazione contemplata all'interno dell'atto di necessità²⁹³. Si tratterebbe, quindi, di provvedimenti formalmente e sostanzialmente amministrativi²⁹⁴.

Per una tesi intermedia, infine, sarebbe impossibile effettuare alcuna generalizzazione²⁹⁵ dovendo, al contrario, valutare, volta per volta, la natura normativa ovvero amministrativa dell'ordinanza emanata²⁹⁶.

L'attitudine alla deroga di norme di legge²⁹⁷, qualunque sia la natura giuridica del potere di ordinanza, si ritiene, comunque, non possa spingersi oltre la soglia delle materie per la cui disciplina viene costituzionalmente prevista una riserva di legge²⁹⁸ relativa²⁹⁹, ovvero allorquando l'interesse tutelato appare soddisfatto con la determinazione legislativa di una disciplina solo di principio³⁰⁰, così permettendone l'attuazione mediante l'impiego di fonti secondarie; a fronte, cioè, di materie il cui regime giuridico soggiace al principio di riserva di legge assoluta³⁰¹, prodromico alla tutela di diritti e libertà fondamentali, viene meno la

²⁹³ “Si tratta di un fenomeno analogo a quello che si verifica con riguardo al rapporto intercorrente tra norma comunitaria e norma nazionale”. Così CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 2005, p. 181

²⁹⁴ Aderisce a tale ricostruzione l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici che, con propria determinazione n. 01/2004 ha precisato che le ordinanze *de quibus* sono “provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità; quella di ordinanza è pertanto la potestà di creare provvedimenti atipici al di fuori della previsione normativa e necessariamente derogatori, sebbene non contraddistinti da un'assoluta libertà di scelta”.

²⁹⁵ “Aderendo a quest'ultima impostazione, è da precisare che affinché l'ordinanza contingibile ed urgente non diventi un atto generale ed astratto e dunque una vera e propria norma è necessario che le prescrizioni della stessa siano le più precise e puntuali possibili. L'ordinanza dovrebbe perciò vietare: 1) comportamenti e condotte ben determinate su talune porzioni sufficientemente individuate o individuabili del territorio comunale (e non su tutto il territorio); 2) determinare o rendere facilmente determinabile i soggetti destinatari della stessa che si siano già previamente segnalati per la loro pericolosità sociale; 3) non innovare l'ordinamento (ri)penalizzando condotte che l'ordinamento considera lecite”. Così SALCUNI G., “Ondate” securitarie e “argini” garantistici: il declino della riserva di legge nelle (il)logiche scelte del pacchetto sicurezza, in *Cass. pen.* 2009, p. 2684

²⁹⁶ “Occorre dunque far ricorso ad un criterio fattuale, analizzando i singoli casi per valutare se l'ordinanza intenda introdurre una norma generale ed astratta, derogatoria della legge; oppure se, diretta a regolamentare un singolo caso concreto, comunque in deroga la principio di tipicità, mantenga la natura di atto amministrativo”. Così GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 55. Per un approfondimento in relazione alle diverse teorie emerse in ordine alla natura giuridica delle ordinanze contingibili ed urgenti v. CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 180 ss.

²⁹⁷ “Le ordinanze che consentono la deroga ad interi corpi normativi, devono ritenersi illegittime”. Così Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 14 gennaio 2004 n. 1. Nello stesso senso v. Consiglio di Stato, sentenza 3 febbraio 1998 n. 197; Corte Costituzionale, sentenza 5-14 aprile 1995 n. 127.

²⁹⁸ “Si ha una riserva di legge quando una norma costituzionale riserva, appunto, alla legge la disciplina di una determinata materia, escludendo pertanto che possa essere fatta oggetto del potere regolamentare del governo”. Così MARTINES T. (a cura di) SILVESTRI G., *Diritto costituzionale*, cit., 488. Sul punto v. anche BALDUZZI R., SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. Giur.*, XL Vol., 1989, pp. 1207 ss.

²⁹⁹ Secondo parte della dottrina si ritiene che “la riserva relativa finisca col confondersi con il principio di legalità in senso sostanziale, dal momento che delimita l'intervento dell'esecutivo consentendone la discrezionalità solo nell'ambito dei parametri fissati dalla legge”. Così e per un approfondimento v. CASALENA P.G., *Riserva di legge*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica*, cit., p. 610.

³⁰⁰ Cfr. MARTINES T. (a cura di) SILVESTRI G., *Diritto costituzionale*, cit., p. 492.

³⁰¹ Con riferimento alle ordinanze prefettizie emanate ex art. 2 T.U.L.P.S. “nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione”. Così Corte Costituzionale, sentenza 23 maggio 1961 n. 26. sul punto v. anche CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 179.

possibilità di predisporre una regolamentazione differenziata, ovvero la sospensione temporanea³⁰² della disciplina ordinaria, mediante l’emanazione di provvedimenti contingibili ed urgenti³⁰³.

Invero, non poche perplessità assalgono l’interprete nell’individuare, con nettezza, la linea di confine tracciata in Costituzione tra le diverse ipotesi di riserva di legge colà contemplate e ciò, in particolare, allorquando non sia possibile rinvenire elementi testuali univoci³⁰⁴.

V’è comunque da precisare che, ancorché limitata alle sole materie attratte nell’orbita della riserva relativa³⁰⁵, la possibilità di previsione di una deroga alla disciplina ordinaria mediante

³⁰² La sospensione dei diritti costituzionali mediante un apposito atto legislativo, a fronte di una situazione straordinaria di emergenza, costituisce oggetto di ampio dibattito in dottrina giammai sopito perché capace di involgere i principi di fondo che presiedono ad un modello di salvaguardia delle libertà fondamentali incentrato su di un nucleo duro di valori e principi che devono essere ad ogni costo preservati e difesi perché il loro possibile, (ancorché solo momentaneo), disconoscimento, dovuto all’introduzione di misure temporanea finalizzate a contrastare una situazione di pericolo, equivale semplicemente alla loro sconfitta, allo loro soggezione al male contrastato. Per una disamina delle questioni più significative in materia v. ALBANELLO C., *Misure urgenti per la tutela dell’ordine democratico e della sicurezza pubblica*, in *Giurisprudenza di Merito*, I, 1981, 276 ss.; BARAK A., *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 3385 ss.; BARONE A., *La difesa nazionale nella Costituzione*, in *Diritto e Società, Parte I*, 1987, 643 ss.; BARONE A., *La difesa nazionale nella Costituzione*, in *Diritto e Società, Parte II*, 1988, 1 ss.; BATTAGLINI G., *Convenzione europea, misure d’emergenza e controllo del giudice*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1982, 404 ss.; BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; BON VALSASSINA M., *Profilo dell’opposizione anticostituzionale nello Stato contemporaneo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957, 531 ss.; CARNEVALE P., *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell’attualità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 4509 ss.; CECCANTI S., *L’Italia non è una democrazia protetta, ma la Turchia e la Corte di Strasburgo non lo sanno*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, 2113 ss.; FRANCIOSI G., *Emergenza terrorismo e diritti di libertà*, in *Quaderni Costituzionali*, I, 2002, 77 ss.; RIDOLA P., *Diritti di Libertà e Costituzionalismo*, Torino, 1997; VALENTINI M., *Sicurezza nazionale, sicurezza della Repubblica* in *Per Aspera ad Veritatem*, n° 22/02, in www.sisde.it.

³⁰³ Perplessità sorgono, poi, in relazione alla possibilità di configurare una deroga al diritto comunitario mediante l’adozione di ordinanze di necessità. La questione è stata poco dibattuta in dottrina e giurisprudenza ed è stata invero affrontata con riferimento all’adozione di provvedimenti contingibili ed urgenti capaci di aggirare la disciplina comunitaria dettata in materia di appalti. Sul punto cfr. *T.A.R. Puglia, sez II, 25 febbraio 1997 n. 208*. Invero, se la giurisprudenza sembra aderire alla tesi della astratta capacità di deroga al diritto comunitario, la dottrina si colloca diversamente in posizione avversa in considerazione del pacifico riconoscimento della primazia del diritto comunitario capace di soccombere solo a fronte di principi fondamentali di rango costituzionale. Sul punto, *ex multis: Corte Costituzionale, 31 ottobre 2007, n. 348*. Vieppiù, accorta dottrina sottolinea come, nel caso di specie, difetterebbero i requisiti minimi di giustificazione dell’attivazione del potere di ordinanza a fronte di un’emergenza la cui risoluzione comporti la necessità di eseguire lavori o richiedere approvvigionamenti da parte della P.A. mediante procedura d’urgenza. In tali casi, infatti, è la stessa disciplina comunitaria in materia di procedure di evidenza pubblica a prevedere strumenti idonei al conseguimento dello scopo (es. ricorso alla trattativa privata), talché non sarebbe possibile invocare, a giustificazione del potere d’ordinanza, la carenza, all’interno dell’intero ordinamento giuridico, di una disciplina ad hoc. Sul punto v. CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo, cit.*, p. 121. Nello stesso senso v. GAROFOLI R, FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, p. 52. Per un approfondimento v. SALAMONE V., *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰⁴ “Generalmente si ritiene che quando il costituente impiega espressioni quali “nei soli casi e modi previsti dalla legge”, “per legge” o “in forza di una legge”, le riserve siano assolute; al contrario, in presenza di formule del tipo “in base alla legge”, “secondo disposizioni di legge” o simili, la riserva debba considerarsi relativa”. Così CASALENA .P.G., *Riserva di legge*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica*, cit., p.609. Per un approfondimento v. MARTINES T. (a cura di) SILVESTRI G., *Diritto costituzionale*, cit., p. 491 ss.

³⁰⁵ “Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula “in base alla legge” o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell’art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all’Autorità amministrativa l’emanazione di atti anche normativi,

ordinanze contingibili ed urgenti ben può investire posizioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi perfetti costituzionalmente riconosciuti³⁰⁶ che, naturalmente, godono di una tutela non assoluta, bensì conforme ai limiti ad essi coesenziali³⁰⁷, tali da consentire l'esplicarsi di una regolamentazione necessaria ad assicurare condizioni di libera e pacifica convivenza tra i consociati e, più in generale, di prevenzione dell'esposizione a pericolo dei beni giuridici ritenuti essenziali, in un determinato momento storico, all'interno della società civile³⁰⁸.

purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito. E, pertanto, nulla vieta che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere". Così Corte Costituzionale, sentenza 23 maggio 1961 n. 26.

³⁰⁶ *"Pertanto le ordinanze prefettizie in parola sono emanabili anche in materia di libera iniziativa economica e di diritto di proprietà, salvo il riscontro in concreto del rispetto dei limiti posti all'esercizio del relativo potere, fra i quali quello dell'adeguatezza del provvedimento ed i presupposti dell'urgenza e della grave necessità ed urgenza, considerati sotto il profilo della sicurezza e dell'ordine pubblici ai quali, cioè, in mancanza della ordinanza di urgenza, stia per venire un pericolo".* Così T.A.R. Lazio, Sez. I, 11 gennaio 1989 n. 1.

³⁰⁷ *"I provvedimenti emanati sulla base dell'art. 2 possono, in ipotesi, toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini, garantiti dalla Costituzione (libertà di pensiero, di religione, di circolazione, ecc.). Ma il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente".* Così Corte Costituzionale sentenza 20 giugno 1956 n. 8. Invero, tali affermazioni sono state meglio precisate da Corte Costituzionale, sentenza 23 maggio 1961 n. 26 secondo cui *"Da qualche parte, nel giudizio attuale, è stato detto che secondo quella sentenza sarebbe possibile emanare provvedimenti, in base all'art. 2 della legge di pubblica sicurezza, destinati a menomare l'esercizio dei diritti dei cittadini, anche se garantiti dalla Costituzione. Si è aggiunto che la Corte avrebbe dichiarato che non sussisterebbe contrasto tra lo stesso art. 2 e l'art. 21 della Costituzione. Ma non si è tenuto conto che quella sentenza, dopo avere affermato il principio che le ordinanze in questione non possano in nessun caso violare i principi dell'ordinamento giuridico, prospettò l'ipotesi che i provvedimenti prefettizi toccassero campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione: la sentenza affermò che in tali ipotesi spetta al giudice competente di accertare se nei singoli casi sussista la violazione di quei diritti. Ed in particolare la sentenza fece la stessa affermazione in ordine alla dedotta violazione dell'art. 21 della Costituzione. È, dunque, da escludere che la precedente sentenza abbia dichiarato che le ordinanze prefettizie potessero menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione: dichiarazione che sarebbe stata in netto contrasto con l'affermazione che quelle ordinanze debbono essere vincolate ai principi dell'ordinamento giuridico".* Sul punto v. anche T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

³⁰⁸ Un importante banco di prova, capace di testare l'effettivo grado di maturazione raggiunto dal nostro ordinamento nell'ottica del giusto bilanciamento tra esigenze di pubblica sicurezza ed incolumità, da un lato, ed effettività dei diritti fondamentali del cittadino, dall'altro, è stato il G8 di Genova, evento che, in particolare ai fini che qui interessano, ha visto l'adozione di provvedimenti prefettizi contingibili ed urgenti finalizzati a disciplinare il concreto esercizio di alcuni diritti di libertà a fronte di rilevanti esigenze di ordine pubblico. Censurato tale provvedimento innanzi al G.A. sul presupposto (erroneo) secondo il quale *"il potere prefettizio non avrebbe potuto sopprimere o sospendere totalmente nessuno dei diritti costituzionali sopra indicati ed in realtà l'ordinanza si preoccupa di contemperare le esigenze generali di sicurezza con lo svolgimento di diritti essenziali in un ordinamento democratico"*, è stato giustamente rilevato che *"non vi è come si può constatare la eliminazione dei diritti di circolazione, di lavoro e di iniziativa economica che vengono soltanto compressi, con la previsione della necessità di munirsi di apposito lasciapassare, in funzione della garanzia dell'ordine e della sicurezza pubblica, resa più pregnante dalla responsabilità dello Stato Italiano nei confronti della comunità internazionale per la presenza, appunto nella zona rossa, di Capi di Stato e di Governi esteri. – Ed invero – "L'art. 16 cost. non preclude al legislatore la possibilità di adottare misure articolabili in divieti, diversità temporali, particolari condizionamenti, pedaggi, chiusure per fasce orarie di zone dei centri storici che influiscano sul movimento della popolazione, sulla base di esigenze di pubblico interesse che, sebbene trascendenti i campi della sicurezza e della sanità, espressamente ivi previsti, attengano al buon uso della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbano osservare ed alle eventuali prestazioni che essi siano tenuti a compiere, misure da giudicare in funzione della ragionevolezza e della pluralità degli interessi e degli elementi in gioco quali la variabilità dei mezzi impiegati, l'impatto ambientale, la situazione topografica, lo stato dei servizi pubblici i pregiudizi derivanti da uso indiscriminato del mezzo privato (Corte*

Si ritiene comunemente, cioè, che le libertà individuali vadano coniugate all'unisono con l'interesse della collettività e pertanto legittimamente ben possono subire delle compressioni in talune modalità di esercizio per renderle compatibili con le libertà pariordinate di altri³⁰⁹.

Ciò, però, presuppone che il potere di deroga e/o di sospensione temporanea sia ricondotto a parametri certi, tali da garantire comunque il rispetto di un nucleo indefettibile di valori costituzionali, espressione della più intima essenza di un ordinamento ispirato ai principi propri del c.d. costituzionalismo moderno.

Così, in particolare, presupposto indefettibile ai fini del legittimo esercizio del potere di ordinanza *de quo* è il riscontro, conseguente ad un'approfondita istruttoria³¹⁰ e sorretto da

costituzionale 19 luglio 1996, n. 264). La Corte, quindi, ha già affermato che la ragionevolezza del provvedimento costituisce il parametro fondamentale del giudizio, calibrato nel temperamento della pluralità di interessi coinvolti. Nel caso di specie le preoccupazioni per l'ordine pubblico, divenute sempre più pressanti, anche in considerazione delle violenze verificatesi in analoghi vertici precedenti (si pensi, in particolare, a quello di Goteborg) e notizie di intelligence circa il pericolo attentati, hanno indubbiamente spostato l'interesse generale dell'Amministrazione verso misure di polizia, quali appunto le zone interdette al pubblico (zona rossa) o nelle quali erano vietate sia le manifestazioni sia il volantinaggio (zona gialla)". Cfr. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

³⁰⁹ "È pertanto legittima l'ordinanza adottata dal prefetto in occasione del vertice dei capi di governo denominato G8 la quale, per incontrovertibili ragioni di sicurezza, in talune zone della città di Genova ha dettato particolari modalità di esercizio del complesso, articolato contenuto del diritto di circolazione, disciplinandolo in modo differenziato, in considerazione del diverso collegamento fisico con il territorio dei cittadini, tenendo conto cioè delle diverse ragioni di natura esistenziale che giustificavano l'accesso limitato dei singoli nei luoghi protetti, nel breve periodo considerato nel provvedimento". Così Consiglio di Stato, 16 gennaio 2006 n. 85.

³¹⁰ "Sebbene il potere sindacale di emanare ordinanze contingibili ed urgenti di cui agli art. 50 comma 5 e 54 comma 2, d.lg. n. 267 del 2000 permetta anche l'imposizione di obblighi di fare a carico dei destinatari, l'esercizio di tale potere non può prescindere dalla sussistenza di una situazione di effettivo e concreto pericolo per l'incolumità pubblica, la quale non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, debitamente motivata a seguito di approfondita istruttoria". Così T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 13 luglio 2006, n. 822. Sul punto v. anche T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 27 marzo 2009, n. 1650; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 07 novembre 2008, n. 1484; CdS, Sez. V, n. 2109/2007; C.d.S., sez. V, 25 febbraio 2002, n. 1057; Id. 2 aprile 2001, n. 1904. Sul punto v. anche VICONTE G, *Ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., p. 499.

adeguata motivazione³¹¹, di una attuale³¹² situazione eccezionale³¹³, imprevedibile³¹⁴ o imprevista³¹⁵, sintomatica di un effettivo³¹⁶ - giammai ipotetico ovvero presunto³¹⁷ - pericolo imminente³¹⁸ da affrontare mediante l'adozione di un provvedimento contingibile³¹⁹, adeguatamente pubblicizzato³²⁰, caratterizzato da efficacia limitata nel tempo³²¹ (c.d. provvisorietà³²²) in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza³²³ e adottato in

³¹¹ Cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 27 marzo 2009, n. 1650; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 3 agosto 2006, n. 7815; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 06 maggio 2004, n. 772; Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 giugno 1994, n. 467; Consiglio di Stato 28 marzo 1994, n. 291; Consiglio di Stato, 21 dicembre 1989, n. 930. Sul punto v. anche CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 180 e VICICONTE G, *Ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., p. 499.

³¹² "Il decorso del tempo non consuma il potere di ordinanza, perché ciò che rileva è la dimostrazione dell'attualità del pericolo e della idoneità del provvedimento a porvi rimedio, sicché l'immediatezza dell'intervento urgente del sindaco va rapportata all'effettiva esistenza di una situazione di pericolo al momento di adozione dell'ordinanza". Cfr. T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 02 luglio 2008, n. 1441; C.d.S. sez. V, 06.02.2001 n. 1904; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. II, 30.04.2007 n. 728.

³¹³ "L'art. 54, d.lg. n. 267 del 2000 stabilisce che il Sindaco possa adottare quale ufficiale di governo con atti motivati e rispettosi dei principi generali dell'ordinamento giuridico, « provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini »: ciò vuol dire che detta tipologia di atti può essere impiegata nei casi in cui la situazione sia veramente eccezionale rispetto alle incombenze ordinarie, tanto da non poter provvedere con i mezzi che l'ordinamento normalmente appresta per remediare alle necessità degli amministrati". Così T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 02 gennaio 2008, n. 3. Nello stesso senso v. Tar Marche 14 dicembre 2006 n. 1526 e Consiglio Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6366 secondo cui "Gli anzidetti presupposti non ricorrono se il sindaco può fronteggiare la situazione con rimedi di carattere corrente nell'esercizio ordinario dei suoi poteri o la situazione può essere prevenuta con i normali strumenti apprestati dall'ordinamento". Per un esempio concreto v. T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 02 gennaio 2008, n. 3 secondo cui "Nel caso in esame, supposta occupazione di uno spazio gravato da servitù pubblica con conseguenti difficoltà di manovra per automezzi addetti allo svuotamento di bidoni della spazzatura e di automobili che vanno a parcheggiare nella piazzetta adiacente, è palese che non ricorrano quegli elementi di emergenza che impediscono di provvedere con i mezzi usuali per la tutela di diritti reali pubblici, né ancor più che vi siano quelle situazioni di pericolo per l'incolumità dei cittadini tali da costringere la P.A. ad evitare l'adozione degli atti tipici di polizia locale meglio confacenti".

³¹⁴ "Tale presupposto va interpretato nel senso che ciò che rileva non è la circostanza, estrinseca, che il pericolo sia correlato a una situazione preesistente ovvero a un evento nuovo e imprevedibile, ma la sussistenza della necessità e della urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi pubblici da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità che dalla stessa imputabilità all'amministrazione o a terzi della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuovere" Cfr. T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 02 luglio 2008, n. 1441; C.d.S., sez. V, 9 novembre 1998, n. 1585; C.d.S. sez. V, 06.02.2001 n. 1904; Tar Campania Napoli, sez. I, 27 marzo 2000, n. 813; Tar Campania Napoli, sez. I, 18.05.2005 n. 8328. Invero, "È annullabile, per difetto dei requisiti dell'urgenza e della sussistenza di un grave pericolo per la pubblica incolumità, l'ordinanza contingibile e urgente emessa dal Sindaco a norma dell'articolo 38 della legge 142/90, ora all'art. 54, comma 2, d.lg. n. 267/2000 al fine di indurre l'amministrazione provinciale a provvedere alla pulizia dei tratti di strada provinciale ricadenti nel territorio del Comune, in quanto adottata impropriamente per sollecitare un intervento di ordinaria manutenzione delle strade provinciali, costituendone la pulizia dalla vegetazione un fatto non certo eccezionale ed imprevedibile" Così T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 07 novembre 2008, n. 1484. Nello stesso senso v. T.A.R. Catanzaro, sez. II, 11 febbraio 2004, n. 297. Per un caso di legittimità dell'ordinanza contingibile ed urgente adottata a prescindere dal requisito della imprevedibilità dell'evento pericoloso, v. T.A.R. Firenze, 20 gennaio 2009, n. 53.

³¹⁵ "È illegittima l'ordinanza comunale adottata per la regolamentazione dell'attività di somministrazione e di intrattenimento, nel periodo di Carnevale, con cui sono state introdotte una serie di prescrizioni e divieti inerenti l'attività di pubblici esercizi, (orario di apertura e modalità di esercizio della somministrazione di bevande alcoliche) e delle manifestazioni musicali da svolgersi all'aperto, qualora il ricorso al potere "extra ordinem", di cui all'art 54 comma 3 d.lg. 18 agosto 2000 n. 267, sia stato giustificato con la necessità di evitare

conformità ai canoni di ragionevolezza³²⁴, proporzionalità³²⁵ ed ai principi generali dell'ordinamento giuridico³²⁶.

L'emergenza, poi, si osserva, non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale³²⁷ così che il richiamo a una finalità di interesse generale - pur di precipuo e stringente rilievo - non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino la sfera di interessi, propria degli enti territoriali minori, garantita a livello costituzionale³²⁸. L'esercizio del potere di ordinanza deve

"episodi di disturbo del buon andamento delle manifestazioni dovuti ad abusi di sostanze alcoliche, e di spargimento al suolo di cocci di vetro per la rottura di bottiglie e bicchieri", al fine di consentire agli operatori di procedere alla pulizia delle aree, e di limitare gli episodi di disturbo alla quiete pubblica: infatti, le situazioni descritte non hanno né il carattere di concrete situazioni di emergenza, trattandosi di eventi possibili e temuti ma incerti, né quello di situazioni imprevedibili o impreviste, essendo al contrario dedotti dalle esperienze pregresse e dunque tali da non giustificare un provvedimento contingibile ed urgente, assunto il giorno prima della sua operatività, ma eventualmente un provvedimento di disciplina degli orari di attività degli esercizi commerciali riferito al periodo del carnevale, concordato con le associazioni di categoria, secondo la procedura ordinaria". Così T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 04 febbraio 2008, n. 217.

³¹⁶ *"È illegittima un'ordinanza contingibile ed urgente adottata dal sindaco ex art. 50 d.lg. 18 agosto 2000 n. 267 (t.u.e.l.) nei confronti di una società di telecomunicazioni, con la quale - per esigenze di tutela della salute pubblica - si ordina l'immediata sospensione, su tutto il territorio comunale, di ogni attività volta all'installazione di infrastrutture e/o di antenne di telefonia mobile, nel caso in cui non sia stata preventivamente accertata una situazione di pericolo effettivo, eccezionale ed imprevedibile; infatti, il potere "extra ordinem" di cui all'art. 54 t.u.e.l., presuppone, da un lato, una situazione di pericolo effettivo, da esternare con congrua motivazione, e, dall'altro, una situazione eccezionale e imprevedibile, cui non è possibile far fronte con i mezzi previsti in via ordinaria dall'ordinamento".* Così T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 03 agosto 2006, n. 7815

³¹⁷ *"L'esercizio del potere sindacale di emanare ordinanze contingibili e urgenti ex art. 54 comma 2, d.lg. n. 267 del 2000, non può prescindere dalla ricorrenza di un pericolo concreto di danno grave ed imminente per l'incolumità pubblica, che richieda interventi non dilazionabili, ed al quale non possa provvedersi con mezzi ordinari, il cui accertamento deve essere provato attraverso un'attività istruttoria finalizzata all'accertamento della situazione di grave pericolo, concreto ed attuale, per il bene protetto dell'incolumità dei cittadini; pertanto, è inammissibile l'ordinanza sindacale volta alla sospensione di lavori (nel caso di specie: installazione di una stazione radio base per telefonia) motivata in base ad una presunta situazione di pericolo per l'incolumità pubblica senza l'indicazione di specifici atti istruttori o scientifici a sostegno".* Così T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 09 ottobre 2006, n. 1128

³¹⁸ *Invero, le ordinanze contingibili ed urgenti "sono degli strumenti extra ordinem, che, come tali, non possono essere utilizzati in sostituzione degli ordinari poteri amministrativi, ma solo per fronteggiare un pericolo imminente per l'incolumità pubblica. A ben vedere, tale principio non preclude all'amministrazione, investita di un determinato potere per il raggiungimento dell'interesse pubblico, di adottare ordinanze contingibili e urgenti al fine di garantire la tutela del medesimo interesse in condizioni di urgente necessità, ossia in presenza di tutti i presupposti di emanazione di tali ordinanze, masi limita a escludere che l'amministrazione possa arbitrariamente utilizzare il potere di ordinanza in luogo degli ordinari poteri amministrativi, finalizzati alla tutela di un certo interesse pubblico".* Cfr. T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 02 luglio 2008, n. 1441; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 14.02.2007, n. 1352.

³¹⁹ *Parla di "contingibilità intesa come straordinarietà, accidentalità ed imprevedibilità" l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 14 gennaio 2004 n. 1.*

³²⁰ *Parla di "efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale" Corte Costituzionale sentenza 20 giugno 1956 n. 8. Invero, "se è pacifico che il provvedimento prefettizio, emesso nei casi di urgenza o di grave necessità per la tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 2 T.U.L.P.S., ha bisogno di pubblicazione per assumere efficacia erga omnes nell'ambito territoriale della circoscrizione amministrativa e se è vero che, non prevedendo la legge forme particolari di pubblicità, spetta la giudice di merito valutare in ciascun caso l'adeguatezza dei mezzi usati; è tuttavia fuor di dubbio che una tale valutazione di adeguatezza, allorché si tratti di ordinanza diretta ad una generalità di persone, non può essere compiuta con riguardo ai singoli soggetti e alle loro particolari posizioni. Pertanto la pubblicazione mediante inserzione sul foglio annunci legali è pienamente adeguata ed efficace ai fini della conoscenza del provvedimento nell'ambito della circoscrizione provinciale".* Così Cassazione Penale, Sez. IV, 29 aprile 1983.

quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali³²⁹.

Ciò, però, non significa certo precludere l'esercizio della potestà normativa statale a fronte di una affermata – ma non confermata – competenza regionale³³⁰ (legislativa ed amministrativa) in relazione alla gestione di situazioni di emergenza capaci di compromettere settori di interesse, quali l'ordine e la sicurezza pubblica, di pacifica pertinenza statale.

Sono ordinanze contingibili ed urgenti, tra le altre³³¹:

³²¹ Parla di “*temporaneità che attiene agli effetti del provvedimento in relazione alla cessazione dello stato di necessità*” l’Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, *determinazione 14 gennaio 2004 n. 1*. Sul punto v. anche VICICONTE G, *Ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., p. 496. Invero, “*l’ordinanza prefettizia adottata ai sensi dell’art. 2 T.U.L.P.S. necessita della indicazione espressa della durata del provvedimento in considerazione della delicatezza e dell’importanza dei diritti costituzionali sui quali l’ordinanza può incidere, pur se la durata del provvedimento non debba essere rigidamente legata all’evento che lo ha determinato, purché appaia ragionevole rispetto all’interesse pubblico ritenuto prevalente*”. Cfr. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524. Per diversa opzione, “*è sicuro che l’intervento non deve avere necessariamente il carattere della provvisorietà, atteso che suo connotato essenziale è l’adeguatezza della misura a far fronte alla situazione determinata dall’evento straordinario. Il che chiaramente sta a indicare che nell’adozione di provvedimenti contingibili e urgenti non esiste, in astratto, un metro di valutazione fisso da seguire, ma la soluzione va individuata di volta in volta, secondo la natura del rischio da fronteggiare. Sono, infatti, le esigenze obiettive che si riscontrano nel caso concreto che determinano la “misura” dell’intervento, anche se la soluzione deve corrispondere alle finalità del momento, senza che possa assumere, cioè, i caratteri della continuità e della stabilità*”. Così Consiglio di Stato, sentenza 13 ottobre 2003 n. 6169. Nello stesso senso v. Consiglio di Stato, sentenza 09 febbraio 2001 n. 580. Con riferimento, poi, ad un caso particolare, di grande risonanza mediatica, concernente le limitazioni imposte in occasione del G8 di Genova, è stato affermato che “*L’istituzione delle zone, rossa e gialla, hanno avuto efficacia per cinque giorni, cioè non solo durante i tre giorni del vertice, ma anche nei due giorni precedenti. Questo termine viene contestato dai ricorrenti perché ritenuto troppo esteso. Tuttavia, va osservato che l’attività di prevenzione e controllo legata alla sicurezza delle zone della città oggetto del vertice e la materiale realizzazione della delimitazione delle zone stesse imponeva l’estensione temporale dell’ordinanza ad un tempo che risulta comunque contenuto (due giorni). La giurisprudenza penale (Cass.pen.I sez. 9\10\1985) in tema di ordinanze del prefetto, ex art. 2 t.u.l.p.s. ha affermato che “il requisito della provvisorietà va interpretato nel senso che le restrizioni devono essere proporzionate alla necessità e devono cessare con il venir meno della stessa. Ne consegue che non è richiesto che la durata del provvedimento debba essere predeterminata in modo esplicito, anche in considerazione della discrezionalità ampia del prefetto di apprezzamento in ordine alle esigenze dello stato di necessità”. Il Collegio ritiene che questa affermazione debba essere temperata dalla necessità di indicare espressamente la durata del provvedimento in considerazione della delicatezza ed importanza dei diritti costituzionali sui quali l’ordinanza oggi in discussione incide, ma la massima giurisprudenziale è condivisibile nell’affermazione secondo la quale la durata del provvedimento non debba essere rigidamente legata all’evento che lo ha determinato, purché appaia ragionevole rispetto all’interesse pubblico ritenuto prevalente*”. Così T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

³²² Invero, tale connotato non sembra essere decisivo poiché “*l’intervento disposto con l’ordinanza sindacale non deve avere necessariamente il carattere della provvisorietà, giacché il suo connotato peculiare è l’adeguatezza della misura a far fronte alla situazione determinata dall’evento straordinario*”. Così Consiglio di Stato, 10 febbraio 2010 n. 670.

³²³ Parla di “*indifferibilità dell’atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici*” l’Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, *determinazione 14 gennaio 2004 n. 1*. Invero, si dibatte in ordine alle conseguenze giuridiche connesse al riscontro della carenza dei presupposti di necessità ed urgenza. Dottrina e giurisprudenza, infatti, discutono ormai da tempo circa la possibilità di inquadrare tale ipotesi nella categoria della nullità (in conseguenza di una situazione di carenza di potere in cui verserebbe l’amministrazione), con conseguente radicarsi, secondo i più, della giurisdizione del G.O., ovvero all’interno della categoria dell’annullabilità del provvedimento in costanza di un’ipotesi di cattivo uso del potere o di sviamento dalla causa tipica, con conseguente giurisdizione del G.A. e relativo regime sostanziale e processuale. Per una ricostruzione del problema v. GAROFOLI R, FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p 55 e CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 182. A tacer d’altro, però, va precisato che qualora si aderisca alla tesi della nullità radicale, l’opzione che in tali casi devolve la cognizione della questione innanzi al

a) quelle emanate dal Presidente del Consiglio dei ministri o, per sua delega, dal Ministro per il coordinamento della protezione civile, nonché dal prefetto che opera quale loro delegato, ai sensi dell'art. 5 della legge 225/1992³³², per l'attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza³³³ a seguito di calamità naturali, catastrofi o altri eventi³³⁴ che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari³³⁵;

G.O. probabilmente, a fronte della disciplina contemplata ex art. 21 *septies* l. n. 241/90, radica tale convincimento sulla nota teorica dei diritti costituzionali inaffievolibili. Non essendo questa la sede deputata per approfondire tale complessa tematica, ci si limita a ricordare semplicemente che, per giurisprudenza costituzionale consolidata, non v'è alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Cfr. *Corte Costituzionale sentenza 18 aprile 2007 n. 140*. Per un approfondimento si rinvia a GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 1314 ss.

³²⁴ In materia di lavori pubblici si precisa, a proposito del canone della ragionevolezza, che “*che tra le norme della legge quadro sui lavori pubblici, possono essere derogate solo quelle attinenti alla scelta del contraente ed all'assegnazione del relativo contratto, e non quelle riguardanti il controllo e la vigilanza sull'esecuzione dei lavori, mancando il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e procedimento di controllo secondo la normativa vigente*”. Così *Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 14 gennaio 2004 n. 1*.

³²⁵ Il principio di proporzionalità, di chiara derivazione comunitaria, implica che affinché il provvedimento adottato dalla P.A., preordinato alla cura dell'interesse pubblico ritenuto prevalente, imponga, all'esito di un adeguato bilanciamento, il minor sacrificio possibile a carico di tutti gli interessi compresenti. “*Esso si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato, all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile*”. Così e per un approfondimento v. GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 394 ss. Nello stesso senso v. *Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2006 n. 2087*; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 06 maggio 2004, n. 772; *Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 giugno 1994, n. 467*; *Consiglio di Stato 28 marzo 1994, n. 291*; *Consiglio di Stato, 21 dicembre 1989, n. 930*. Sul punto v. anche VICONTE G., *Ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., p. 498 e v. CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., p.800. Per un caso particolare, di grande risonanza mediatica, concernente le limitazioni imposte in occasione del G8 di Genova, è stato affermato che “*va considerato, dal punto di vista della proporzionalità del sacrificio richiesto e del temperamento degli interessi pubblici posti a confronto che la limitazione dei diritti sopra accennati nei confronti dei soggetti giunti a Genova per testimoniare la loro opposizione al vertice dei Paesi più industrializzati ed alle politiche dagli stessi perseguite, trova il proprio contraltare nella possibilità per i rappresentanti politici dei Paesi partecipanti di poter svolgere la funzione politica per la quale avevano ricevuto l'investitura popolare attraverso il voto dei propri cittadini. Inoltre, nessuno dei diritti in questione risulta soppresso, potendo svolgersi pienamente i diritti di circolazione e di riunione in tutte le altre zone di Genova non interdette, ove potevano essere altresì svolte le attività di manifestazione del pensiero. Inoltre l'evento è stato coperto con dirette televisive e seguito da tutti i mezzi di comunicazione (radio, televisioni, giornali, internet) che hanno consentito l'amplificazione e la diffusione del dissenso al vertice ufficiale. Complessivamente considerate, pertanto, le misure assunte risultano proporzionate e ragionevoli nella doverosa comparazione tra sacrificio imposto alle associazioni ricorrenti nel manifestare il proprio dissenso al vertice G8 e la tutela dell'incolumità pubblica di tutti i cittadini genovesi coinvolti nell'evento*”. Così T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

³²⁶ Cfr. ex multis T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 06 maggio 2004, n. 772; *Consiglio di Stato, Sez. IV, 1 giugno 1994, n. 467*; *Consiglio di Stato 28 marzo 1994, n. 291*; *Consiglio di Stato, 21 dicembre 1989, n. 930*. Con riferimento all'art. 2 T.U.L.P.S. *Corte Costituzionale sentenza 20 giugno 1956 n. 8* ha avuto modo di precisare che “*i provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria. È, infatti, ovvio che l'art. 2 della legge di pubblica sicurezza*

b) quelle emanate, ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833/1978 e dell'art. 117 del D.Lgs. n. 112/1998, in caso di emergenze sanitarie e di igiene pubblica, dal Ministro della salute, dal presidente della giunta regionale o dal sindaco, con efficacia estesa, rispettivamente, all'intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più regioni, alla regione o parte del suo territorio comprendente più comuni, al territorio comunale;

non potrebbe disporre che, in un campo in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario, intervengano provvedimenti amministrativi in senso difforme". Com'è noto, la stessa Corte Costituzionale ha avuto poco tempo prima modo di precisare che *"si debbono considerare come principi dell'ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente"*. Così Corte Costituzionale sentenza 20 giugno 1956 n. 6. Si tratta, cioè, di *"principi che informano di sé l'intero ordinamento, e non già lo stesso visto settorialmente, e che dovrebbero pertanto potersi ricavare dall'insieme della legislazione"*. Così MARTINES T., RUGGERI A., SALAZAR C., *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2005, p. 177. La stessa accorta dottrina evidenzia, poi, che l'ordinamento della Repubblica, <<macrosistema>> delle fonti di diritto interno, da cui dovrebbero essere ricavati i suddetti principi, comprende, naturalmente, anche le fonti primarie regionali che così concorrono, secondo un modello circolare, a determinare il contenuto del limite (i principi generali dell'ordinamento) cui soggiacciono le stesse leggi regionali anche espressive di potestà esclusiva. Invero, il medesimo effetto circolare è rinvenibile anche nella descrizione del meccanismo che sorregge la costruzione del c.d. "spazio giuridico europeo". Per un approfondimento sul punto v. CHITI M., *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003.

³²⁷ Sottolinea CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 177 che ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 112/98 il conferimento delle funzioni amministrative (nell'ottica dell'introduzione del modello federalista a costituzione invariata) comprende anche l'adozione di provvedimenti contingibili ed urgenti previsti dalla legge.

³²⁸ Cfr. Corte Costituzionale sentenza 07 ottobre 1983 n. 307.

³²⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 5-14 aprile 1995 n. 127

³³⁰ È il caso da ultimo risolto da Corte Costituzionale, sentenza 24 giugno 2009 n. 196, in relazione alla impugnazione dell'art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, «nella parte in cui viola le competenze» della Provincia autonoma di Bolzano in materia di pubblica sicurezza. In base ad una ricostruzione sistematica delle norme dello Statuto regionale, la Provincia autonoma sosteneva che, nell'ordinamento statutario speciale del Trentino-Alto Adige/Südtirol, la potestà legislativa ed amministrativa in tema di pubblica sicurezza sarebbe attribuita ai Presidenti delle Province autonome in tutte le materie indicate dall'art. 20 dello statuto, mentre allo Stato spetterebbe la competenza nelle materie diverse da quelle elencate nella citata norma ed i Sindaci disporrebbero di un potere di tipo residuale. Tale opzione ermeneutica è stata invero disattesa dalla Consulta che ha avuto modo di ribadire che la sicurezza pubblica costituisca oggetto di competenza esclusiva statale ex art. 117 cost. poiché attiene, tra l'altro, alla tutela dei primari interessi pubblici sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale. Sul punto v. anche Corte Costituzionale, sentenza 28 giugno 2006 n. 237; Corte Costituzionale, sentenza 21 giugno n. 222; Corte Costituzionale, sentenza 19 ottobre 2005 n. 383. In ogni caso, rimane sempre fermo il rispetto dei confini relativi alla competenza ascritta agli enti territoriali regionali e locali in materia di polizia amministrativa la cui cognizione ben potrà essere oggetto di giudizio innanzi al giudice competente ovvero, in sede di conflitto di attribuzioni o di giudizio in via principale di legittimità, innanzi alla stessa Corte Costituzionale. Sul punto v. Corte Costituzionale, sentenza 24 giugno 2009 n. 196 che, proprio in relazione ai limiti del giudizio di legittimità introitato in via principale, ha confermato l'orientamento consolidato secondo cui *"deve essere dichiarata inammissibile la censura basata sull'asserita violazione dell'art. 97 della Cost. e sul principio di buon andamento della pubblica amministrazione, dal momento che, attraverso di essa, non si lamenta alcuna violazione delle competenze provinciali. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, infatti, non sono ammissibili le censure prospettate dalle Regioni e dalle Province autonome rispetto a parametri costituzionali diversi dalle norme che operano il riparto di competenze con lo Stato, qualora queste non si risolvano in lesioni delle competenze stabilite dalla Costituzione (ex plurimis, sentenza n. 326 del 2008)"*. Per un approfondimento in materia v. MARTINES T., RUGGERI A., SALAZAR C., *Lineamenti di diritto regionale*, cit. pp. 309 ss.

³³¹ Per una breve elencazione v. VICONTE G., *Ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., p. 501.

- c) quelle emanate dal prefetto, quale autorità provinciale di pubblica sicurezza, ai sensi dell'art. 2 del R.D. 733/1931³³⁶ (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), in caso di urgenza³³⁷, o grave necessità pubblica³³⁸, se indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica³³⁹ e giammai rivolti a superare una mera inerzia amministrativa³⁴⁰;
- d) quelle emanate dal sindaco, nell'esercizio di competenza esclusiva che non può essere delegata ad altri organi³⁴¹, quale rappresentante della comunità locale³⁴², ex art. 50 del d. lgs.

³³² Per un approfondimento v. SALAMONE V., *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento*, cit. Invero, "le disposizioni di cui alla legge n. 225 del 1992, in quanto "norme eccezionali", volte ad incidere (anche) sul quadro delle fonti, non possono che essere di "stretta interpretazione" (in quanto "eccezionali", ex art. 14 disp. prel. cod. civ.), non potendosi consentire (interpretazioni e quindi) applicazioni, al di là dei casi strettamente contemplati. Tuttavia, con riferimento alle ordinanze commissariali in deroga, emanate in attuazione dell'art. 5 l. n. 225/1992, e, più precisamente, con riguardo alle disposizioni di legge derogabili da esse indicate, è legittima – sia in virtù di quanto disposto dal comma 5 del medesimo art. 5, sia in virtù dei generali canoni interpretativi delle norme eccezionali, ex art. 14 preleggi – una interpretazione non solo letterale, ma di tipo estensivo, tenuto per di più conto della natura meramente indicativa (e non esaustiva) dell'elenco di norme indicate come derogabili". Così Consiglio di Stato, sez.IV, 28 ottobre 2011 n. 5799.

³³³ "Le situazioni di emergenza, prese in considerazione dall'art. 5, legge n. 225 del 1992, consentono l'esercizio di poteri derogatori della normativa primaria solo a condizione che si tratti di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti, e sempre che tali poteri siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio, non potendo in particolare il loro impiego realizzarsi senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione". Così Consiglio di Stato, sez.IV, 28 ottobre 2011 n. 5799.

³³⁴ È il caso, ad esempio, del del D.P.C.M. del 28 marzo 2003, atto per il tramite del quale si è proceduto alla dichiarazione dello stato di emergenza, per fini di pubblica sicurezza, in relazione alla situazione di instabilità internazionale venutasi a creare in seguito all'intervento americano in Iraq. Analogo provvedimento era già stato adottato in occasione del conflitto in Kosovo del 1999 con D.P.C.M. del 12 maggio 1999; in tale ipotesi, peraltro, l'attenzione era stata focalizzata quasi esclusivamente in ordine alla predisposizione di strumenti logistici adeguati per l'accoglienza di una paventata ondata di profughi provenienti dai Balcani.

³³⁵ "Allorquando la Presidenza del Consiglio dei Ministri ex art. 5, l. n. 225 del 1992 attribuisce poteri straordinari ad un organo governativo (ovvero ad un organo che sia emanazione dello stesso), l'ordinanza commissariale attributiva del potere commissariale ha la forza di apportare deroga alla legislazione ordinaria, comprensiva anche dello stesso art. 54, d.lg. n. 267 del 2000. Pertanto, alcun dubbio può sussistere circa il persistere, alla data del 31 gennaio 2008, della competenza del Sindaco di Napoli, quale Commissario delegato ad adottare provvedimenti contingibili ed urgenti volti a sollecitare l'esecuzione di lavori tesi all'eliminazione di dissesti e del conseguenziale stato di pericolo per la pubblica e privata incolumità delle persone" Cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 04 giugno 2009, n. 3076. Parla di amplissima potestà discrezionale Consiglio di Stato, 28 gennaio 2011, n. 654.

³³⁶ Invero, il T.U.L.P.S. formalmente contempla una più vasta gamma di poteri di emergenza la cui attivazione è, però, condizionata da particolari presupposti di fatto riconnessi ad uno "stato di pericolo pubblico" ovvero allo "stato di guerra per motivi di ordine pubblico". In particolare, la disciplina contemplata ex artt. 214/219 r.d. n. 733/1931 introduce un complesso di principi che, *prima facie*, sembrano palesemente stridere con il dettato costituzionale al punto da ritenere l'intero titolo ormai abrogato proprio in forza dell'entrata in vigore della Carta Fondamentale. Sul punto v. MISSORI, *Incidenze della giurisdizione penale militare nella legislazione di emergenza*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1983, 134 s. Più nel dettaglio, l'art. 216 Tulps, poi, riconosce al Ministro degli Interni la potestà di "emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda a tutto il territorio dello Stato. Sul presupposto secondo cui la Costituzione, disciplinando agli artt. 76 e 77 l'istituto della decretazione governativa, non abbia esaurito la definizione del potere di decretazione di urgenza, parte della dottrina, ormai invalsa, ritiene di considerare ancora in vigore le prerogative di cui all'art. 216 Tulps. In tal senso si esprime, in particolare, STELLACCI P., *Costituzionalità dello stato d'assedio*, in *La Giustizia Penale*, 1951, I, 334. Secondo un'altra impostazione, non si tratterebbe di un potere di ordinanza vero e proprio, ovvero di un'ipotesi in ordine a cui il contenuto del potere, libero in relazione alla causa, non è previsto dalla norma di attribuzione, quanto di un "potere tipico di necessità parzialmente vincolato. La deroga alle leggi

n. 267/2000, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale³⁴³;

e) quelle emanate dal sindaco, ovvero dal Vice-Sindaco³⁴⁴, quale ufficiale del Governo³⁴⁵, ai sensi dell'art. 54 del D.lgs 267/2000³⁴⁶, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli³⁴⁷ che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana³⁴⁸.

Tale ultima previsione ha assunto un peso specifico peculiare perché, di recente, è stata considerata il vero banco di prova su cui misurare l'effettiva attitudine dei provvedimenti

vigenti, che può avvenire tramite il suo esercizio, non può – quindi – spingersi in altri termini al di là della materia e dello scopo descritti e non può battere sulle norme che fissano le relative competenze". Così MOTZO G., *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, III vol., 1958, 266. Ma, ci si chiede se le perplessità ingenerate possano risolversi in un mero problema di competenza. Derogare alla legge ordinaria significa, infatti, esercitare una funzione sostanzialmente legislativa che compete al Governo nella sua interezza o in via immediata, con la decretazione di cui agli artt. 76 e 77 Cost., ovvero, al più, in sede regolamentare, giusto quanto disposto dalla l. n° 400/88, ma solo rispetto alle ipotesi di regolamenti "autorizzati" per materie non coperte da riserva assoluta di legge, o, in ultima analisi, ricorrendo al controverso istituto dei regolamenti "delegati". Per un approfondimento in materia v. MARTINES T. (a cura di) SILVESTRI G., *Diritto costituzionale*, cit., 488. Da un punto di vista sostanziale, fintantoché l'eventuale deroga afferisca a meri aspetti organizzativi interni delle strutture adibite all'espletamento dei servizi di pubblica sicurezza, la posizione assunta dal cittadino in termini di sacrificio appare essere, con tutta probabilità, del tutto minimale, se non addirittura nulla; il discorso cambia se oggetto dell'ordinanza diviene un diritto soggettivo ed in special modo una libertà fondamentale. Ricorrendo tale evenienza può dirsi che l'istituto in discorso non si discosta dai principi della Costituzione solo allorché il Ministro degli Interni eserciti le prerogative di cui all'art. 216 Tulp. in forza di un atto di delega del Governo il quale, a sua volta, sia stato legittimato all'esercizio di "poteri necessari" dal Parlamento, secondo la procedura di cui all'art. 78 Cost., ovvero, non essendo ancora intervenuto il conferimento, abbia agito, in stato di necessità ed urgenza, approvando all'uopo un decreto legge. In tal senso, sostanzialmente, Trib. di Roma Sez. V penale del 26/02/2001, in *Giur. Cost.*, 2001, 781 s., secondo cui: "*nell'ipotesi dello stato di pericolo pubblico, i provvedimenti di immediata sospensione delle garanzie costituzionali potrebbero essere presi da Governo solo con la forma del decreto legge. Tuttavia, la fonte di validità di queste ordinanze di urgenza non può rinvenirsi nell'art. 77 Cost., in quanto solo l'organo di revisione Costituzionale è legittimato ad operare la conversione delle disposizioni che, sia pure in via transitoria, abbiano apportato la modifica di una carta costituzionale rigida come la nostra. Però, l'immediata presentazione alle Camere di un siffatto decreto legge potrebbe avere la funzione di investire tempestivamente il Parlamento dell'esame dell'esistenza dei casi straordinari di necessità e d'urgenza, per consentire un giudizio politico sull'opportunità del provvedimento, che nondimeno è da ritenersi illegale*".

³³⁷ Per un caso particolare di armonizzazione tra disciplina ordinaria e presupposti per l'adozione di provvedimenti d'urgenza, v. *Consiglio Stato, sez. VI, 05 dicembre 2005, n. 6941* per il quale è infondata la tesi secondo cui il potere prefettizio di adottare ordinanze ex art. 2 T.U.L.P.S. sarebbe stato "assorbito in materia di sciopero dalla legge n. 146/1990 che, allo scopo di contemperare il possibile conflitto tra il diritto di sciopero ed i diritti fondamentali dei cittadini interessati dagli effetti negativi della interruzione del servizio, consente limitazioni allo sciopero solo per garantire prestazioni indispensabili alla salvaguardia dei diritti della persona (e ciò attraverso una procedimentalizzazione dell'esercizio del potere prefettizio), facendo pertanto venir meno la possibilità per l'Autorità di pubblica sicurezza di adottare un provvedimento di urgenza". Ciò in quanto "il potere di precettazione ex art. 8 l. n. 146/90 e quello straordinario in materia di sicurezza pubblica sono poteri del tutto diversi che non si escludono a vicenda dato che la disciplina posta dall'art. 8 cit. attribuisce poteri tipici e non straordinari in occasione di scioperi che rechino un pregiudizio grave ed imminente ai diritti degli utenti, tali da legittimare il provvedimento limitativo del diritto di sciopero, secondo un procedimento definito e garantistico, mentre il potere di emanare provvedimenti straordinari in materia di pubblica sicurezza si basa su situazioni urgenti ed imprevedibili astrattamente non delimitabili a priori". Così T.A.R. Veneto, 10 aprile 1997, n. 756.

³³⁸ Per una valorizzazione dell'autonomia e rilevanza di tale requisito rispetto al diverso connotato dell'urgenza v. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

³³⁹ "In situazioni di emergenza, è tuttora consentito il potere di intervento del prefetto per mezzo della decretazione d'urgenza ex art. 2, r.d. 18 giugno 1931 n. 773, qualora sia indispensabile per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, purché a) il suo esercizio deve rendersi necessario per fronteggiare in materia immediata situazioni di urgenza, non superabili con rimedi ordinari previsti dalla legge; b) il potere

amministrativi autoritativi a conformare i diritti fondamentali del cittadino al fine di garantire la libera e pacifica convivenza tra i consociati.

La questione merita il giusto approfondimento.

2. Il nuovo potere di ordinanza in materia di sicurezza urbana ed incolumità pubblica: cui prodest?

deve essere esercitato in conformità ai principi e precetti costituzionali; c) i provvedimenti così adottati devono avere efficacia limitata nel tempo, in coerenza con l'urgenza che li ha determinati; d) essi devono imporre ai privati loro destinatari il minor sacrificio possibile; e) in ogni caso, detti provvedimenti devono essere congruamente motivati". Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20 marzo 2009, n. 537. In senso conforme v. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 giugno 2007 n. 1576; Consiglio di Stato, sez. VI, 05 dicembre 2005, n. 6941.

³⁴⁰ Così, "è illegittima l'ordinanza ex art. 2 r.d. 18 giugno 1931 n. 773, con la quale il Prefetto abbia voluto ovviare ad una situazione di emergenza derivante dalla protratta inerzia di un'amministrazione comunale". Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 06 maggio 2004, n. 772. In senso contrario, però, da ultimo v. T.A.R. Bologna, 01 febbraio 2010, n. 540 che ammette pacificamente la possibilità di una supplenza interinale ritenendo illegittima l'ordinanza solo qualora risulti che l'autorità competente si sia già attivata.

³⁴¹ Cfr. T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 16 giugno 2011, n. 1076.

³⁴² Per una disamina delle attribuzioni del Sindaco ex art. 50 T.U.E.L. v. STADERINI F., *Diritto degli enti locali*, Padova, 2006, p. 173 ss.

³⁴³ Invero, "dopo l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, il sindacato del g.a. sulle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti, ex art. 50 t.u.e.l., non è più esteso anche al merito; l'art. 134 del codice non include, infatti, tali atti tra quelli relativamente ai quali la cognizione è estesa anche al merito, per cui detti provvedimenti non possono più essere pienamente sindacati dal g.a. non solo con riferimento a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche ai profili relativi alla sufficienza ed alla attendibilità delle disposte istruttorie ed alla convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate". Così T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 22 aprile 2011, n. 264.

³⁴⁴ Cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 03 maggio 2011, n. 606.

³⁴⁵ "Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, la potestà del sindaco di adottare, quale ufficiale di Governo, provvedimenti contingibili ed urgenti è strettamente finalizzata a prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini: il potere di urgenza può essere esercitato infatti solo per affrontare situazioni di carattere eccezionale ed impreviste, costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico e unicamente in presenza di un preventivo e puntuale accertamento della situazione, che deve fondarsi su prove concrete e non su mere presunzioni. Sebbene gli anzidetti presupposti non ricorrano allorquando il sindaco possa fronteggiare o prevenire la situazione attraverso l'uso dei normali strumenti apprestati dall'ordinamento, è stato tuttavia precisato che ai fini della legittimità dell'ordinanza contingibile è necessario e sufficiente la sussistenza e l'attualità del pericolo, cioè il rischio concreto di un danno grave ed imminente per la salute, a nulla rilevando che la situazione di pericolo fosse nota da tempo, aggiungendosi poi che con i provvedimenti in esame non solo può porsi rimedio ai danni già verificatisi, ma si possono anche prevenire possibili danni futuri" Così Consiglio di Stato, 10 febbraio 2010, n. 670. Nello stesso senso v. anche Consiglio di Stato, sez. IV, 25 settembre 2006, n. 5639; Consiglio di Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1322; Consiglio di Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6366; Consiglio di Stato, sez. VI, 05 settembre 2005, n. 4525; Consiglio di Stato., sez. V, 7 aprile 2003, n. 1831; Consiglio di Stato, IV, 24 marzo 2006, n. 1537.

³⁴⁶ Da ultimo riformato con l' art. 6 d.l. 23/05/2008, n. 92, convertito con modificazioni in l. 24/07/2008, n. 125.

³⁴⁷ "Simili provvedimenti, appartengono, pertanto, alla categoria delle ordinanze extra ordinem c.d. 'di necessita', la cui adozione e' giustificata e legittimata dal verificarsi di una situazione sopravvenuta, che presenti il carattere dell'eccezionalità - come un evento naturale straordinario (terremoto, inondazione, incendio, epidemia, ecc.) - per cui si impone di provvedere con l'urgenza, incompatibile con i tempi connotati alla rigorosa osservanza della normativa in materia". Così l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 14 gennaio 2004 n. 1. Nello stesso senso v. Consiglio di Stato, 23 gennaio 1991, n. 63; Consiglio di Stato, 11 aprile 1990, n. 369; Consiglio di Stato, 21 dicembre 1984, n. 960.

³⁴⁸ Sul punto v. infra.

In termini generali, la sicurezza va concepita come un modo di essere dei valori essenziali che caratterizzano la costituzione materiale³⁴⁹ di uno Stato e, quindi, come un profilo indispensabile della loro esistenza³⁵⁰.

In tal senso, la sicurezza è essa stessa un valore giuridico, assoluto e relativo ad un tempo. È un valore assoluto perché nessuno Stato può fare a meno di garantire la propria sicurezza, in quanto coincidente con il nucleo dei propri valori essenziali, ed è relativo, in quanto la concezione della sicurezza può variare profondamente da ordinamento a ordinamento³⁵¹.

*“La sicurezza diviene così precondizione per garantire la libera esplicazione dei diritti fondamentali dell’individuo”*³⁵².

*“Senza sicurezza non è possibile cementare valori. E senza valori il gruppo sociale perde la sua identità”*³⁵³.

³⁴⁹ Com’è noto, la Costituzione in senso materiale si identifica “nelle forze politicamente organizzate del gruppo sociale che in un determinato momento storico riescono ad interpretare attivamente l’interesse generale della comunità politica”. Così MORTATI C., *La Costituzione Materiale*, Milano, 1940, 89. Per un rapporto tra Costituzione materiale e emergenza v. DE VERGOTTINI G., *Necessità, Costituzione materiale e disciplina dell’emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e Società*, 1992, 217 ss.

³⁵⁰ Così DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale, Seminario giuridico della università di Bologna LVIII*, Milano, 1971, p 96

³⁵¹ Così DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale, cit.*, p 96 il quale continua: “Inoltre il valore giuridico della sicurezza può venire in rilievo sotto due aspetti: quello oggettivo e quello soggettivo. In senso oggettivo la sicurezza si identifica con l’assenza di minacce e pericoli che compromettano i principi caratterizzanti un ordinamento e i valori essenziali che un ordinamento intende tutelare. In senso soggettivo la sicurezza coincide con la convinzione, o con l’assenza di timore, che i principi caratterizzanti un ordinamento e i valori che lo stesso tutela non siano sottoposti ad aggressione o, comunque, compromessi da pericolo di aggressione. Comune alla concezione oggettiva e a quella soggettiva è il carattere negativo che assume il valore di sicurezza, la sicurezza non è altro che l’assenza di pericolo per un ordinamento”.

³⁵² Così NOBILE R., *Le ordinanze, cit.* Invero, “la sicurezza è percepita dai cittadini come un diritto primario e una componente indispensabile della qualità della vita e che vi è l’esigenza che tale diritto sia garantito, in rapporto ai fenomeni di criminalità diffusa presenti sul territorio dove si vive e si lavora, oltre che alle varie problematiche che incidono, sia pur indirettamente, sulla percezione della sicurezza intesa in senso più ampio”. Così *‘Patto per la sicurezza della provincia’. Azione integrata tra le forze dell’Ordine, videosorveglianza intelligente e controllo delle condizioni di degrado sociale*, del 15 marzo 2010 in www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/19/0957_Patto_sicurezza_Venezia.pdf.

³⁵³ Così NOBILE R., *Le ordinanze, cit.*

Orbene, la domanda di sicurezza espressa oggi dai cittadini³⁵⁴ non riguarda solo la criminalità, ma investe un settore ben più ampio che include il disagio e l'esclusione sociale³⁵⁵, l'area grigia dell'inciviltà³⁵⁶ e la paura³⁵⁷.

In tal contesto, è ormai generalmente accettata l'idea che la sicurezza non è responsabilità solo degli apparati ad essa tradizionalmente preposti³⁵⁸ - giustizia e forze dell'ordine - ma è responsabilità più generale di una *governance* allargata³⁵⁹ frutto anche dei c.d. protocolli d'intesa³⁶⁰ e contratti di sicurezza³⁶¹.

³⁵⁴ “L'esigenza di sicurezza viene avvertita dai cittadini quale elemento fondamentale anche in connessione ai vari aspetti della vita quotidiana, nella sua accezione generale, di bene da salvaguardare e da preservare anche in presenza di situazioni di pericolo che possano inficiare la incolumità pubblica e l'integrità fisica, come in occasione di eventi calamitosi tali da rendere necessaria la previsione di misure ed interventi collaborativi di assistenza e di soccorso”. Così 'Patto per la sicurezza della provincia'. Azione integrata tra le forze dell'Ordine, videosorveglianza intelligente e controllo delle condizioni di degrado sociale, del 15 marzo 2010 in www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/19/0957_Patto_sicurezza_Venezia.pdf

³⁵⁵ Come afferma il tredicesimo considerando della *Decisione n. 1098/2008/CE* del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008, che ha designato il 2010 <<anno europeo della lotta alla povertà e all'esclusione sociale>>, “il problema della povertà e dell'esclusione sociale assume forme estese, complesse e multidimensionali. Esse sono correlate ad un ampio numero di fattori, ad esempio al reddito e alle condizioni di vita, alla necessità di possibilità di istruzione e di lavoro dignitoso, all'efficacia dei sistemi di protezione sociale, all'alloggio, all'accesso a servizi sanitari di qualità, e alla cittadinanza attiva” e vi è un “rischio elevato di povertà e/o di esclusione al quale sono esposti gruppi particolari, tra cui bambini, giovani che abbandonano prematuramente gli studi, famiglie monoparentali, famiglie numerose, famiglie monoreddito, giovani, in particolare giovani donne, persone anziane, migranti e minoranze etniche, disabili e persone che se ne occupano, senzatetto, disoccupati, in particolare i disoccupati di lunga durata, detenuti, donne e bambini vittime di violenza”.

³⁵⁶ Evidenza con nettezza tali profili il *Settimo rapporto sulla sicurezza nel Trentino - Legalità, sicurezza e solidarietà nel governo del territorio tra riflessione teorica e azione politica - Anno 2005* in <http://transcrime.cs.unitn.it/tc/284.php>

³⁵⁷ “La paura più temibile è la paura priva di un indirizzo e di una causa chiari; la paura che ci perseguita senza una ragione, la minaccia che dovremmo temere e che si intravede ovunque, ma non si mostra mai chiaramente. "Paura" è il nome che diamo alla nostra incertezza: alla nostra ignoranza della minaccia, o di ciò che c'è da fare per arrestarne il cammino o, se questo non è in nostro potere, almeno per affrontarla». Nei nostri tempi, poveri di certezze e garanzie, le occasioni per avere paura non mancano. I pericoli che si temono possono essere di tre tipi: quelli che minacciano il corpo e gli averi, quelli che riguardano la stabilità e l'affidabilità dell'ordine sociale, e quelli che insidiano la propria collocazione nel mondo e la propria identità, esponendoci alla possibilità di essere umiliati ed esclusi a livello sociale. Dato il carattere ubiquitario della paura, questo sentimento può rivolgersi contro tutti: la strada, le persone che conosciamo, gli sconosciuti, gli altri popoli”. Così SALCUNI G., “Ondate” securitarie e “argini” garantistici, cit., p. 2682.

³⁵⁸ Cfr. *Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa Rec. n. 2003/21*.

³⁵⁹ Per un richiamo alle esperienze maturate in materia all'interno dei Paesi membri della U.E. v. CAIA G., *Incolunità pubblica e sicurezza urbana*, cit.

³⁶⁰ “Il diritto alla sicurezza, alla qualità della vita urbana ed alla incolumità pubblica rappresenta una priorità ed un presupposto di fondo per favorire benessere e sviluppo in termini socio – economici attraverso un'azione congiunta e condivisa di più livelli di governo, nell'ambito delle rispettive responsabilità, nonché la promozione, anche in via sussidiaria, di interrelazioni finalizzate ad avvicinare, sempre più, i dispositivi di prevenzione alla percezione dei cittadini”. Così 'Patto per la sicurezza della provincia'. Azione integrata tra le forze dell'Ordine, videosorveglianza intelligente e controllo delle condizioni di degrado sociale, del 15 marzo 2010 in www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/19/0957_Patto_sicurezza_Venezia.pdf

³⁶¹ A titolo esemplificativo si veda, ad esempio, il II Protocollo d'intesa siglato dalla Regione Veneto con il Ministero dell'Interno del 16.03.2009 allo scopo di promuovere iniziative e progetti per la realizzazione di attività in materia di sicurezza urbana e territoriale e favorire una più valida collaborazione tra le forze di Polizia nazionali e locali, rinvenibile in <http://www.regione.veneto.it/NR/rdonlyres/EF9BC586-19A7-4B65-A141-78C8F29412F4/0/TestoProto%20colloIntesa160309.pdf>

Se è vero, infatti, che la competenza in materia di ordine e sicurezza pubblica appartiene allo Stato³⁶², che la esercita a livello decentrato attraverso le Autorità provinciali di Pubblica sicurezza³⁶³, tuttavia, molto spesso è l'amministrazione locale ad essere la prima e diretta destinataria delle istanze di sicurezza da parte dei cittadini. Infatti, è al Sindaco che la cittadinanza comunica i propri problemi, le proprie insicurezze e chiede che, con la sua Amministrazione, se ne faccia carico, fornendo risposte adeguate e tempestive³⁶⁴.

Base giuridica di tali risposte è oggi l'art. 54 T.U.E.L., che riconosce al sindaco, quale ufficiale del Governo, la potestà di adottare provvedimenti, anche contingibili e urgenti³⁶⁵, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana³⁶⁶.

³⁶² Detta funzione, per giurisprudenza costituzionale consolidata, non è posta certo in discussione da attività di studio, analisi e formulazione di proposte condotte a livello regionale. Sul punto v. *Corte Costituzionale, sentenza 8-17 marzo 2006 n. 105*. Per un commento v. FARES G., *Sicurezza, sì ai consulenti per la Giunta*, in *Diritto e Giustizia*, 08 aprile 2006, n. 14, p. 60 ss. Anzi, tali iniziative contribuiscono a rendere effettivo, anche in materia di sicurezza, il principio di sussidiarietà verticale e di leale collaborazione, purché, naturalmente, l'attività regionale non sconfini irragionevolmente in sfere di attribuzione costituzionalmente riservate allo Stato. Sul punto, ad esempio, in relazione all'istituzione di un organismo denominato "Comitato regionale per la sicurezza" avvenuta con l'art. 22 della delibera legislativa recante "Nuove norme in materia di interventi contro la mafia e di misure di solidarietà in favore delle vittime della mafia e dei loro familiari", approvata dall'Assemblea regionale siciliana nella seduta del 6 agosto 1999, e, successivamente, promulgata come legge 13 settembre 1999, n. 20, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana del 17 settembre 1999, n. 44, v. *Corte Costituzionale, sentenza 5-13 marzo 2001 n. 55*. Nello stesso senso v. anche *Corte Costituzionale, sentenza 06 ottobre 2006 n. 322* a tenore della quale "pur non essendo ovviamente escluso che si sviluppino auspicabili forme di collaborazione tra apparati statali, regionali e degli enti locali volte a migliorare le condizioni di sicurezza dei cittadini e del territorio, tuttavia le forme di collaborazione e di coordinamento che coinvolgono compiti ed attribuzioni di organi dello Stato non possono essere disciplinate unilateralmente ed autoritativamente dalle Regioni, nemmeno nell'esercizio della loro potestà legislativa; esse debbono trovare il loro fondamento o il loro presupposto in leggi statali che le prevedano o le consentano, o in accordi tra gli enti interessati".

³⁶³ Per una disamina dall'attività e dei presupposti di esercizio della pubblica sicurezza nel diritto pubblico, v. DURANTE N., *Polizia Amministrativa e ordine amministrativo*, in AA.VV., *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2006.

³⁶⁴ Cfr. ex multiis *Scenari sulla sicurezza in Trentino - Tra sicurezza reale e sicurezza percepita*, in <http://transcrime.cs.unitn.it/tc/806.php>; *Terzo Rapporto sulla sicurezza nel Trentino. Sicurezza che fare? Dalla comunicazione alla progettazione degli interventi - Anno 2001* - in <http://transcrime.cs.unitn.it/tc/280.php> e *Settimo rapporto sulla sicurezza nel Trentino - Legalità, sicurezza e solidarietà nel governo del territorio tra riflessione teorica e azione politica - Anno 2005* in <http://transcrime.cs.unitn.it/tc/284.php>

³⁶⁵ Sottolinea T.A.R. Veneto, *Ordinanza 22 marzo 2010 n. 40/2010 Reg. Ord. Coll.*, nel rimettere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 T.U.E.L. innanzi alla Consulta, che "di tale disposizione non sia possibile darne una lettura costituzionalmente orientata, dubitando quindi della sua legittimità costituzionale per aver previsto in capo al Sindaco, quale ufficiale di governo, mediante l'inserimento della congiunzione "anche" prima delle parole "contingibili ed urgenti", un potere normativo vasto ed indeterminato, privo di elementi idonei a delimitarne la discrezionalità, solo finalisticamente orientato - nel rispetto esclusivamente dei principi generali dell'ordinamento e quindi finanche in deroga alle norme di legge e all'assetto delle competenze amministrative vigenti - alla eliminazione e semplice prevenzione di pericoli che minacciano, oltre che l'incolumità pubblica, anche la sicurezza urbana".

³⁶⁶ Circa la competenza del sindaco in merito all'adozione di provvedimenti di urgenza sottolinea NOBILE R., *Le ordinanze*, cit. che l'art. 54 T.U.E.L., come da ultimo riformato, "ha individuato una competenza funzionale ascritta al Sindaco, rafforzando in tal modo la sua posizione di ufficiale di governo con la finalità di connotarla in modo omogeneo ed esaustivo, a prescindere dal contenuto dei provvedimenti che egli intenda o possa adottare per inverarla nella sua azione di volta in volta necessaria". Invero, per una disamina concernente il riparto di competenze tra sindaco e dirigenti in materia di ordinanze cfr. ex multiis: T.A.R. Emilia Romagna Parma, sez. I, 26 giugno 2008, n. 326; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 14 febbraio 2008, n. 840; T.A.R.

La norma è frutto della esigenza di valorizzare il ruolo del Primo Cittadino³⁶⁷ nella gestione delle situazioni di emergenza che possano incidere negativamente sulla sicurezza della comunità locale³⁶⁸.

Diversi gli spunti di riflessione.

In primo luogo, è facile osservare, la norma devolve una competenza generale, abilitando il Sindaco ad adottare provvedimenti in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana anche (e non solo)³⁶⁹ contingibili ed urgenti³⁷⁰.

Campania Napoli, V, 15.gennaio.2007, n. 276; Consiglio di Stato, IV, 24 marzo 2006, n. 1537; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 3 ottobre 2003, n. 835; Cassazione penale, sez. I, 08 ottobre 2008, n. 39132. Ritengono, poi, non delegabile il potere di ordinanza T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 05 febbraio 2008, n. 555; Cassazione penale, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 38259 e Cassazione penale, sez. I, 28 gennaio 2003, n. 7025.

³⁶⁷ Parla di "Sindaco Sceriffo" SALCUNI G., "Ondate" securitarie e "argini" garantistici, cit., p. 2671

³⁶⁸ Secondo RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, I, p.140 la riformulazione dell'art. 54 T.U.E.L. è stato il frutto di pressioni esercitate sul Governo dal c.d. "Partito dei Sindaci" nel quadro della vicenda originatasi attorno alle ordinanze antilavavetri emesse dal Sindaco di Firenze nonché presidente dell'ANCI.

³⁶⁹ Secondo SALCUNI G., "Ondate" securitarie e "argini" garantistici, cit., p. 2673, "L'art. 54, comma 4., t.u.e.l. prevedendo che il Sindaco, ricorrendone i presupposti, possa emanare ordinanze, anche contingibili e urgenti, potrebbe far pensare che possano essere emanate ordinanze anche non contingibili e urgenti (id est ordinarie) in materia di ordine pubblico e sicurezza urbana. Vale a dire che l'ordinanza diverrebbe da extrema ratio una prima ratio di normazione in materia di sicurezza pubblica. La disposizione deve però essere sottoposta ad un'interpretazione riduttiva e costituzionalmente orientata perché altrimenti l'art. 54 t.u.e.l., così come poco chiaramente formulato, risulterebbe contrastare con gli artt. 3, 13, 23 e 25 Cost". Invero, la corretta esegesi della norma è stata da ultimo offerta dalla Consulta che, investita della questione di legittimità dell'art. 54 T.U.E.L., ha avuto modo di precisare che "Si deve notare, al riguardo, che nell'art. 54, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000 è scritto: «Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana». Si può osservare agevolmente che la frase «anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento» è posta tra due virgole. Si deve trarre da ciò la conclusione che il riferimento al rispetto dei soli principi generali dell'ordinamento riguarda i provvedimenti contingibili e urgenti e non anche le ordinanze sindacali di ordinaria amministrazione. L'estensione anche a tali atti del regime giuridico proprio degli atti contingibili e urgenti avrebbe richiesto una disposizione così formulata: «adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento [...]». La dizione letterale della norma implica che non è consentito alle ordinanze sindacali "ordinarie" – pur rivolte al fine di fronteggiare «gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» – di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti...Le ordinanze oggetto del presente scrutinio di legittimità costituzionale non sono assimilabili a quelle contingibili e urgenti, già valutate nelle pronunce appena richiamate. Esse consentono ai sindaci «di adottare provvedimenti di ordinaria amministrazione a tutela di esigenze di incolumità pubblica e sicurezza urbana» (sentenza n. 196 del 2009). Sulla scorta del rilievo sopra illustrato, che cioè la norma censurata, se correttamente interpretata, non conferisce ai sindaci alcun potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative o regolamentari vigenti, si deve concludere che non sussistono i vizi di legittimità che sono stati denunciati sulla base del contrario presupposto interpretativo". Così Corte Costituzionale, sentenza 13 aprile 2011, n. 115.

³⁷⁰ "Il potere di ordinanza è attribuito al Sindaco a tutto tondo. Ciò significa che la norma ascrive al Sindaco poteri di ordinanza secundum, praeter e contra legem, nel chiaro intento di dotarlo della più ampia gamma di possibilità per garantire la pienezza del diritto alla sicurezza. Talché il Sindaco può adottare ordinanze per attualizzare obblighi, ordini e divieti già previsti da norme generali ed astratte a prescindere dalla loro collocazione nella gerarchia delle fonti di regolazione. Il Sindaco, inoltre, può derogare a norme generali ed astratte che prevedono conseguenze tipiche in condizioni di ordinarità, adottando ordinanze in deroga a contenuto parimenti predeterminato. Il Sindaco, infine, può adottare ordinanze extra ordinem in deroga alle norme e financo contra legem per fornire risposta concreta ad eventi e situazioni non altrimenti sormontabili con provvedimenti amministrativi a contenuto predeterminato e tipico". Così NOBILE R., *Le ordinanze*, cit. Invero, la magistratura amministrativa ha avuto modo di precisare che sia erroneo "ridurre la potestà ex art. 54

Detta attribuzione, di portata sicuramente estesa, deve, però, necessariamente confrontarsi con i limiti (interni ed esterni)³⁷¹ che necessariamente contraddistinguono la competenza degli enti locali in ordine alla gestione di situazioni di emergenza³⁷² capaci di pregiudicare la libera e pacifica convivenza tra i consociati³⁷³.

Non si tratta certo, cioè, di riconoscere al sindaco una potestà di carattere generale in materia di gestione di problematiche riconnesse all'ordine pubblico ed alla sicurezza³⁷⁴, bensì di valorizzarne l'attitudine alla risoluzione di questioni che non implicino uno sconfinamento

alla risoluzione dei soli casi estremi di necessità ed urgenza, non tenendo conto dell'intera riscrittura del medesimo art. 54 e, soprattutto, del rafforzamento dei poteri del Sindaco quale ufficiale di Governo, ossia come soggetto attuatore, in ambito locale ed in relazione alle domande sociali di sicurezza che di volta in volta le singole collettività pongono, delle regole all'uopo stabilite a garanzia dell'unità dell'ordinamento e della stabilità sociale della Repubblica". Così T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 dicembre 2008, n. 12222. Per un commento critico v. PIAZZA M., *Ordinanza anti-prostituzione per il «buon costume» o scostumatamente anti-Costituzione?*, in www.eius.it/articoli/2009/001.asp.

³⁷¹ Nel rimettere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 T.U.E.L. innanzi alla Consulta il T.A.R. Veneto, *Ordinanza 22 marzo 2010, cit.*, afferma "oltre ogni ragionevole dubbio, l'impraticabilità di qualsivoglia interpretazione adeguatrice, in quanto la norma, nella sua indeterminata latitudine, in materie afferenti a diritti e libertà individuali, continuerebbe altrimenti a dare adito ad arbitrarie interpretazioni, mantenendo prassi ambigue ed incerte, modificabili a piacimento dal Sindaco secondo la propria Weltanschauung, e ispirate al fine di mantenere o accrescere il consenso da cui l'organo politico trae la propria legittimazione.... In primo luogo la norma della cui legittimità costituzionale si dubita, nel prevedere un potere d'ordinanza così configurato, viola i limiti costituzionali di legalità, tipicità e delimitazione della discrezionalità enucleabili dagli artt. 23, 97, 70, 76, 77 e 117 della Costituzione e chiaramente sanciti dalle sentenze della Corte Costituzionale 2 luglio 1956, n. 8, 27 maggio 1961, n. 26 e 4 gennaio 1977, n. 4, e 28 maggio 1987, n. 201".

³⁷² Richiama l'esigenza di leggere in modo obiettivo la portata dell'art. 54 T.U.E.L. tenendo in considerazione il sistema istituzionale ed amministrativo in cui si iscrive, CAIA G., *Incolumità pubblica e sicurezza urbana nell'amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.)*, in www.giustamm.it.

³⁷³ Per una disamina, anche in prospettiva storica, di ordinanze contingibili ed urgenti adottate dal Sindaco anche concernenti divieti o prescrizioni atte a ribadire o a ricondurre i comportamenti dei titolari dei diritti soggettivi all'osservanza di oneri, obblighi od obbligazioni *propter rem* previsti dalle leggi e dai regolamenti in capo al titolare del diritto soggettivo, v. CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit, pp. 793 ss.

³⁷⁴ Esempio è, in tal senso, la disamina della legittimità del provvedimento di divieto di circolazione nel territorio comunale qualora si indossi lo chador ovvero il burqa in ossequio alla tradizione religiosa musulmana. Il provvedimento sindacale, (annullato in via gerarchica dal Prefetto), in particolare, ordinava di adeguarsi alle norme che fanno divieto di comparire mascherati in luogo pubblico, espressamente includendo tra i "mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona" anche "il velo che copre il volto". Secondo la magistratura amministrativa, adita per l'annullamento del provvedimento di autotutela prefettizio, "Va chiarito anzitutto che il Sindaco, in quanto organo del Comune, non aveva nella specie competenza ordinaria e generale. Avendo emesso un atto generale in materia di pubblica sicurezza si deve quindi ritenere che egli abbia agito in funzione di Ufficiale di Governo e, quindi, nell'ambito di un rapporto gerarchico rispetto al Prefetto che pacificamente ammette in capo a quest'ultimo il potere di annullamento (TAR Lombardia, I^a sez, n. 10/2001). A ciò va aggiunta anche la considerazione che l'atto prefettizio impugnato espressamente richiama anche l'art. 2 del R.D. n. 773/1931, nel cui generale potere di assumere ordinanze d'urgenza ben può rientrare anche un atto di annullamento di altre ordinanze d'urgenza assunte da soggetti incompetenti... Risulta poi indiscutibile l'assenza di una competenza generale del Sindaco in materia di pubblica sicurezza oltre alla rilevata impossibilità di ridurre l'ordinanza sindacale, che interpreta il divieto di uso di caschi protettivi o di mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona ex art. 5 primo comma della l. 152/1975 come espressamente riferibile al "velo che copre il volto", a mera diffida al rispetto di una norma già esistente nell'ordinamento. E' infatti evidente che, per questa fondamentale parte, la disposizione di legge richiamata viene ad essere indiscutibilmente novata: infatti all'ordine (di legge) di non usare mezzi atti a rendere difficile il riconoscimento della persona si sovrappone l'ordine (sindacale) di considerare tali - a prescindere da ogni altra interpretazione - anche i tradizionali veli tipici delle donne musulmane comprensivi di burqa e chador. E' invece evidente, come già accennato, che a prescindere dai singoli casi concreti in cui ogni ufficiale di pubblica sicurezza è tenuto a valutare caso per caso se la norma di legge possa o meno ritenersi rispettata, un

nelle attribuzioni tipiche dell'autorità di pubblica sicurezza rivestita, in ambito provinciale, dal Prefetto³⁷⁵.

Così, per comprendere appieno l'esatta latitudine dei poteri conferiti ex art. 54 T.U.E.L. si dimostra pregiudiziale determinare i confini delle nozioni di incolumità pubblica e sicurezza urbana³⁷⁶ e ciò al fine di evidenziarne la differente consistenza rispetto alle contigue, ma

generale divieto di circolare in pubblico indossando tali tipi di coperture può derivare solo da una norma di legge che lo specifichi, il che è tra l'altro in linea con le implicazioni politiche di una simile decisione". Così T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645. Tale posizione è stata in seguito ribadita da Consiglio di Stato, 19 giugno 2008, n. 3076 secondo il quale *"con riferimento al "velo che copre il volto", o in particolare al burqa, si tratta di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture. In questa sede al giudice non spetta dare giudizi di merito sull'utilizzo del velo, né verificare se si tratti di un simbolo culturale, religioso, o di altra natura, né compete estendere la verifica alla spontaneità, o meno, di tale utilizzo. Ciò che rileva sotto il profilo giuridico è che non si è in presenza di un mezzo finalizzato a impedire senza giustificato motivo il riconoscimento".* Per un commento sull'intera vicenda v. RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco*, cit., p.141; MINNITI F., MINNITI M., *Tra libertà religiosa e ordine pubblico Sindaco ko alla guerra del velo islamico*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, 44, pp.108 ss.

³⁷⁵ Sempre con riferimento alla nota vicenda del divieto di comparire mascherati in luogo pubblico, espressamente includendo tra i "mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona" anche "il velo che copre il volto" statuito con provvedimento sindacale, Consiglio di Stato, 19 giugno 2008, n. 3076 ha avuto modo di precisare circa il ruolo rivestito dal Prefetto che *"Ai sensi dell'art. 15 della legge n. 121/1981, ove non siano istituiti commissariati di polizia, le attribuzioni di autorità locale di pubblica sicurezza sono esercitate dal sindaco quale ufficiale di Governo. Tali competenze sono esercitate dal sindaco in modo coordinato e dipendente dalle superiori autorità di pubblica sicurezza. Tra queste un ruolo fondamentale è svolto dal Prefetto, che, ai sensi dell'art. 13 della stessa legge, è autorità provinciale di pubblica sicurezza, cui è attribuita la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia ed il compito di sovrintendere all'attuazione delle direttive emanate in materia. Con riferimento alle funzioni esercitate dal sindaco in materia di pubblica sicurezza vi è, quindi, un rapporto di dipendenza dal Prefetto. In tale rapporto il Prefetto non ha solo il compito di sovrintendere all'attuazione delle direttive, ma conserva rilevanti poteri finalizzati ad incidere in modo diretto sulla gestione della pubblica sicurezza.....Spetta al Prefetto promuovere ogni misura idonea a garantire tale unità di indirizzo, svolgendo una fondamentale funzione di garante dell'unità dell'ordinamento in materia. L'adozione di ogni misura non può che includere anche il potere di annullamento d'ufficio degli atti adottati dal sindaco quale ufficiale di governo, che risultano essere illegittimi o che comunque minano la menzionata unità di indirizzo. L'ampiezza di tale potere è confermata anche dall'art. 2 del R.D. n. 773/1931, che gli attribuisce, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. Nel caso di specie, il Prefetto di Pordenone ha fatto uso di tali poteri nell'ambito delle proprie competenze".*

³⁷⁶ La magistratura amministrativa ha avuto modo di precisare che sia erroneo ritenere che *"l'aggettivo «urbano» debba esser inteso solo come delimitazione territoriale del concetto di sicurezza e non «... certo come certezza dell'urbanità dei cittadini...», ché tal aggettivo riguarda non già, o non solo il limite spaziale d'efficacia delle ordinanze sindacali, ma anche la stretta correlazione tra fenomeni di degrado civile o sociale o che destano grave allarme, in sé d'ordine globale, e la loro capacità di manifestarsi nel modo più patente o parossistico proprio nelle realtà urbane".* Così T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 dicembre 2008, n. 12222. Secondo RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco*, cit., p.145 *"A noi sembra che la sicurezza urbana non rappresenti un autentico bene giuridico, ma una sorta di contenitore emotivo che vorrebbe riassumere, appunto, uno stato d'animo, un sentimento collettivo di insicurezza vissuto dai cittadini, a volte, ma non sempre, corrispondente ad un reale pericolo per autentici, distinti beni giuridici (integrità fisica, libertà di autodeterminazione, patrimonio ecc.)".*

diverse, materie dell'ordine pubblico³⁷⁷ e della sicurezza pubblica³⁷⁸, com'è noto oggetto di competenza statale (legislativa ed amministrativa) esclusiva³⁷⁹.

Soccorre, sul punto, il D.M. 5 agosto 2008³⁸⁰ a tenore del quale *“per incolumità pubblica si intende l'integrità fisica della popolazione e per sicurezza urbana un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle*

³⁷⁷ Secondo l'art. 159 d. lgs. n. 112/98 per ordine pubblico si intende *“il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni”*. Sul punto v. CERRI A. *Ordine Pubblico (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. Giur. Treccani, XXV Vol.*, 1991; PANZA G., *Ordine Pubblico (Teoria Generale)*, in *Enc. Giur. Treccani, XXV Vol.*, 1991; PALADIN L. *Ordine pubblico*, in *Nuovissimo Digesto, XII Vol.*, 1965, pp. 130 ss. e CORSO G., *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche, X Vol.*, 1995, pp. 437 ss. Invero, la nozione di ordine pubblico rileva, all'interno dell'ordinamento giuridico, sotto diversi profili e, consequenzialmente, assolve diverse funzioni. Così, nel diritto privato, è possibile assistere ad una duplice valenza di tale istituto. Secondo una prima accezione, infatti, l'ordine pubblico viene identificato *“nell'insieme dei principi di natura politica ed economica della società, immanenti nell'ordinamento giuridico vigente”* e, in tale veste, costituisce parametro su cui rapportare l'illiceità degli elementi costitutivi del negozio giuridico (causa ed oggetto) ex artt. 1343 e 1346 c.c. In particolare, si parla di contrarietà all'ordine pubblico *“quando il contratto si pone in contrasto con quell'insieme di principi che sono alla base del corretto ed equilibrato funzionamento dell'ordinamento giuridico”*. Sul punto v. CARINGELLA F. DE MARZO G., *Manuale di diritto civile III. Il Contratto*, Milano, 2007 pp. 195 e 222. In materia v. anche *Corte Costituzionale, sentenza 16 marzo 2005 n. 95; Corte Costituzionale, sentenza 09 giugno 2004, n. 162*. Sempre con riferimento al diritto privato, poi, l'ordine pubblico assume una particolare consistenza come limite all'ingresso all'interno dell'ordinamento nazionale di norme giuridiche straniere in applicazione delle regole dettate dal diritto internazionale privato. In tale accezione, il concetto di ordine pubblico comprende *“il complesso dei principi, ivi compresi quelli desumibili dalla Carta Costituzionale, che formano il cardine della struttura economico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia, nonché quelle regole inderogabili e fondamentali immanenti ai più importanti istituti giuridici nazionali”*. Così e per un approfondimento v. NOVELLI G., *Compendio di diritto internazionale privato*, Napoli, 2000, pp. 53 ss. In diritto pubblico, poi, tradizionalmente si assiste alla dicotomia ordine pubblico ideale/materiale. Secondo la prima opzione, all'ordine pubblico ideale dovrebbe essere riconosciuta la natura di *“principio, o complesso di principi, che, in base ad un criterio di prevalenza, si contrappongono all'esercizio di diritti o all'affermazione di altri principi riconosciuti dall'ordinamento. Nella seconda direzione, al contrario, si sono attribuite all'ordine pubblico le caratteristiche di una più specifica e concreta situazione di fatto che, trovandosi in relazione ad altra situazione di fatto, ne determina i limiti entro i quali quest'ultima può liberamente e legittimamente esplicarsi. La dottrina prevalente è stata comunemente tesa ad evitare di dare al concetto di ordine pubblico, nel nostro ordinamento, una connotazione di tipo ideale...In buona sostanza, immaginare un concetto di ordine pubblico come una sorta di “super principio” dell'ordinamento (superiore e condizionate rispetto a tutti gli altri principi garantiti dalla Costituzione) significherebbe conferire all'autorità amministrativa – in particolare a quella di pubblica sicurezza – con ampio margine di discrezionalità, la potestà di affermare i contenuti essenziali dei valori dell'ordinamento giuridico: potestà che, al contrario, deve essere prerogativa di altri poteri espressivi della sovranità popolare”*. Così e per un approfondimento v. PIANTEDOSI M., *Il nuovo sistema dell'ordine pubblico e della sicurezza dopo la riforma del titolo V, Parte seconda della Costituzione*, in *Giustizia amministrativa*, 2004, 6, pp. 1235 ss. Sul punto v. anche GAROFOLI R. *Manuale di diritto penale. Parte Speciale I*, Milano, 2005, p. 403 e MOCCIA S., *Ordine Pubblico (Disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. Giur. Treccani, XXV Vol.*, 1991.

³⁷⁸ Secondo un primo approccio *“ordine pubblico e sicurezza pubblica non concretizzano due concetti distinti anche se correlati. Essi non esprimono differenti aspetti o valori da tutelare, come dimostra la legislazione amministrativa più recente che richiama sistematicamente le due definizioni in maniera congiunta, dimostrando di voler esprimere un unico concetto per mezzo di due termini coordinati che, pertanto, costituiscono, dunque un'endiadi...ma nel tempo non sono mancate espressioni tese a riconoscere una differenziazione di fondo tra i due concetti, tali da considerarli elementi di una dicotomia...si è tradizionalmente ritenuto che con il termine sicurezza si facesse riferimento, prevalentemente, ad un generale principio di salvaguardia e tutela dell'incolumità fisica delle persone ed alla integrità fisica e giuridica dei loro beni. In buona sostanza tale*

*norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale*³⁸¹”.

Così, il sindaco interviene oggi per prevenire e contrastare: *a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti*³⁸², *lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili*³⁸³ *e i fenomeni di violenza legati anche all'abuso di alcool*³⁸⁴;

concessione del termine sicurezza si fonda sulla contrapposizione logica del concetto di ordine pubblico, da una parte, inteso come un qualcosa che attiene ad un principio o ad un complesso di principi, a quello di sicurezza pubblica, dall'altra, inteso come qualcosa che attiene alla salvaguardia materiale della pacifica convivenza e coesistenza dei cittadini”. Così e per un approfondimento v. PIANTEDOSI M, *Il nuovo sistema dell'ordine pubblico e della sicurezza*, cit., p. 1241 ss. Sul punto v. anche FOÀ S., *Sicurezza pubblica*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche, XVII Vol.*, 1999, pp. 127 ss. Ai fini della configurazione del rapporto tra ordine pubblico e sicurezza alla stregua di endiadi ovvero di dicotomia v. anche *Corte Costituzionale, sentenza 10-26 luglio 2002, n. 407*. In dottrina v. CAIA G., *Incolunità pubblica e sicurezza urbana*, cit. e MUSOLINO S., *I rapporti Stato-Regioni nel nuovo Titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte Costituzionale*, Milano, 2007, p. 157.

³⁷⁹ Sul punto v. *Corte Costituzionale, sentenza 8-17 marzo 2006 n. 105*. Per un approfondimento v. BONETTI P., *La giurisprudenza costituzionale sulla materia "sicurezza" conferma la penetrazione statale nelle materie di potestà legislativa regionale*, in www.forumcostituzionale.it/site/index.php?option=com_file_index&key=1118&name=1138.pdf.

³⁸⁰ Sulla natura giuridica di tale provvedimento, la magistratura amministrativa ha avuto modo di precisare che “*un atto ministeriale, affinché sia valutabile come fonte normativa secondaria, deve possedere (non solo e non tanto la dicitura «regolamento», ma anche e soprattutto) il requisito dell'astrattezza, insieme a quello della generalità. Invece, limitandosi a fissare una tantum le definizioni di «incolunità pubblica» e di «sicurezza urbana» di cui all'art. 54 comma 1 e 4 d.lgs. n. 267 del 2000 ed essendo più che altro volto a curare in concreto gli interessi pubblici degli enti locali circa il fenomeno dello «street sex working», il d.m. 5 agosto 2008 non regola una serie indefinita di fattispecie riferibili a dette clausole, bensì predispone soltanto le linee-guida per indirizzare ed uniformare la potestà sindacale d'ordinanza in materia, su tutto il territorio della Repubblica*”. Così T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 dicembre 2008, n. 12222.

³⁸¹ “*Si tratta d'una definizione che, ad una sua serena lettura ed anche alla luce di un'elaborazione complessa ed articolata delle scienze criminologica e sociologica, s'appalesa non solo razionale e proporzionata rispetto alla clausola che intende interpretare, ma soprattutto descrittiva delle utilità pubbliche della sicurezza e dell'integrità della convivenza civile in ambito cittadino. Per vero, il DM impugnato fornisce della sicurezza pubblica una precisazione ben ferma ed ancorata a criteri obiettivi, sì da garantire uniformità e rigore nell'esercizio di quella discrezionalità, propria del potere sindacale d'ordinanza di cui i livelli di governo locali possono avvalersi in base all'art. 54, commi 1 e 4 del Dlg 267/2000 non solo in via d'urgenza, ma soprattutto in via ordinaria. E ciò per rispondere, in modo più rapido e flessibile, alla domanda di vita ordinata e socialmente non degradata che le collettività locali rivolgono anzitutto ai loro enti esponenziali. La volizione del legislatore è, dunque, rivolta sia ad ampliare la sfera d'intervento e di responsabilità degli amministratori locali, mercé l'attribuzione ad essi di poteri ordinari e straordinari a fronte dell'insicurezza derivante, specie nei grandi centri urbani, dal complesso dei gravi fenomeni di degrado civile e sociale; sia a temperare, attraverso l'interposizione delle precisazioni recate dal DM impugnato tra la fonte primaria ed il concreto provvedere, siffatte esigenze locali con l'unitarietà dell'ordinamento e con l'uso corretto, razionale e proporzionato della discrezionalità sottesa alla potestà d'ordinanza*”. Così T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 dicembre 2008, n. 12222.

³⁸² Cfr. *Ordinanza 30 gennaio 2009 n. 4* secondo cui “*Per contrastare le difficili situazioni di degrado urbano che risultano pesantemente diffuse in città, il Sindaco di Padova vieta, nelle aree pubbliche o aperte al pubblico che riguardano le zone residenziali di Padova, di acquistare o ricevere sostanze stupefacenti o psicotrope, e vieta inoltre il consumo di queste sostanze in luoghi pubblici o aperti al pubblico*”.

³⁸³ Secondo NOBILE R., *Le ordinanze*, cit., “*In questo caso, le ordinanze sindacali mirano alla preservazione del decoro urbano ed alla minaccia all'incolunità pubblica, che si concretizzano in presenza di comportamenti ripugnanti quali l'ostentazione di menomazioni e l'utilizzazione di minori, disabili e anziani. In questo modo, possono essere sanzionati in via amministrativa tutti quei comportamenti vessatori e petulanti frapposti da mendicanti ed accattoni che, in ragione delle loro modalità, possono essere prodromo di molestie, di intralcio al traffico ed in generale di limitazione alla libera ed ordinata utilizzazione e fruizione indisturbata degli spazi pubblici ed aperti al pubblico*”.

- b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimonio pubblico e privato³⁸⁵ o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana;
- c) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b);
- d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità³⁸⁶ o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico;

³⁸⁴ Secondo NOBILE R., *Le ordinanze*, cit., “le ordinanze sindacali hanno la finalità immediata di contrastare l'abbandono sulla pubblica via di bottiglie, lattine ed in genere dei contenitori delle bevande consumate. Altra finalità conseguita è prevenire l'insorgenza di comportamenti violenti o genericamente facinorosi dovuti al calo dei freni inibitori a séguito del consumo di alcool, osservato che essi sono di ostacolo alla piena e serena fruizione delle aree e degli spazi liberamente frequentati dai cittadini o che essi hanno comunque il diritto di frequentare indisturbati”. In merito si rinvia anche a quanto detto in nota 119.

³⁸⁵ Secondo NOBILE R., *Le ordinanze*, cit., “Le ordinanze sindacali adottate mirano a tutelare il decoro urbano nella prospettiva di garantire la fruizione libera ed indisturbata del patrimonio artistico della città e di approntare forme di tutela della proprietà in generale. I comportamenti vietati sono quindi quelli del danneggiamento dei monumenti comunque effettuato, della lordatura dei muri delle case di civile abitazione con scritte, graffiti, murali e consimili opere pseudoartistiche”.

³⁸⁶ Esempio si è rivelata, in passato la nota vicenda delle ordinanze antilavavetri emessa dal Sindaco di Firenze sul presupposto “che notoriamente sulle strade cittadine e agli incroci semaforici da tempo si registra il fenomeno di persone che si avvicinano agli automobilisti, durante talune fasi della circolazione, per offrire attività di pulizia vetri o fari dell'automezzo e aspettarsi, in conseguenza, l'elargizione di denaro...che i comportamenti di cui sopra si connotano, come detto in casi sempre numerosi, per il fatto che l'attività di pulizia vetri o fari dell'automezzo non è più semplicemente offerta, ma di fatto svolta senza alcuna richiesta, talora anche a fronte di un esplicito rifiuto da parte dello stesso automobilista e che, nei fatti, tali comportamenti assumono la forma dell'insistenza anche ripetuta accompagnata dal materiale inizio di alcune attività sul veicolo stesso (ad esempio con l'appoggio di attrezzatura varia sul veicolo e l'alterazione di dotazioni dello stesso come il sollevamento del tergicristallo)..e che , in sempre più numerosi casi, la preoccupazione preventiva dei cittadini si manifesta in comportamenti improntati al timore e ad uno stato d'animo di ansietà con conseguenti atteggiamenti difensivi e di protezione (ad esempio chiusura ermetica e totale dei finestrini e delle portiere; fermata anticipata rispetto alla linea di arresto dell'incrocio con breve ripartenza e nuovo arresto indipendenti dalle segnalazioni semaforiche; decisione di attraversamento dell'incrocio pur in presenza di indicazione semaforica gialla all'unico scopo di evitare l'eventualità di comportamenti come sopra descritti) o improntati alla reazione emotiva anche forte”. Cfr. Sindaco di Firenze. Ordinanza 11 settembre 2007 n. 2007/00833 - Oggetto: tutela dell'incolumità pubblica nelle strade cittadine e agli incroci semaforici. Impugnata innanzi al giudice amministrativo, T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 27 agosto 2008, n. 1889 ha dichiarato inammissibile il gravame “in considerazione della circostanza della non riconducibilità della c.d. "figura del lavavetro", ad alcuna attività lavorativa giuridicamente riconosciuta; la sussistenza dell'interesse a ricorrere, per giurisprudenza pacifica, esige che il provvedimento impugnato abbia arrecato un concreto pregiudizio al ricorrente e che, dunque, vi sia una effettiva lesione della sfera di quest'ultimo. Va altresì rilevato che l'interesse processuale deve essere personale, cioè riferirsi alla persona del singolo ricorrente, non essendo assolutamente ammissibile la proposizione di un ricorso nell'interesse di terzi, come nella specie si presenta il ricorso proposto dalla ricorrente, dato che tale ricorso appare finalizzato, non alla tutela della posizione di essa ricorrente, ma a quella degli appartenenti alla categoria dei cosiddetti "lavavetri". Per una ricostruzione dell'intera vicenda v. SALCUNI G., “Ondate” securitarie e “argini” garantistici, cit., pp. 2682 ss.; 13 RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco*, cit., pp. 133 ss.

e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada³⁸⁷ o l'accattonaggio molesto possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi³⁸⁸.

Orbene, seppur il citato decreto ministeriale interviene, almeno in apparenza, nel senso di contribuire a circoscrivere la latitudine applicativa della norma di legge che, in definitiva, si traduce nel conferimento ai sindaci del potere di emanare ordinanze di ordinaria

³⁸⁷ Esemplare è il caso affrontato da T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 22 dicembre 2008, n. 1222 secondo cui “foss'anche, però, del tutto libera, la prostituzione su strada, proprio per il tipo d'offerta che propone, in ogni caso sottrae spazi di vita sociale e civile al resto della collettività, che in pari libertà d'espressione e di pensiero degli street sex workers, può non dividerne, né accettarne il mercato ed i suoi effetti. Irrilevante s'appalesa allora il fatto che, da sola, la prostituzione non costituisca reato, perché, per un verso, essa dà luogo a negozi illeciti per violazione dell'ordine pubblico e del buon costume, donde l'attuale disvalore in sé giuridico dell'attività stessa, anche nei confronti dei relativi consumatori. E per altro verso, già da sola, ossia anche a non considerare gli effetti criminali che l'accompagnano o la inducono, nella sua dimensione attuale essa s'impone alla restante collettività per sua forza non di libera concorrenza ma pervasiva, ossia come uno spazio di mercato del tutto anomalo e che la cittadinanza subisce e sente come degrado della convivenza civile... Non a caso l'impugnato DM reprime, come illecito amministrativo, più che lo street sex in sé, quelle sue pratiche che, specie se non previamente negoziate tra tutti gli attori sociali e maxime gli abitanti del territorio in cui v'è il mercato sessuale, alimentano i fattori disgreganti di sicurezza e coesione sociale. Si tratta, per vero, di tutte quelle pratiche che offendono il bene giuridico protetto della pubblica decenza e dell'oneste vivere per le loro modalità di manifestazione, o perché limitano l'altrui libertà alla vita serena ed alla libera fruizione di spazi pubblici occupati per il mero tornaconto di chi organizza ed esercita il meretricio”. Va segnalata, però, l'opzione perorata da T.A.R. Veneto, Sez. III, Ordinanza 08 gennaio 2009 n. 22, a tenore della quale “l'ordinamento vigente non consente la repressione di per sé dell'esercizio dell'attività riguardante le prestazioni sessuali a pagamento prescindendo dalla rilevanza che tale attività possa assumere sotto altri profili, autonomamente sanzionabili, per le modalità con cui è svolta o per la concreta lesione di interessi riconducibili alla sicurezza urbana... tale conclusione appare avvalorata anche dall'art. 2, primo comma, lett. e), del decreto ministeriale 5 agosto 2008, il quale ricollega espressamente l'esercizio dei poteri del Sindaco a comportamenti che, per le modalità con cui si manifestano, possono offendere la pubblica decenza, il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione dei medesimi...che parimenti fondata appare altresì la censura con la quale parte ricorrente lamenta che sono vietate su tutto il territorio comunale senza limiti e sono conseguentemente suscettibili di sanzione, anche condotte che, descritte in modo approssimativo e generico, possono risultare in concreto non lesive di interessi riconducibili alla sicurezza urbana in quanto non dirette in modo non equivoco all'esercizio dell'attività riguardante le prestazioni sessuali a pagamento, quali “l'intrattenersi anche dichiaratamente solo per chiedere informazioni, con soggetti che esercitano l'attività di meretricio su strada o che per l'atteggiamento, ovvero per l'abbigliamento ovvero per le modalità comportamentali manifestano comunque l'intenzione di esercitare l'attività consistente in prestazioni sessuali”.

³⁸⁸ Cfr. il D.M. 5 agosto 2008. Naturalmente, il succitato catalogo non esaurisce di certo gli ambiti materiali entro i quali può legittimamente svolgersi il potere di ordinanza sindacale. Un esempio è rappresentato dall'ordinanza emessa dal Sindaco di Cittadella che subordina l'iscrizione anagrafica degli stranieri comunitari, soltanto laddove questi dimostrino il possesso di risorse economiche sufficienti per sé e la propria famiglia ovvero lo svolgimento di un lavoro autonomo o dipendente. Per un commento sulla vicenda v. CORTESE F., *Il “caso” Cittadella: ovvero, breve vademecum per leggere una controversa ordinanza*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/diritti_liberta/0001_cortese.pdf e RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco*, cit., p.142. Un altro esempio, sicuramente significativo perché capace di involgere, in astratto, diversi profili, è rappresentato dai provvedimenti adottati in materia di determinazione degli orari di chiusura di locali pubblici a causa degli schiamazzi notturni causati dallo stazionamento sulla pubblica via degli avventori. Ed infatti, “L'interesse alla quiete pubblica, strettamente connesso alla salute pubblica, prevale sugli interessi commerciali dei pubblici esercizi e sulla gratificazione dei suoi frequentatori; pertanto, una volta comunque accertata la lesione di quel bene, una tale prevalenza impone alle autorità preposte di avvalersi di ogni strumento idoneo a tutelarlo, inclusa la limitazione degli orari di apertura”. Cfr. T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 30 novembre 2007, n. 3807. Con maggiore impegno esplicativo, v'è da dire che “Il diritto alla quiete, come espressione del diritto alla salute psicofisica, prevale certamente sugli interessi economici di quanti costituiscano la causa diretta od

amministrazione le quali, pur non potendo derogare a norme legislative o regolamentari vigenti, si presentano come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, (se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell'esigenza «di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»), ciononostante la natura intrinsecamente amministrativa del provvedimento ministeriale ne determina la non idoneità dell'atto, in ossequio al principio di legalità, a produrre un effettivo contenimento del potere di ordinanza così implicando, in ultima analisi, un evidente *vulnus* ai precetti costituzionali sanciti ex artt. 23 e 97 della Carta Fondamentale.

Diversamente opinando, infatti, si assisterebbe ad un'inammissibile inversione delle regole positivamente (costituzionalmente) sancite in materia di gerarchia delle fonti.

Com'è noto, il principio di legalità impone non solo che il potere amministrativo sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma richiede altresì che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa.

Invero, le ordinanze enucleate ex art. 54 T.U.E.L. incidono, per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica 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 amministrare, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che, pur indirizzati alla

indiretta del disturbo, svolgendo (come nel caso) un'attività economica di cui essi soli percepiscono i proventi, riversandone viceversa sulla collettività circostante i pregiudizi; egualmente, tale diritto prevale su quello che, nel presente ricorso, viene definito l'interesse della "gioventù utente" ad "aggregarsi" durante la notte in luoghi pubblici, sia perché la socializzazione può svolgersi anche in altro orario, sia, più realisticamente, perché quella ben può riunirsi, durante le ore notturne, in luoghi in cui non interferiscono con le altrui esigenze di riposo, mentre, ovviamente, non è vero l'opposto". Cfr. T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 22 maggio 2007, n. 1582. Sul punto v. anche Consiglio Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 828; T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 22 maggio 2007, n. 1582; T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 06 marzo 2007, n. 637; Consiglio Stato, sez. IV 25.9.2006 n. 5639; T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, 20 maggio 2005, n. 64; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 170 del 2003. Invero, "gli schiamazzi notturni degli avventori di un esercizio pubblico possono essere un elemento in base al quale il Sindaco adotta un'ordinanza di necessità, allorché il disagio provocato agli abitanti del posto raggiunge un grado di intollerabilità, oggettivamente accertato, tale da assurgere a una forma di vero e proprio inquinamento acustico con danno alla salute delle persone; in siffatta situazione, qualora, cioè, si raggiunga tale stato di emergenza, deve riconoscersi al Sindaco il potere di intervenire con i mezzi eccezionali che l'ordinamento pone a sua disposizione con l'art. 38, comma 2 bis, introdotto dall'art. 11, l. 3 agosto 1999 n. 265 (oggi trasfuso dell'art. 54, d.lg. 18 agosto 2000 n. 267), che lo facoltizza « a modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici » per fronteggiare l'inquinamento acustico". Cfr. Consiglio Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4041; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 27 ottobre 1998 n. 1710. Infine, ingenera una qualche perplessità la tesi, perorata in giurisprudenza, a tenore della quale sarebbe possibile ascrivere ai proprietari di pubblici esercizi una specifica posizione di garanzia in relazione alla tutela del bene giuridico della quiete pubblica aggredito (o anche solo esposto a pericolo) a causa degli schiamazzi dei clienti al di fuori dell'esercizio commerciale. Così, "risponde del reato di disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone il gestore di un pubblico esercizio (nella specie, una pizzeria) che non impedisca i continui schiamazzi provocati dagli avventori in sosta davanti al locale anche nelle ore notturne. (La Corte ha precisato che la qualità di titolare della gestione dell'esercizio pubblico comporta l'assunzione dell'obbligo giuridico di controllare, con possibile ricorso ai vari mezzi offerti dall'ordinamento come l'attuazione dello "ius excludendi" e il ricorso all'autorità, che la frequenza del locale da parte degli utenti non sfoci in condotte contrastanti con le norme poste a tutela dell'ordine e della tranquillità pubblica". Cfr. Cassazione penale, sez. I, 03 dicembre 2008, n. 48122

tutela di beni pubblici importanti, impongono comunque, in maggiore o minore misura, prestazioni e restrizioni, personali e/o patrimoniali, che si inquadrano a pieno titolo entro la sfera di operatività della previsione contemplata ex art. 23 della Costituzione.

Ora, se è vero che la riserva di legge ivi contemplata ha indubbiamente carattere relativo, (nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione), ciononostante detto attributo *“non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini”*³⁸⁹.

In tal contesto, il il D.M. 5 agosto 2008, se assolve alla funzione di regolare i rapporti tra autorità centrale e periferiche nella materia, non può certo soddisfare la riserva di legge, in quanto si tratta di atto non idoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini. Il decreto, infatti, si pone esso stesso come esercizio dell'indicata discrezionalità, che viene pertanto limitata solo nei rapporti interni tra Ministro e sindaco, quale ufficiale del Governo, senza trovare fondamento in un atto avente forza di legge³⁹⁰.

Per tali ragioni l'art. 54 T.U.E.L. *“nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti – pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti – viola la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., in quanto non*

³⁸⁹ Così Corte Costituzionale, sentenza 13 aprile 2011, n. 115, cit. che prosegue precisando che *“Secondo la giurisprudenza di questa Corte, costante sin dalle sue prime pronunce, l'espressione «in base alla legge», contenuta nell'art. 23 Cost., si deve interpretare «in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione» (sentenza n. 4 del 1957). Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessario che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione» (sentenza n. 190 del 2007). È necessario ancora precisare che la formula utilizzata dall'art. 23 Cost. «unifica nella previsione i due tipi di prestazioni “imposte” e «conserva a ciascuna di esse la sua autonomia», estendendosi naturalmente agli «obblighi coattivi di fare» (sentenza n. 290 del 1987). Si deve aggiungere che l'imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di “prestazione”, in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare”.*

³⁹⁰ In tal senso Corte Costituzionale, sentenza 13 aprile 2011, n. 115, cit. che altresì precisa che *“solo se le limitazioni e gli indirizzi contenuti nel citato decreto ministeriale fossero stati inclusi in un atto di valore legislativo, questa Corte avrebbe potuto valutare la loro idoneità a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei sindaci. Nel caso di specie, al contrario, le determinazioni definitorie, gli indirizzi e i campi di intervento non potrebbero essere ritenuti limiti validi alla suddetta discrezionalità, senza incorrere in un vizio logico di autoreferenzialità”.*

*prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati. Questi ultimi sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge*³⁹¹.

L'assenza di una valida base legislativa, poi, è destinata vieppiù a tradursi, in mancanza di parametri normativi di rango primario sulla base dei quali misurare e valutare l'intrinseca ragionevolezza dei provvedimenti amministrativi adottati, nella lesione del "*principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, giacché gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci. Non si tratta, in tali casi, di adattamenti o modulazioni di precetti legislativi generali in vista di concrete situazioni locali, ma di vere e proprie disparità di trattamento tra cittadini, incidenti sulla loro sfera generale di libertà, che possono consistere in fattispecie nuove ed inedite, liberamente configurabili dai sindaci, senza base legislativa*"³⁹².

Sotto il profilo procedurale, infine, nel quadro della corretta definizione dei rapporti (di gerarchia e/o sovraordinazione) tra il Sindaco, (laddove assolva a funzioni amministrative nella qualità di Ufficiale di Governo) ed il Governo, l'art. 54 T.U.E.L. impone la comunicazione dell'adottanda ordinanza in favore del Prefetto³⁹³ e ciò, naturalmente, al fine di riconoscere effettività al principio di leale collaborazione³⁹⁴ e, al contempo, più

³⁹¹ Così Corte Costituzionale, sentenza 13 aprile 2011, n. 115, cit. a tenore della quale "*si deve rilevare altresì la violazione dell'art. 97 Cost., che istituisce anch'esso una riserva di legge relativa, allo scopo di assicurare l'imparzialità della pubblica amministrazione, la quale può soltanto dare attuazione, anche con determinazioni normative ulteriori, a quanto in via generale è previsto dalla legge. Tale limite è posto a garanzia dei cittadini, che trovano protezione, rispetto a possibili discriminazioni, nel parametro legislativo, la cui osservanza deve essere concretamente verificabile in sede di controllo giurisdizionale. La stessa norma di legge che adempie alla riserva può essere a sua volta assoggettata – a garanzia del principio di eguaglianza, che si riflette nell'imparzialità della pubblica amministrazione – a scrutinio di legittimità costituzionale. La linea di continuità fin qui descritta è interrotta nel caso oggetto del presente giudizio, poiché l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza. L'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente pertanto che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge*".

³⁹² Così Corte Costituzionale, sentenza 13 aprile 2011, n. 115, cit. che, in definitiva, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come sostituito dall'art. 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125, nella parte in cui comprende la locuzione «, anche» prima delle parole «contingibili e urgenti» per tale via limitando il potere di emanare ordinanze a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana ai casi in cui sussistano presupposti di contingibilità e urgenza.

³⁹³ Per un approfondimento sulle competenze ed il ruolo rivestito dal Prefetto all'interno dell'ordinamento, v. LAURO R., MADONNA V., *Il prefetto della repubblica Tra istituzioni e società*, Repubblica di San Marino, 2005; MASI A., *Prefetto*, in *Enc. Giur.*, XXXIV Vol., 1985, pp. 947 ss.; MAZZARELLI V. *Prefetto*, in *Enc. Giur.*, XXXIV Vol., 1985, pp. 947 ss. e CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit. p.806 ss.

prosaicamente, permettere l'eventuale predisposizione degli strumenti ritenuti necessari per l'attuazione delle misure contenute nel provvedimento contingibile³⁹⁵.

Vieppiù, le ordinanze *de quibus* vanno adeguatamente pubblicizzate³⁹⁶ mediante affissione dell'avviso della loro adozione all'albo pretorio e comunicate personalmente in caso della previsione di destinatari determinati *ex ante*³⁹⁷.

Qualora, poi, l'ordinanza sia rivolta a persone determinate e queste non ottemperino all'ordine impartito, il sindaco può provvedere d'ufficio, a spese degli interessati³⁹⁸, senza pregiudizio dell'azione penale per i reati in cui siano incorsi³⁹⁹.

3. Conclusioni.

L'emergenza riconnessa a catastrofi naturali, a fenomeni di amplificazione del rischio antropico o, più semplicemente, le condizioni di degrado urbano e le molteplici fonti di

³⁹⁴ Per un approfondimento delle questioni più significative concernenti il raccordo tra le varie Istituzioni in ambito provinciale in materia di ordine e sicurezza v. *DE CAROLIS D.*, *Brevi considerazioni sul Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in www.lexitalia.it. Sul punto v. anche *CAIA G.*, *Incolunità pubblica e sicurezza urbana*, cit.

³⁹⁵ Si noti, inoltre, che qualora i provvedimenti adottati dai sindaci comportino conseguenze sull'ordinata convivenza delle popolazioni dei comuni contigui o limitrofi, il prefetto indice un'apposita conferenza alla quale prendono parte i sindaci interessati, il presidente della provincia e, qualora ritenuto opportuno, soggetti pubblici e privati dell'ambito territoriale interessato dall'intervento.

³⁹⁶ In relazione alle esigenze di pubblicità si rinvia a quanto detto all'interno della nota 63.

³⁹⁷ *"Il Comune può adottare l'ordinanza contingibile ed urgente di cui all'art. 54, d.lg. n. 267 del 2000, individuando i destinatari in base alla situazione di fatto che si presenta nell'immediato, indipendentemente da ogni laboriosa e puntuale ripartizione, di fronte a più soggetti eventualmente obbligati, dei rispettivi oneri di concorso all'eliminazione dell'accertata situazione di pericolo"*. Così *T.A.R. Lombardia Milano*, sez. II, 12 novembre 2008, n. 5310.

³⁹⁸ Si tratta di attribuire, espressamente, ai provvedimenti contingibili ed urgenti, il carattere della immediata esecutorietà ed esecutività, in conformità, naturalmente, ai tratti peculiari di tali provvedimenti che necessitano, per definizione, una pronta attuazione. Sul punto v. *VICONTE G.*, *Ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., p. 500.

³⁹⁹ Sul punto, la giurisprudenza ritiene pacificamente applicabile, nei diversi casi di ordinanze contingibili emesse dal sindaco, la disciplina dettata dall'art. 650 c.p. Cfr. *ex multis*: *Cassazione penale*, sez. I, 04 dicembre 2007, n. 237; *Cassazione penale*, sez. I, 16 gennaio 2007, n. 15881; *Cassazione penale*, sez. I, 08 febbraio 2007, n. 7893; *Cassazione penale*, sez. I, 10 novembre 2006, n. 40316; *Cassazione penale*, sez. V, 30 luglio 2004, n. 35576; *Cassazione penale*, sez. V, 30 luglio 2004, n. 35576. Va comunque precisato, però, che *"La previsione di una sanzione amministrativa impedisce di applicare alla medesima fattispecie la sanzione penale prevista dall'art. 650 c.p."*. Così *Tribunale Teramo*, 08 luglio 2009. Ciò, in particolare, rileva allorché la condotta sanzionata dall'ordinanza contingibile integri un mero illecito amministrativo come ritenuto, ad esempio, in relazione alla nota vicenda dell'ordinanza antilavavetri emessa dal Sindaco di Firenze nel 2007. Vieppiù, l'ascrizione di responsabilità penale in capo al trasgressore *"è complicata da non meno di due fattori. Il primo riguarda la natura giuridica dell'art. 650 c.p. di norma penale in bianco. Il secondo è in stretta relazione con la problematica dell'errore di diritto su legge extrapenale e quindi con l'interpretazione dell'art. 47, comma 3 c.p. e con le sue relazioni con l'art. 5 c.p."*. Così e per un approfondimento v. *NOBILE R.*, *Le ordinanze*, cit. Sul generale problema, poi, della possibile violazione del principio costituzionale di riserva assoluta di legge in materia penale mediante l'adozione di ordinanze ex art. 54 T.U.E.L., v. *SALCUNI G.*, *"Ondate" securitarie e "argini" garantistici*, cit., pp. 2683 ss.; *13 RUGA RIVA C.*, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco*, cit., pp. 133 ss. e *CAVALLO PERIN R.*, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., p.783. In relazione, poi, all'art. 650 c.p. e sulla possibilità di integrazione del precetto penale da parte di atti amministrativi v. *VICONTE G.*, *Ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., p. 501 e *GAROFOLI R.* *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008, pp. 21 ss. e *GAROFOLI R.* *Manuale di diritto penale. Parte Speciale II*, Milano, 2005, pp. 441 ss.

insicurezza proprie di una comunità locale hanno una natura complessa e composita⁴⁰⁰ e richiedono, inevitabilmente, l'attivazione di risposte adeguate, frutto di governance allargata.

In tal contesto, l'esercizio del potere di ordinanza non costituisce la soluzione, bensì rappresenta solo uno dei possibili mezzi di gestione temporanea delle emergenze⁴⁰¹ a fronte delle quali non va mai dimenticato il rispetto dei diritti fondamentali di libertà⁴⁰² che, però, *“come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averli conquistati una volta per sempre, ma occorre difenderli e custodirli quotidianamente rendendosene degni, avendo l'animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fossero in pericolo”*⁴⁰³.

E questo è il compito non solo dello Stato-Amministrazione bensì, più propriamente, dello Stato-Comunità.

⁴⁰⁰ In tal senso e per un approfondimento v. Vandelli L., *Le ordinanze del sindaco in materia di sicurezza urbana*, in www.astrid-online.it/Sicurezza-/Studi--ric/Vandelli_Ordinanze-sicurezza-urbana.pdf.

⁴⁰¹ Richiama ad un uso del potere di ordinanza *cum grano salis* NOBILE R., *Le ordinanze*, cit.

⁴⁰² *“I diritti fondamentali divengono così l'espressione di un ordinamento libero già realizzatosi e, allo stesso tempo, costituiscono il presupposto affinché questo ordinamento si ricostituisca continuamente tramite l'esercizio individuale delle libertà da parte di tutti”*. Così HABERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 39

⁴⁰³ Così JEMOLO C.A., *Che cos'è la Costituzione*, Roma, 1946, p. 63.

CAPITOLO SECONDO
NOTE MINIME IN MATERIA DI LIBERTÀ DI RIUNIONE E TUTELA
DELL'ORDINE PUBBLICO

1. La ricerca del difficile equilibrio tra consenso e dissenso alla base della partecipazione democratica dei cittadini all'interno dello Stato di diritto. 2. La ricerca del difficile equilibrio tra la garanzia di effettività del diritto di riunione e la tutela dell'ordine pubblico.

1. La ricerca del difficile equilibrio tra consenso e dissenso alla base della partecipazione democratica dei cittadini all'interno dello Stato di diritto

La storia del processo di emancipazione dell'individuo dal giogo della dittatura e dell'oppressione, com'è noto, è lunga e tortuosa; faticosamente, nel corso dei secoli, l'affermazione e lo sviluppo della democrazia hanno assunto, infatti, differenti connotazioni, frutto di intense lotte sociali e culturali che ne hanno anche determinato, paradossalmente, in alcuni casi, il suo momentaneo sacrificio.

In termini generali, può certo dirsi che, pur a fronte di una chiara ed evidente eterogeneità dei modelli teorici in astratto prospettabili, una forma di governo democratico (ovvero, per converso, la democrazia intesa alla stregua di vera e propria forma di Stato), può dichiararsi reale ed effettiva, in primo luogo, quando i cittadini possono godere della capacità di influire concretamente sulle decisioni che riguardano il bene comune, controllando la classe politica grazie, in particolare, alla facoltà di disporre di una informazione libera, completa e pluralista che consenta di maturare piena consapevolezza in ordine alla *res pubblica*.

Il popolo può ritenersi, cioè, costituzionalmente "sovrano" (nel senso rigorosamente tecnico-giuridico di tale termine) in quanto sia pienamente informato, al fine di un compiuto e incondizionato comporsi dell'opinione pubblica, senza limitazioni e restrizioni di alcun genere, di tutti i fatti, eventi e accadimenti valutabili come di interesse pubblico⁴⁰⁴.

Imprescindibile ulteriore tratto caratteristico è, poi, il riconoscimento della titolarità di diritti inviolabili dell'individuo che si traduce nell'esigenza insopprimibile di giuridicizzare (*rectius*: limitare) l'esercizio della sovranità⁴⁰⁵ entro una cornice di principi e valori codificati,

⁴⁰⁴ Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 09 luglio 2010 n. 16236.

⁴⁰⁵ "Lo Stato di diritto costituzionale nasce – come si sa – per dotare di un nuovo fondamento il potere del sovrano, allo stesso tempo ponendovi finalmente un limite giuridicamente rilevante. Il sovrano continua, sì, a portare il nome di un

espressione, in definitiva, della più intima essenza dell'*idem sentire de re publica* di una collettività divenuta consapevole dell'intangibilità dei diritti inalienabili della persona da parte del potere sovrano⁴⁰⁶.

Così, la stabilità di una moderna democrazia si fonda, innanzitutto, sulla sua capacità di non disconoscere i valori guida di cui si fa portatrice tenendo ben presente l'idea secondo cui le libertà civili, faticosamente conquistate nel tempo, si difendono, in primo luogo, con la loro promozione e quotidiana cura⁴⁰⁷.

Ne deriva che salvaguardare la pacifica convivenza tra i consociati, nel quadro di un assetto politico/costituzionale improntato sulla tutela dei diritti di libertà, significa avvertire i diritti fondamentali della persona come patrimonio inalienabile di ciascuno ed insieme di tutti i membri di una comunità.

Ma significa anche conoscere e saper affrontare il pericolo di disgregazione conseguente all'emersione di ideologie che siano espressione di una radicata volontà di disarticolare i principi di fondo su cui si incentra un ordinamento democratico.

Orbene, è noto che il consenso sta alla base delle moderne democrazie⁴⁰⁸ e vive in simbiosi, confrontandosi quotidianamente, con il dissenso, anch'esso elemento portante di un ordinamento democratico.

Sembra un controsenso, ma non lo è.

tempo; cessa, però, di essere il "vero" sovrano. La sovranità ormai si sposta in una fase anteriore alla posizione dei poteri costituiti (o "costituzionali"), appuntandosi e per intero risolvendosi nel potere (o nel fatto) costituente. La differenza tra la sovranità del Costituente e la "sovranità" del... sovrano, siccome potere costituito, sta tutta nelle virgolette, che di necessità devono essere apposte al termine nella sua seconda applicazione". Così RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.federalismi.it

⁴⁰⁶ Invero, secondo PALOMBELLA, *Diritti fondamentali: argomenti per una teoria*, in www.swif.uniba.it/lei/filpol/glp.htm, "i diritti di libertà, verso lo Stato, non sono veramente identificabili anche quali diritti "contro" lo Stato, come invece altrettanto tradizionalmente e quasi universalmente si dice. Ciò per la ragione che essi non sempre comportano solo o essenzialmente obblighi generali di astensione, e che dal punto di vista teleologico non sempre lo Stato è il vero o l'unico antagonista. Anzi, la ragione per istituire poteri pubblici non è certamente quella di imporre loro il rispetto dei nostri diritti di libertà, ma caso mai di proteggere e sostenere questi diritti: il che implica una serie di attività positive".

⁴⁰⁷ "L'indirizzo politico e la legislazione costituzionale d'una democrazia coerente devono ispirarsi, anziché al proposito di sopprimere le opposizioni di regime, o di paralizzarle, all'intento – sia pure mai integralmente realizzabile – di riassorbirle nel sistema, d'associare nel potere ufficiale tali fattori estranei ed ostili, quali termini antinomici indispensabili al determinarsi di una reale dialettica politica e pertanto alla stessa vita democratica. Coloro che idealmente l'avversano, se rigorosamente astretti al rispetto delle sue leggi, finiranno col recarvi un contributo non intenzionale, ma efficace". Così BON VALSASSINA, *Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello Stato contemporaneo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 606.

⁴⁰⁸ Con riferimento alle diverse ragioni che inducono a giustificare l'obbedienza al potere sovrano è possibile individuare "tre differenti tipi di potere legittimo: a) il potere tradizionale si basa sulla credenza nel carattere sacro delle tradizioni valide da sempre e nella legittimità di coloro che esercitano un'autorità in attuazione di tali tradizioni; b) il potere carismatico poggia sulla dedizione straordinaria al valore esemplare o della forza eroica o al carattere sacro di una persona e degli ordinamenti che questa ha creato; c) il potere legale-razionale poggia sulla credenza nel diritto di comando di coloro che ottengono la titolarità del potere sulla base di procedure legali ed esercitano il potere medesimo con l'osservanza dei limiti stabiliti dal diritto". Così BIN, PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010, p. 12.

Il rapporto dialettico che si instaura fra consenso e dissenso è, infatti, l'elemento propulsore della crescita di una società civile; l'uno incarna le istanze della maggioranza dei membri della collettività di riferimento, l'altro funge da controllo e propone visioni alternative, divenendo portatore delle esigenze di una parte, più o meno numerosa, della medesima comunità politica.

*“Trascurare il problema del dissenso, (della sua analisi, delle sue cause, dei suoi giusti momenti di espressione e di canalizzazione in forme di circolazione democratiche e dialettiche, in senso propositivo-costruttivo e non oppositivo distruttivo, secondo il modello del terrorismo politico), è grave per una democrazia contemporanea ed è errore inversamente proporzionale all'eccessiva spinta a ricercare il consenso da parte del ceto dominante”*⁴⁰⁹.

Il rischio che ne consegue si traduce nella possibilità di una costante crescita del disagio sociale capace di degenerare in forme di estremismo ideologico suscettive di scadere in un vortice di cieca, incontrollata, gratuita ed indiscriminata violenza⁴¹⁰.

È allora che la società deve correre ai ripari⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Così ZEULI, *Terrorismo internazionale*, Napoli 2002, 9.

⁴¹⁰ “Se al potere governante sfugge questa categoria politica, il dissenso tacito scivola sempre più verso quello palese ed assume le forme di un dissenso strutturale, ossia autoreferenziale, dietro il quale è sempre inevitabile scorgere un dissenso rivoluzionario, cioè quello che mira la rottura totale degli ordini vigenti ed ha potenzialità eversive che possono produrre conseguenze estreme ed irreparabili”. Così ZEULI, *op. cit.*, 9. Sottolinea PISAPIA, *Terrorismo: delitto politico o delitto comune*, in *Giust. Pen.*, II, 1975, 257: “La violenza politica mette a nudo virtualmente tutti i nodi cruciali della sociologia politica e giuridica, come pure le contraddizioni del sistema politico e sociale, in quanto l'esistenza di profondi conflitti politici nei rapporti sociali può essere considerata come una sorta di campanello d'allarme per la società. L'estremismo politico, in tutte le sue forme, indica che si sta accumulando una pressione contro la struttura dei rapporti sociali e che gli anelli più deboli corrono il rischio di essere spezzati”.

⁴¹¹ Si badi, però, che la preservazione di un ordinamento democratico passa non solo attraverso le varie forme di repressione di condotte violente materiali, ma anche, in primo luogo, nel giusto contemperamento tra la libertà di pensiero e di espressione del medesimo e la salvaguardia dell'identità ideale, culturale politica propria dei principi democratici fondanti un ordinamento liberale. Ed infatti, allorché gli artt. 290/292 c.p. puniscono il vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali e delle Forze Armate (art. 290), il vilipendio della nazione italiana (art. 291) e il vilipendio alla bandiera (art. 292), il legislatore penale non fa altro che salvaguardare l'idea di forma di Stato repubblicana così come delineata dalla Costituzione, l'unità di un popolo le cui genti sono legate indissolubilmente da vincoli di lingua, cultura, costumi, bisogni ed aspirazioni, i simboli della sovranità dello Stato meritevoli di ossequio e reverenza perché collegati intimamente alla rappresentazione esteriore del sentimento nazionale. Per un approfondimento in merito v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I vol., Bologna 2001, 92 ss. e PADOVANI, *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. Dir.*, XLIII vol., 1990, 830 s., il quale, riprendendo una pronuncia della Corte Costituzionale, evidenzia la distinzione intercorrente tra l'esercizio del diritto di critica, lecito e costituzionalmente protetto, dal vilipendio, “manifestazione di disprezzo in cui è implicita la negazione di ogni valore all'entità vilipesa; in sostanza, si tratterebbe di forme rozze e primordiali di critica, espresse in forma immotivata e con intento denigratorio”. A confronto con la stessa libertà di manifestazione del pensiero devono essere apposte anche le ipotesi di reato contemplate ex art. 272 c.p. I comma, ovvero la propaganda e l'apologia sovversiva. In particolare, secondo FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 88, intendendo per propaganda “la diffusione di un pensiero, di un'idea, di un programma, di un'ideologia con il mezzo della parola, dello scritto, ecc... diretta ad influenzare l'intelletto delle persone a cui è rivolta e, solo in via subordinata, la volontà” e altresì considerato che, come precisato da Corte di Cassazione, sentenza 18 novembre 1958, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1960, 189, per aversi apologia “non occorre né la rievocazione esaltatrice di un fatto né la sua glorificazione – essendo sufficiente – per contro, la formulazione di un giudizio favorevole che implichi l'approvazione convinta dell'episodio verificatosi e per

Invero, le istituzioni democratiche si definiscono libere perché tale caratteristica riveste un ordinamento che sia espressione della sovranità popolare e tali devono permanere anche qualora, per essere tutelate, si debba ricorrere a misure eccezionali di repressione⁴¹²; la vera sfida per la democrazia, infatti, è quella di salvaguardare la sicurezza mantenendo intatto il profilo delle libertà⁴¹³.

L'immagine di uno Stato-nemico si diffonde, rafforza e fa proseliti nelle aree degli sradicati e degli scontenti solo se, nei fatti, lo Stato abbassa il livello e il grado di civiltà del suo ordinamento⁴¹⁴.

L'obiettivo ideale, ma anche utopistico, è certo quello della prevenzione assoluta del pericolo; più ragionevolmente, però, si parla, più di frequente, di "controllabilità del rischio"⁴¹⁵.

conseguenza l'adesione spirituale ad esso da parte del dichiarante che lo considera come proprio", può dirsi che "perché la propaganda e l'apologia possano imprimere, ipso facto, una qualche direzione alle condotte altrui, debbono darsi contingenze eccezionali, che si presentano però solo nei momenti di grandi crisi e, soprattutto, allorquando venga a crearsi un diretto rapporto di interconnessione tra il grado di implicazione del destinatario rispetto alla situazione o all'oggetto esaltati, e le aspettative, le aspirazioni (le velleità) del gruppo di appartenenza e dell'ambiente in cui egli vive". Così e per un approfondimento MARCONI, (voce) *Propaganda ed apologia sovversiva*, in *Enc. Dir.*, XXXVII vol., 1988, 153 ss. Si noti, peraltro, come la Corte Costituzionale sia intervenuta con la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 272 c.p. Il comma, dettato in materia di propaganda volta a distruggere o deprimere il sentimento nazionale. Cfr. *Corte Costituzionale, sentenza 06 luglio 1966 n. 87*. Inoltre, sulla scorta di tali rilievi, recentemente, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità anche di un'ulteriore ipotesi di reato, l'associazione antinazionale, contemplata ex art. 271 c.p.; invero, sulla base della premessa secondo la quale "il sentimento nazionale costituisce soltanto un dato spirituale che, sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità, sicché la relativa propaganda – non indirizzata a suscitare violente reazioni, né rivolta a vilipendere la nazione o a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la Patria, od a menomare altri beni costituzionalmente garantiti – non poteva essere vietata senza che si profilasse il contrasto con la libertà di cui all'articolo 21 della Costituzione", la Corte Costituzionale assume il contrasto dell'art. 271 del codice penale, il quale punisce le condotte di promozione, costituzione, organizzazione e direzione delle associazioni che si propongono di svolgere o che svolgono attività dirette a distruggere o deprimere il sentimento nazionale, con: "a) l'art. 21 della Costituzione, in quanto l'unico limite posto dalla Costituzione alla libera manifestazione del pensiero, quello del buon costume, non avrebbe alcuna attinenza con il "sentimento nazionale", né potrebbe identificarsi con la morale o la coscienza etica; b) l'art. 18 della Costituzione, perché esso pone un limite alla libertà associativa con riferimento soltanto a quelle segrete o che perseguono scopi politici mediante organizzazioni militari, onde anche le associazioni che si propongono quale fine la depressione o la distruzione del sentimento nazionale sarebbero lecite purché non facciano ricorso, diretto o indiretto, alla violenza; c) l'art. 2 della Costituzione, atteso che tali associazioni costituirebbero formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo". In base a tali rilievi la Consulta giunge alla conclusione secondo cui se non è illecito penale che il singolo svolga opera di propaganda tesa a tale scopo – ove non trasmodi in violenza o in attività che violino altri beni costituzionalmente garantiti fino ad integrare altre figure criminose – non può costituire illecito neppure l'attività associativa volta a compiere ciò che è consentito all'individuo; così come è stabilito dall'art. 18 della Costituzione, che riconosce – nei limiti posti dal secondo comma – la libertà di associazione per i fini che non siano "vietati ai singoli dalla legge penale". Così Corte Costituzionale, *sentenza 12 luglio 2001, n. 243*. Per un commento su tale pronuncia v. CECCANTI, *L'Italia non è una "democrazia protetta", ma la Turchia e la Corte di Strasburgo non lo sanno*, in *Giur. Cost.*, 2001, 2113 ss.

⁴¹² In tal senso, e per un approfondimento, PELLEGRINO, ROSIN, *Profili costituzionali in tema di compiti di difesa interna dell'ordinamento da parte delle forze armate*, in *Rass. Giust. Mil.*, I, 1981, 50 ss.

⁴¹³ In merito VALENTINI, *Sicurezza nazionale, sicurezza della Repubblica*, in *Per Aspera ad Veritatem*, n° 22/2002, in www.sisde.it.

⁴¹⁴ Si esprime in tal senso STELIA, *La tutela penale della società*, in *Iustitia*, 1981, 332.

⁴¹⁵ Si esprime in tal senso MARCONI, *Rischi sociale e sicurezza nazionale: un metodo per l'identificazione delle minacce*, in *Per Aspera ad Veritatem*, n° 2/1995, in www.sisde.it.

Diritto e forza sono gli strumenti a disposizione dello Stato-apparato per raggiungere tale obiettivo; dosare sapientemente tali due fattori fa sì che un ordinamento possa reagire al pericolo senza disconoscere i valori di libertà su cui si fonda⁴¹⁶.

Si è soliti parlare, in tal contesto, di “costituzione della difesa”⁴¹⁷, ma anche di “dittatura costituzionale”⁴¹⁸ o, più propriamente, di “democrazia protetta”.

In particolare, secondo una certa impostazione, la difesa dell’ordinamento democratico passa innanzitutto attraverso la predisposizione di ricercate misure di repressione del dissenso politico e ideologico⁴¹⁹.

Normalmente, negli ordinamenti a regime costituzionale è fortemente avvertito e dibattuto il conflitto tra due valori considerati essenziali: l’uno, la difesa delle pubbliche istituzioni da atti tendenzialmente eversivi; l’altro, il diritto dei cittadini ad associarsi e manifestare liberamente il proprio pensiero in materia politica⁴²⁰.

⁴¹⁶ Per un’analisi dei pericoli insiti nella normativa di emergenza v. RICCIO, *Politica penale dell’emergenza e Costituzione*, Napoli 1982, 22 ss.

⁴¹⁷ Per una disamina delle diverse modalità d’approccio con cui le moderne democrazie possono, in linea teorica, variamente disporre la propria “difesa”, v. CECCANTI, *Le democrazie protette: da eccezione a regola già prima dell’11 settembre*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/ceccanti.html.

⁴¹⁸ “Tutti gli istituti volti a proteggere il regime costituzionale democratico e l’essenza del moderno costituzionalismo...siano essi istituti dei regimi di common law o dei regimi di civil law, vengono quindi compresi nella nozione di dittatura costituzionale. la quale rappresenta...un’area di “tensione, rottura e assestamento del moderno costituzionalismo” che le Costituzioni contemporanee non possono non prevedere per conservare – e non per negare – il regime costituzionale democratico. Lo stato d’assedio rappresenta, allora, una delle possibili tecniche di dittatura costituzionale e, come tale, va rigidamente disciplinato nei suoi limiti in Costituzione, onde evitare che diventi uno strumento non di conservazione, bensì di negazione del governo costituzionale democratico. Di qui, la necessità di prevedere rigorosi limiti: chi può esercitare i poteri eccezionali, quando può farlo, fino a quando e a qual fine”. Evidenzia tale profilo COCOZZA, *Assedio (stato di)*, (voce) in *Enc. Giur.*, III vol., Milano, 1988, 5.

⁴¹⁹ È bene specificare, peraltro, come i meccanismi di costrizione della libertà di manifestazione del pensiero politico siano propri, intanto, dei regimi autoritari, dalla cui esperienza una democrazia può trarre esempio, anche se in termini meno rigorosi. “Devesi ricordare che nei Paesi a regime autoritario sono diffuse le norme che pongono il divieto di qualunque attività critica delle istituzioni e in cui di converso non viene garantita la opposizione. Norme cioè che proibiscono e puniscono ogni tentativo “dal basso” diretto ad instaurare un regime costituzionale o sociale differente da quello in atto, e che limitano le connesse libertà fondamentali. In particolare tali limitazioni (oltre, naturalmente, la limitazione di fondo, presupposto e causa di ogni altra limitazione: quella che esclude il pluralismo dei partiti e la dialettica delle forze politiche) sono largamente conosciute all’interno degli ordinamenti a partito unico. In essi non possono esistere avversari politici delle forze dominanti, ma solo nemici dello “Stato-partito”. Così MORBIDELLI, in MORBIDELLI, PEGORARO, REPOSO, VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna 1997, 148.

⁴²⁰ Secondo DE FRANCESCO, *I reati politici associativi nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1984, I, 680, “l’art. 18 Cost. – affermando che alla libertà può subentrare il divieto di associarsi soltanto quando l’organismo collettivo sia diretto alla commissione di reati – impedisce di considerare illecita l’associazione allorché alla finalità antidemocratica non si accompagni il proponimento di avvalersi di mezzi di per sé illeciti: quando cioè l’ente collettivo non violi le regole proprie del metodo democratico che, secondo la Costituzione, deve informare l’azione di quella particolare categoria di associazione che sono i partiti politici”. Peraltro, la tutela delle libere istituzioni passa attraverso non solo l’apposizione di vincoli in ordine alla costituzione di associazioni di natura politica, ma anche, più in generale, giusto sempre quanto disposto dall’art. 18 Cost., relativamente alle associazioni segrete. In particolare, si veda quanto disposto dall’art. 1 l. n° 17/82, secondo cui: “Si considerano associazioni segrete, come tali vietate dall’art. 18 della Costituzione quelle che: a) occultando la loro esistenza ovvero tenendo segrete congiuntamente finalità e attività sociali ovvero rendendo sconosciuti, in tutto o in parte e anche reciprocamente, i soci; b) svolgono attività diretta ad interferire sull’esercizio di funzioni di organi

Contemperare tali esigenze non è sicuramente semplice; se da un lato, infatti, la repressione dell'estremismo politico certamente si giustifica con la necessità di tutela dei valori democratici, dall'altro, in modo altrettanto certo, la previsione di forme di controllo particolarmente incisive (fino a giungere ad ipotesi di vera e propria oppressione) attenua la "libera" concorrenza ideologica che pure si colloca alla base del metodo democratico di governo.

Invero, le moderne democrazie sono oggi ispirate alla massima valorizzazione del pluralismo sociale, culturale ed ideologico, inteso nei termini di complessa ed articolata struttura di interazioni nella quale i diversi gruppi tendono a sviluppare un modello di convivenza incentrata sul reciproco rispetto e la massima tolleranza, vivendo ed interagendo in maniera pacifica, senza conflitti e senza prevaricazioni e, soprattutto, senza che nessuno tenti, direttamente, ovvero anche solo surrettiziamente, di annichilire e quindi assimilare a sé l'altro. In ordine alla titolarità ed al conseguente esercizio della sovranità ciò, in particolare, si traduce, in una società pluralistica, nella distribuzione del potere mediante l'impiego di criteri assiologici che conducano, idealmente, ad un'ampia partecipazione della generalità dei consociati nel quadro di un modello che sia orientato nel senso di ritenere indissolubile il binomio autorità/responsabilità.

Chi governa, cioè, è chiamato a perseguire il bene comune ed assume su di sé la responsabilità degli effetti e delle conseguenze correlate all'esercizio di pubbliche potestà; per contro, una cittadinanza attiva e consapevole dei propri inalienabili diritti, lungi dal limitarsi ad esercitare la sovranità secondo un modello di democrazia rappresentativa ristretto alla elezione dei componenti delle Assemblee legislative, sottopone ad un costante monitoraggio l'azione di governo in vista di una fattiva partecipazione al progresso civile, economico e sociale della Nazione.

*costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali all'interesse nazionale". Per un commento v. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte.*, in *Cass. Pen.*, 1992, 2499 ss. più in generale, in materia di associazioni segrete v. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1973, 743 ss.; PACE, *Art. 18*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna 1977, 216 ss. e BARILE, *Associazione (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, III vol., Milano, 1958, 845.*

In tal contesto matura la critica politica⁴²¹ e si dà vita ad un processo di confronto dialettico tra le diverse (e variegate) componenti della società civile da cui poter ritrarre sicuri spunti di riflessione volti nel senso di perseguire l'obiettivo del costante miglioramento, in termini di efficienza ed efficacia, delle misure adottate in vista del bene comune.

In tali termini si garantisce effettività al diritto costituzionale di ciascuno di manifestare liberamente la propria opinione e, al contempo, si valorizza la partecipazione, con metodo democratico, dei cittadini alla costruzione di una società ispirata ai diritti di libertà.

Va da sé, naturalmente, che il diritto di critica e di libera manifestazione del pensiero supera il suo limite giuridico costituito dal rispetto del prestigio delle istituzioni repubblicane e decampa, quindi, nell'abuso del diritto, allorché la critica trascenda nel gratuito oltraggio, fine a se stesso⁴²².

Altrettanto chiaramente, però, per la compressione del diritto di libera manifestazione del pensiero non può genericamente essere invocata la tutela di un interesse di rilievo costituzionale, ma è necessario che la condotta vietata presenti anche un contenuto immediatamente offensivo per il bene tutelato⁴²³. Ne deriva che non ogni manifestazione di pensiero o di critica che può essere valutata sfavorevolmente, costituisce reato⁴²⁴, (di istigazione a delinquere⁴²⁵ o all'odio razziale⁴²⁶, di vilipendio alla bandiera⁴²⁷, di apologia⁴²⁸

⁴²¹ “Il diritto di critica è considerato manifestazione essenziale del diritto soggettivo di libera manifestazione del pensiero, garantito dall'art. 21 cost. e consiste nell'espressione di un giudizio o di un'opinione che quindi, come tale non può essere rigorosamente obiettiva, essendo conseguenza di un'interpretazione soggettiva di un determinato fatto. La critica deve ritenersi lecita quando non trascenda in espressioni sconvenienti, pur dovendosi considerare che può raggiungere punte particolarmente calde nel settore politico ove sono abituali espressioni anche vivaci e colorite che potrebbero essere ritenute oggettivamente lesive del decoro della persona, sicché può estrinsecarsi anche nell'utilizzo di espressioni forti, che sono proprie di quel settore, purché non trascenda nella contumelia o nell'inutile discredito del soggetto. Il diritto di critica deve ritenersi legittimamente esercitato laddove: a) vi sia un interesse pubblico alla critica in relazione all'idoneità dei soggetti e dei comportamenti criticati a richiamare su di sé un'apprezzabile attenzione dell'opinione pubblica; b) le espressioni utilizzate siano corrette e non trascendano in attacchi personali nei confronti di un soggetto, volti esclusivamente a screditarne l'integrità personale senza finalità di pubblico interesse”. Così Tribunale Torino, sentenza 01 giugno 2010, n. 3775.

⁴²² Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 01 febbraio 1978.

⁴²³ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 14 giugno 1988.

⁴²⁴ In merito ai limiti afferenti la libertà di manifestazione del pensiero si richiamano, *ex multis*: Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 19 novembre 2010, n. 23468; Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 20 luglio 2010, n. 16917; Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 19 gennaio 2010, n. 690; Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 20 ottobre 2009, n. 22190; Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 07 gennaio 2009, n. 25; Corte di Cassazione, sez. V, sentenza 09 luglio 2007, n. 36077; Tribunale Palermo, sentenza 21 febbraio 2007, n. 780; Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 24 maggio 2006, n. 12358; Corte di Cassazione, sez. V, sentenza 05 aprile 2000, n. 5941; Corte di Cassazione, sez. II, sentenza 18 dicembre 1978.

⁴²⁵ “Risponde del delitto di istigazione di militari a disobbedire alle leggi, di cui all'art. 266 c.p., con l'aggravante di aver commesso il fatto pubblicamente, chi, nel corso di pubbliche manifestazioni pacifiste tenute in occasione della "crisi" e della "guerra del Golfo", incita i "chiamati al fronte" a disertare. (Nella fattispecie, i fatti furono commessi alla vigilia della scadenza dell'ultimatum imposto all'Irak dal consiglio di sicurezza dell'O.N.U., quanto il giorno successivo alla sua scadenza, in occasione dell'inizio del conflitto e della decisione, da parte dello Stato italiano, di inviare nelle zone interessate propri contingenti)”. Così Tribunale Vicenza, sentenza 11 febbraio 1991.

ovvero di propaganda sovversiva⁴²⁹), giacché, in tal caso, potrebbe ravvisarsi una ingiustificata repressione della diffusione di ideologie politiche e sociali⁴³⁰ e, quindi, della libera manifestazione del pensiero⁴³¹, bensì il solo diretto o indiretto incitamento all'azione⁴³², la quale leda l'interesse che la norma intende proteggere⁴³³, potrà in concreto assurgere ad oggetto di sanzione penale.

Naturalmente, differenti possono essere le modalità con le quali ciascuno (liberamente) decida di partecipare e/o manifestare il proprio consenso (ovvero il proprio dissenso) all'esercizio

⁴²⁶ “Il “saluto romano” non è espressione della possibilità di manifestare liberamente il proprio pensiero, ma è un gesto che istiga all'odio razziale, cioè che sconfinava nell'istigazione alla violenza, e - quindi - come tale va punito ex art. 2 legge 205/93 (nella specie, che ha visto la condanna di un ultrà, che in un corteo svoltosi al di fuori di uno stadio aveva ripetuto più volte il saluto fascista, la Corte ha precisato che ciò che viene condannato non è la condotta di chi manifesta l'opinione di condividere o provare un sentimento di simpatia per gesti e simboli propri del disciolto partito nazionale fascista, ma il compimento di una manifestazione esteriore quale il saluto fascista che, nel contesto e nell'ambiente in cui viene compiuta è non solo idonea a provocare adesioni e consensi tra le numerose persone presenti, ma è inequivocabilmente diretta a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale od etnico)”. Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 04 marzo 2009, n. 25184.

⁴²⁷ “Ai fini dell'integrazione del reato di vilipendio alla bandiera, a seguito delle modifiche apportate all'art. 292 c.p. dall'art. 5 l. 24 febbraio 2006 n. 85, è necessario un atto di denigrazione o di disprezzo nei confronti strettamente della bandiera nazionale essendo invece inadeguata a tal fine una condotta diretta nei confronti dei colori nazionali raffigurati su cosa diversa dalla bandiera”. Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 04 maggio 2011 n. 23690. Enfatizza il ruolo della Bandiera, richiamando l'art. 12 della Costituzione, quale fattore di coesione popolare DE VERGOTTINI, *Le forme di Stato*, in www.istrid.difesa.it/13_4_15/interventi/devergottini.htm, per il quale: “Il fatto che venga costituzionalizzata la Bandiera è un altro modo per costituzionalizzare un simbolo comune, un simbolo-valore comune di riferimento di una certa comunità. E non è una cosa da poco.”

⁴²⁸ “Integra gli estremi del reato di istigazione aggravata di militari a disobbedire alle leggi l'apologia, compiuta mediante scritte su edifici e cose mobili, di fatti posti in essere o propugnati dalle brigate rosse e cioè la lotta armata per il comunismo ed il sovvertimento dello Stato cosiddetto imperialista, contrari all'ordinamento democratico e quindi al giuramento di fedeltà prestato dai militari stessi alla Repubblica ed ai doveri più specifici della disciplina”. Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 22 marzo 1989. Per un approfondimento v. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della « istigazione indiretta » in tema di apologia*, in *Cass. pen.*, 2003, 03, 1013 ss.

⁴²⁹ “Il reato di propaganda sovversiva presuppone che essa sia idonea a creare una situazione di pericolo circa la concreta adesione alle tesi propagandate sotto forma di azioni violente immediatamente riconducibili alle tesi medesime. La propaganda, quindi, deve intendersi come affermazione o esaltazione di idee da fare penetrare nella coscienza di altri soggetti “allo scopo di sollecitarne la volontà””. Così *Uff. Indagini preliminari Milano*, 25 febbraio 2003.

⁴³⁰ “L'apologia di reato, punita dall'art. 414 c.p., non è quella che si estrinseca in una semplice manifestazione di pensiero, diretta alla diffusione di dottrine, ma è quella che, per le modalità con cui viene compiuta, riveste carattere di pericolosità per l'esistenza di beni costituzionalmente protetti”. Così Corte Costituzionale, sentenza 05 giugno 1978, n. 71.

⁴³¹ “Concreta il reato di propaganda sovversiva l'azione di colui che, in qualsiasi modo e con qualsiasi mezzo di diffusione, ponga a conoscenza di un numero indeterminato di persone idee, propositi ed apprezzamenti di ordine sociale o politico idonei, per la loro concretezza e specificità, a provocare un effettivo e concreto pericolo di adesione alle idee, alla tesi ed ai propositi propagandati. L'idoneità dell'azione a suscitare consensi da parte di un numero indeterminato di persone e, quindi, pericolo di adesione al programma sovversivo costituisce il punto di demarcazione tra la propaganda sovversiva, costituente un illecito penale, e la pura manifestazione di pensiero che, al contrario, è un bene costituzionalmente protetto”. Così Corte di Cassazione penale, sez. I, sentenza 12 maggio 1986.

⁴³² Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, 05 giugno 2011 n. 26907.

⁴³³ In tal senso v. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 06 aprile 1988.

della funzione di indirizzo politico che, contingentemente, le forze politiche dominanti attuano in un determinato momento storico.

Al pari di ogni altro diritto di libertà (negativa), ciascuno, cioè, può, singolarmente, diffondere il proprio pensiero e, quindi, limitarsi a contribuire (*uti singulum*) alla costruzione del dibattito concernente una o più specifiche materie ovvero relativo all'indirizzo politico generale di governo; al contempo, però, ben può accadere che ciascuno decida di associarsi, stabilmente, ovvero condividere, anche solo occasionalmente, il proprio disagio sociale mediante la costituzione di una formazione sociale entro cui, appare chiaro, si svolge e matura la personalità dell'individuo.

Si introduce così il complesso ed articolato tema delle diverse forme di manifestazione del dissenso (politico, sociale ed ideologico) e dei limiti ontologicamente volti a circoscriverne le modalità di attuazione in vista della salvaguardia delle libere istituzioni da possibili forme di eversione e/o comunque di attentato alla immanente forma di governo democratico del Paese. Invero, il (circoscritto e limitato) scopo del presente contributo si indirizza nel senso di vagliare le condizioni di legittimità entro cui perimetrare la manifestazione (collettiva) del dissenso di modo da evidenziare come, se, in termini generali, il libero confronto tra posizioni ideologiche ontologicamente differenti ed, in tesi, inconciliabili, (e la conseguente dialettica costruttiva che ne deriva), costituisce di certo una ricchezza per il progresso culturale e sociale del Paese, al contempo, qualunque forma di dissenso che si traduce in gratuita violenza, o anche solo in mera contumelia ovvero apologia e/o istigazione a delinquere, lungi dal rappresentare la concretizzazione del diritto di ciascuno di farsi artefice del proprio destino all'interno della comunità in cui quotidianamente vive ed opera, costituisce la negazione della più intima essenza del metodo democratico di governo e, per tale ragione, va certamente prevenuta e, laddove ciò non sia possibile, di certo fermamente repressa.

2. La ricerca del difficile equilibrio tra la garanzia di effettività del diritto di riunione e la tutela dell'ordine pubblico.

In termini generali, per manifestazione e/o raduno si intende una particolare forma di riunione e/o concentrazione (in luogo pubblico) di più persone finalizzata alla pubblicizzazione e/o condivisione di un proprio comune pensiero concernente un fatto, un accadimento ovvero, in senso più ampio, una ideologia di carattere sociale, culturale, religiosa, etc.⁴³⁴.

Differenti possono essere le concrete modalità con cui una manifestazione di massa, capace di coinvolgere una moltitudine di individui, si sviluppa concretamente; può trattarsi di una

⁴³⁴ “Il diritto di riunione postula il concorso di più persone per dibattere un problema comune, per onorare una ricorrenza patriottica, per realizzare, infine, nei limiti della legalità, interessi propri di gruppi o di membri di una qualsiasi associazione”. Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 02 dicembre 1977.

riunione statica, volta, cioè, a richiamare una moltitudine di persone in un luogo preciso al fine di aprire un pubblico dibattito o anche solo al fine di ascoltare le dichiarazioni di alcuni oratori; può trattarsi di una riunione in movimento (corteo, parata, marcia) contraddistinta dalle più disparate finalità e comunque connotata dal tratto caratteristico dello spostamento di una moltitudine di individui accompagnati da slogan e cori (o anche semplicemente silenzioso) e finalizzata normalmente a sottoporre all'attenzione della cittadinanza problemi e/o questioni di interesse generale (non escludendo, peraltro, la possibilità che il corteo sia indetto a fini più circoscritti e cioè per perseguire finalità di tipo autoreferenziale del gruppo che lo promuove); può trattarsi, ancora, di occupazione di luoghi e/o edifici simbolici mediante la confluenza di un quantitativo indeterminato di individui in una specifica località allo scopo di permanere colà fintantoché non si provveda a soddisfare le pretese avanzate dal "movimento occupante"; può trattarsi, infine, di corali e spontanee (ovvero anche organizzate) manifestazioni (che si traducono nell'esposizione di cartelloni, striscioni, manifesti, ovvero di oggetti-simbolo) che coinvolgono una pluralità indistinta di soggetti e che, però, diversamente dalle precedenti ipotesi, interessano direttamente ambiti e spazi privati, ancorché siano contraddistinte da un'oggettiva proiezione verso l'esterno perchè visibili da parte della generalità dei consociati.

Volendo affrontare la questione sotto un profilo più squisitamente giuridico, v'è da dire che, indipendentemente dalle diverse modalità con le quali una moltitudine indistinta di individui decida di aggregarsi, non stabilmente, al fine di esternare una propria condivisa ideologia, il fenomeno in oggetto si inquadra all'interno della libertà di riunione⁴³⁵ la cui disciplina va ricondotta, oltre che all'art. 17 cost., che ne costituisce chiaramente l'architrave, in particolare agli artt. 18 ss. del T.U.L.P.S. ed al correlato regolamento di attuazione.

⁴³⁵ "Nel concetto di riunione rientra tanto l'adunata quanto l'assembramento di più persone, siano esse ferme ovvero in movimento, come si evince dal significato letterale della parola, che, secondo la comune accezione, sta ad indicare un'adunata di più persone che si siano raccolte, spontaneamente o dietro invito, per uno scopo determinato. Tale carattere deve essere riconosciuto al corteo, non rilevando il fatto che più persone sostino in un determinato luogo oppure che girino riunite per le vie di un centro abitato". Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 30 novembre 1977. Secondo altra opzione, però, "ai fini dell'art. 18 t.u.l.p.s. costituisce riunione qualsiasi raggruppamento di persone che sia caratterizzato da una generica unità di intenti, in ciò differenziandosi dall'assembramento, in cui ognuno è mosso da motivi autonomi.". Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 04 luglio 1977. Nello stesso senso v. anche Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 07 marzo 1977. Invero, secondo Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008, "in merito al diritto in parola va operata una prima distinzione tra i concetti di "riunione" e di "assembramento". Per riunione si intende un "convegno di più persone caratterizzato da una sua precisa individualità, determinabile attraverso una esatta collocazione nel tempo e nello spazio, oltre che dal suo specifico oggetto" (Cass. Sez. III 13/10/1972 n. 873, Polito). Ciò che caratterizza la riunione è la "preordinazione" dell'incontro di più persone per uno scopo prefissato. Si ha invece "assembramento" nel caso di un incontro spontaneo, casuale, non organizzato di più persone determinato da circostanze improvvise, quali una calamità naturale o la notizia di un grave fatto. A diverse modalità di concentrazione di persone in un unico luogo corrispondono regole in parte diverse, legate alla possibilità di prevedere, e quindi di esprimere una valutazione ante factum solo per quanto concerne le riunioni e non gli assembramenti".

La libertà di riunione, poi, trova diretta tutela nelle norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo secondo cui (cfr. art. 11 comma 2) l'esercizio di tale diritto *“non può essere oggetto di altre limitazioni oltre quelle previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei delitti, per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”*.

Sul punto, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di affermare come *“il diritto alla libertà di riunione è un diritto fondamentale per una società democratica e, non diversamente dal diritto alla libertà di espressione, costituisce uno dei fondamenti di un tale tipo di società. Di conseguenza non può essere soggetto ad un'interpretazione restrittiva...Come tale questo diritto riguarda sia riunioni private sia riunioni in luogo pubblico, sia manifestazioni statiche in un luogo, sia manifestazioni itineranti; si tratta di diritto facente capo sia al singolo sia a chi organizza la riunione. Inoltre la Corte osserva come sullo Stato non ricade solamente il dovere di garantire il diritto di riunione pacifica ma anche quello di astenersi dall'applicare ad esso restrizioni di tipo indiretto. Da ultimo la Corte è dell'opinione che, benché precetto essenziale dell'art. 11 sia la protezione del diritto del singolo da interferenze arbitrarie dei pubblici poteri, si possa individuare in aggiunta un obbligo positivo di garantire l'effettivo godimento di tale diritto”*⁴³⁶.

In altra pronuncia, poi, la Corte riconosce che *“l'effettività del diritto di riunione pacifica non può ridursi al mero dovere dello Stato di non interferire; è invece dovere degli Stati Contraenti di adottare misure ragionevoli ed appropriate a consentire lo svolgimento pacifico di dimostrazioni conformi alla legge. Deve inoltre essere ricordato che in una società democratica, basata sul principio dello stato di diritto, alle posizioni politiche diverse da quelle che detengono il potere e che vengono esercitate attraverso strumenti pacifici deve essere garantita una concreta possibilità di espressione sia mediante l'esercizio del diritto di riunione sia mediante gli altri strumenti riconosciuti dall'ordinamento. Le pubbliche Autorità sarebbero state pertanto tenute ad adottare misure idonee a prevenire atti di violenza diretti contro i partecipanti alla dimostrazione dei ricorrenti, o almeno a limitarne la portata”*⁴³⁷.

Quindi, secondo la Corte di Strasburgo, sullo Stato partecipante alla CEDU grava non solo il dovere

⁴³⁶ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 12 ottobre 2005.

⁴³⁷ Così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 15 febbraio 2006.

di non impedire una riunione o manifestazione pacifica e rispettosa dell'ordinamento, ma anche quello positivo di promuoverne l'effettività e di impedire atti di violenza di terzi che possano pregiudicare questo diritto⁴³⁸.

Orbene, è facile intendere che la libertà di riunione rientri così, a pieno titolo, in quanto diritto fondamentale dell'individuo, non solo all'interno della categoria delle c.d. libertà negative⁴³⁹, (“che sono viste ormai non soltanto sotto il profilo formale ma anche sotto quello sostanziale, dell'effettiva possibilità di esercizio”⁴⁴⁰) per le quali per i quali la Costituzione⁴⁴¹ appresta specifiche garanzie funzionali ad assicurare che la loro limitazione possa essere disposta non a discrezione o ad arbitrio del potere politico (*rectius*: esecutivo), bensì nei soli casi e modi previsti dalla legge (norma generale ed astratta) e, vieppiù, talvolta, in seguito ad un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria⁴⁴², bensì, secondo una visione innovativa

⁴³⁸ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴³⁹ “Che anche un despota illuminato potrebbe, almeno in parte, garantire”. Così MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *Diritto Costituzionale*, Milano 1998, p. 734. Per un approfondimento della nozione di libertà in diritto pubblico v. AMATO, *Libertà, (diritto costituzionale)*, (voce), in *Enc. Dir.*, XXIV vol. 1974, 272 ss.

⁴⁴⁰ Così MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p. 735.

⁴⁴¹ Sottolinea JORIO, *La Costituzione tradita*, in www.lexitalia.it/p/11/jori_costituzione.htm, 1, che “la Costituzione è la legge fondamentale degli Stati di diritto poiché individua le fonti e le modalità di produzione giuridica, formalizza la delega della sovranità del popolo agli organi preposti all'esercizio dei pubblici poteri, reca in sé le norme che si pongono a fondamento della forma di stato e della forma di governo”. Evidenzia la doppia anima della Costituzione, intesa sia come atto che come processo, RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 10 s., secondo cui “la Costituzione come atto dà una prima idea del “modello” costituzionale nel suo insieme, un'idea nondimeno incolore, appiattita, statica, così come lo sono appunto le immagini sulla carta. La Costituzione come processo obbliga le dinamiche ordinamentali a confrontarsi con la natura degli interessi in campo, nello sforzo di ricercare sintesi assiologicamente pregevoli e qualificanti tra gli stessi, vale a dire adeguate all'equilibrio tra i valori in campo (e, segnatamente, tra il valore di autonomia e quello di eguaglianza). Allo stesso tempo – e il punto è di estrema importanza, per quanto invero ancora oggi non messo a fuoco come si conviene – proprio nel momento in cui la Costituzione imprime alle esperienze di normazione ed alle dinamiche ordinamentali in genere l'orientamento assiologico che si è detto, essa lo dà anche a... se stessa, obbliga cioè gli operatori a rileggere le formule iscritte sulla carta ed a caricarle di significati continuamente nuovi, congrui rispetto alle esigenze espresse dalle congiunture e rispecchiate dagli atti di normazione adottati per fronteggiarle”.

⁴⁴² Invero, complessa è “la questione relativa alla relazione tra giudice di merito e legislatore per ciò che attiene all'interpretazione dei singoli diritti fondamentali, in particolare nel caso che il giudice abbia provveduto a concretizzare il diritto in assenza di una specifica disciplina legislativa della fattispecie. Il fuoco di attenzione si concentra, in particolare, sulla (problematica) capacità performativa del precedente giurisprudenziale che interpreta il diritto fondamentale rispetto alle scelte politiche successive del legislatore nella regolamentazione di una determinata fattispecie”. Così e per un approfondimento v. BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Baldini.pdf, 9 ss. Sul punto v. anche TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/Tripodina_Argomento_originalista.pdf, secondo cui “nello stato costituzionale di diritto (quanto meno nella sua versione continentale, appunto), i giudici svolgono un'opera essenziale di protezione dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all'azione degli organi politici e trasformarsi in opera di creazione di quei diritti». *Svilire la decisione politica (costituzionale o ordinaria) sui diritti e ad essa sostituire quella giurisprudenziale significa, a tacer d'altro, entrare in urto e far fortemente vacillare i pilastri dello stato di diritto del principio di legalità, della certezza del diritto e dell'uguaglianza dei cittadini*”. Parla di “significativa espansione della giurisdizione”, PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte Costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/.../0057_panzera.pdf. Infine, sottolinea l'eterogeneità dei modelli sociali di riferimento nell'interpretazione delle norme costituzionali in relazione alla piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali della persona, MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di, cit.*, 22.

apprezzata alla luce delle direttive promananti dalla CEDU, anche nel quadro dei diritti di libertà positivi perché, in definitiva, si ritiene che il grado di civiltà giuridica maturato all'interno di una società vada commisurato alla capacità dell'ordinamento di soddisfare appieno le istanze di promozione e valorizzazione della libera esplicazione della personalità dei suoi componenti in vista della partecipazione, con metodo democratico, alla crescita sociale e culturale della Nazione.

Invero, il diritto dei cittadini di riunirsi pacificamente e senza armi, proclamato dal citato precetto costituzionale, ha portata ed efficacia fondamentali⁴⁴³; esso, tuttavia, al pari di ogni altro diritto di libertà, implica la posizione di limiti e condizioni che lo disciplinino⁴⁴⁴ onde evitare che il suo esercizio possa avvenire in modo socialmente dannoso e pericoloso⁴⁴⁵.

La Carta Fondamentale, in tal senso, contribuisce a tracciare con chiarezza i confini entro cui la personalità dell'individuo possa liberamente esplicarsi mediante l'esercizio di tale posizione di libertà, da un lato, differenziando le modalità di svolgimento del diritto di riunione secondo che interessi luoghi privati, aperti al pubblico ovvero luoghi pubblici; dall'altro, mediante la precisazione di limiti invalicabili posti chiaramente a tutela di interessi (costituzionali) parimenti rilevanti.

Sotto il primo versante, tradizionalmente si suole affermare che deve intendersi: a) per luogo privato, qualunque ambito spaziale il cui accesso sia riservato esclusivamente a coloro che abbiano ricevuto, *nominatim*, dal titolare dello *ius excludendi alios* un apposito atto di assenso⁴⁴⁶; b) per luogo aperto al pubblico, qualunque ambito spaziale il cui accesso sia concesso a determinate condizioni ovvero in ragione dell'appartenenza a determinate categorie o comunque sottoposto a particolari limitazioni da parte dei promotori di uno specifico evento⁴⁴⁷; c) per luogo pubblico, infine, qualunque ambito spaziale il cui accesso sia liberamente consentito, senza alcuna restrizione particolare, alla generalità dei consociati⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Affronta il tema della estensione della latitudine applicativa del diritto di riunione sancito dall'art. 17 cost. in favore non solo dei cittadini ma anche degli stranieri, CAVINO, *Riunione (libertà di)*, (voce), in PATTI, (a cura di), *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore, XIV vol.*, Milano, 2007, 11 ss.

⁴⁴⁴ “Il diritto di riunione, di cui all'art. 17 terzo comma della Costituzione, al pari degli altri diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, trova un preciso limite nel rispetto e nella tutela di altri interessi costituzionalmente protetti e parimenti rilevanti, quali la sicurezza e l'incolumità pubblica. Sicché le riunioni in luogo pubblico possono essere vietate, a norma del citato disposto costituzionale, quando sorga pericolo per tali beni-interessi”, la relativa “valutazione circa l'idoneità di una riunione a porre in pericolo la sicurezza e l'incolumità pubblica è istituzionalmente demandata all'Autorità di Pubblica Sicurezza”. Così Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 13 ottobre 1972 n. 8473.

⁴⁴⁵ In tal senso v. Corte Costituzionale, sentenza 27 febbraio 1973, n. 15.

⁴⁴⁶ Sul punto v. CAVINO, *Riunione, cit.*, in PATTI, (a cura di), *Il diritto. Enciclopedia giuridica, cit.*, XIV vol., 15 s.

⁴⁴⁷ Sul punto v. CAVINO, *Riunione, cit.*, in PATTI, (a cura di), *Il diritto. Enciclopedia giuridica, cit.*, XIV vol., 16 s.

⁴⁴⁸ Sul punto v. CAVINO, *Riunione, cit.*, in PATTI, (a cura di), *Il diritto. Enciclopedia giuridica, cit.*, XIV vol., 17 s. Secondo Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008, la distinzione rilevante è quella tra riunioni che si svolgono in “luogo pubblico, qualificato come quello “su cui ogni persona può liberamente transitare e

Orbene, fermi restando, naturalmente, i limiti di ordine generale, (preordinati alla salvaguardia di irrinunciabili interessi fondamentali), vevoli con riferimento a qualunque tipologia di riunione (manifestazioni di piazza, cortei, assemblee, etc), la Carta Costituzionale impone l'adempimento di specifiche formalità solo per le riunioni organizzate in luoghi pubblici, nulla prevedendo nel caso di riunioni in luogo aperto al pubblico ovvero in luoghi privati.

Trattasi, com'è facile intendere, di una disciplina (il cui contenuto sostanziale va ravvisato all'interno degli artt. 18 ss. T.U.L.P.S. e relativo regolamento di attuazione) volta a soddisfare in astratto l'esigenza di bilanciamento tra diversi interessi in gioco tra loro, anche solo occasionalmente, potenzialmente confliggenti.

Ed infatti, se, da un lato, ciascuno ha diritto di scendere in piazza per manifestare liberamente la propria opinione, la propria solidarietà ovvero il proprio dissenso in ordine a specifici accadimenti ovvero, più in generale, con riferimento a ideologie o condotte di vita, al contempo essenziale si rappresenta salvaguardare gli interessi propri dell'intera collettività che ben possono essere pregiudicati, anche in termini di mera esposizione a potenziale pericolo, da siffatte iniziative che, normalmente coinvolgendo una massa indistinta di individui, ben possono assumere consistenti proporzioni e mettere a repentaglio, in alcuni casi, l'ordine e la sicurezza pubblica ovvero la pubblica incolumità⁴⁴⁹.

*trattenersi senza che occorra in via normale il permesso dell'Autorità", in luogo aperto al pubblico, cioè il luogo chiuso "ove l'accesso, anche se subordinato ad apposito biglietto d'ingresso, è consentito ad un numero indeterminato di persone" e in luogo privato inteso quale "luogo chiuso con la limitazione dell'accesso a persone già nominativamente determinate" Invero, appare opportuno precisare come, a seconda dei casi e delle circostanze concrete, un determinato luogo possa assumere, ai fini che qui interessano, una diversa qualificazione. "Ad esempio uno stesso teatro in cui avvengono riunioni di più persone può di volta in volta assumere una diversa qualificazione. È un luogo privato se è stato affittato da un club per uno spettacolo o una riunione riservata ai soli soci. È un luogo aperto al pubblico se può accedere un numero anche indeterminato di persone, ma nei limiti della capienza. Non importa se, a seguito dell'affluenza, molte persone rimangono sulla piazza o accalcati sulla porta d'ingresso. È un luogo pubblico se all'esterno sono stati installati altoparlanti o altri mezzi di comunicazione, in modo che l'assembramento delle persone sulla piazza diventa parte integrante della riunione tenuta nella sala". Così CALESINI, *Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza commentato articolo per articolo*, Roma, 2005, 89.*

⁴⁴⁹ Ne deriva che "l'azione repressiva da parte dell'Autorità di P.S. è giustificabile esclusivamente in presenza di una situazione oggettiva e reale di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, ivi compresa la tutela dei partecipanti. Tuttavia attesa la sacralità del diritto di riunione sancito dalla Costituzione repubblicana, lo scioglimento della riunione deve essere preliminarmente anticipato da una attenta valutazione dei rischi e dalla attuazione di particolari servizi d'ordine che garantiscano il regolare svolgimento isolando od allontanando eventuali soggetti violenti o comunque che pongano in essere situazioni di turbativa. Solo dopo l'attuazione di provvedimenti preventivi in tal senso, si potrà procedere allo scioglimento della riunione, intervenendo anche se del caso con la forza pubblica allo scioglimento dell'adunanza". Così BAFFA, *L'avviso all'Autorità di Pubblica Sicurezza ai sensi dell'Art. 18 R.D. 18 giugno 1931 n. 773 e s.m.i. (Disposizioni contemplate nel Titolo II Disposizioni relative all'ordine pubblico e alla incolumità pubblica, Capo I - Delle Riunioni pubbliche e degli assembramenti in luoghi pubblici*, in www.comune.lecco.it/resources/docinf/N10991a86db751221792/N10991a86db751221792/riunioni_pubbliche.pdf.

Più nel dettaglio, la disciplina di settore impone ai promotori della riunione⁴⁵⁰, (da intendersi non soltanto con riferimento a chi progetta, indice, promuove e organizza la manifestazione, ma anche a chi collabora alla realizzazione pratica del progetto e al suo buon esito, partecipando alla fase preparatoria ovvero svolgendo la funzione di guida⁴⁵¹ o sovrintendendo all'attuazione del c.d. servizio d'ordine)⁴⁵², di indirizzare all'autorità di pubblica sicurezza una comunicazione (*rectius*: un preavviso) che, almeno tre giorni antecedenti rispetto alla data prevista per lo svolgimento della manifestazione, indichi luogo e modalità dell'evento.

Si tratta, evidentemente, di uno strumento deputato a consentire, in tempi ragionevoli, la predisposizione di un adeguato sistema di sicurezza che garantisca che lo svolgimento della manifestazione abbia luogo pacificamente e senz'armi; di certo, comunque, il preavviso non implica la necessità di conseguire né una preventiva autorizzazione né alcuna determinazione di altra natura⁴⁵³.

Invero, va comunque precisato che ai fini dell'obbligo dei promotori di una riunione in luogo pubblico di dare all'autorità di p.s. il prescritto preavviso, non ha alcuna rilevanza che il raggruppamento di persone non sia stato provocato da una preventiva convocazione ma venga sollecitato da appelli estemporanei rivolti nel momento e nel luogo (pubblico) in cui si vuole ottenere l'adunanza di più persone per uno scopo determinato; come, del pari, non rileva che la riunione sia costituita da successivi capannelli di persone che sostino nel predetto luogo il tempo necessario per rendersi conto delle ragioni dell'appello rivolto dai promotori e per decidere se firmare o meno una petizione da essi proposta. Anche in tali ipotesi, infatti, sussiste l'interesse pubblico garantito dall'art. 17 comma 3 a svolgere un controllo sulla idoneità della riunione a porre in pericolo la sicurezza e la incolumità pubblica⁴⁵⁴.

Presupposti fondamentali affinché la libertà di riunione possa essere riconosciuta sono, poi, la natura pacifica (che, chiaramente, postula l'assenza di armi) della manifestazione⁴⁵⁵ e, più in

⁴⁵⁰ Soggetti da tenere ben distinti dai semplici partecipanti alla riunione anche in qualità di oratori. Sul punto v. *Corte Costituzionale, sentenza 10 maggio 1979 n. 11.*

⁴⁵¹ “La qualifica di promotore di una riunione non può non essere attribuita a chi si ponga alla guida di un corteo incitando i partecipanti a manifestare”. Così *Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 04 luglio 1977.*

⁴⁵² Cfr. *Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 21 ottobre 2009, n. 42448; Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 08 giugno 1995, n. 7883.* Invero, “il promotore di una riunione in luogo aperto al pubblico (nella specie, assemblea sindacale da tenersi nell'aula consiliare del locale municipio) non può essere ritenuto responsabile del reato previsto dall'art. 18 r.d. 18 giugno 1931, n. 773, per avere ommesso di dare avviso al questore delle manifestazioni sviluppatasi collateralmente rispetto a quella principale, quando queste siano sorte autonomamente, poiché in tal caso difetta il necessario nesso psichico tra tali fatti e l'agente. (Nella specie un corteo di lavoratori si era formato spontaneamente sulla pubblica via allo scopo di raggiungere il luogo ove doveva svolgersi il programmato convegno)”. Così *Corte di Cassazione, sez. II, sentenza 25 agosto 1994.*

⁴⁵³ Per una disamina della *ratio* sottesa all'istituto del preavviso v. TROILO, *La libertà di riunione al tempo della “Direttiva Maroni”*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/.../0112_troilo.pdf, 8 ss.

⁴⁵⁴ Cfr. *Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 07 marzo 1977.*

⁴⁵⁵ Per una ricostruzione, anche sotto il profilo storico, della consistenza del riferimento alla pacificità e/o all'assenza di armi, v. TROILO, *La libertà di riunione al tempo*, cit., 4 ss.

generale, l'inesistenza di comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica che possano giustificare l'apposizione del divieto (ovvero un semplice differimento temporale o l'individuazione in una differente località) da parte dell'autorità di pubblica sicurezza⁴⁵⁶.

Invero, il potere del questore di stabilire modalità spaziali o temporali in ordine allo svolgimento di riunioni in luogo pubblico o di vietarne l'effettuazione, potere comportante, come tale, la compressione od addirittura il sacrificio di un diritto costituzionalmente riconosciuto, deve essere esercitato attraverso l'adozione di provvedimenti, dotati di corretta e coerente motivazione ed ispirati ai canoni della ragionevolezza⁴⁵⁷ e della proporzionalità⁴⁵⁸, i quali ben possono essere sindacati dal giudice ordinario, ai fini di stabilirne la legittimità quale presupposto per l'applicazione di una sanzione penale, sotto il profilo del vizio di sviamento di potere⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Sul punto v. TROILO, *La libertà di riunione al tempo*, cit., 9 ss.

⁴⁵⁷ Per un'approfondita disamina del concetto di ragionevolezza v. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

⁴⁵⁸ Il principio di proporzionalità, di chiara derivazione comunitaria, implica che il provvedimento adottato dalla P.A., preordinato alla cura dell'interesse pubblico ritenuto prevalente, imponga, all'esito di un adeguato bilanciamento, il minor sacrificio possibile a carico di tutti gli interessi compresenti. "Esso si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato, all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile". Così e per un approfondimento v. GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 394 ss. Nello stesso senso v. *Consiglio di Stato*, sez. V, 14 aprile 2006 n. 2087; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 06 maggio 2004, n. 772; *Consiglio di Stato*, Sez. IV, 1 giugno 1994, n. 467; *Consiglio di Stato* 28 marzo 1994, n. 291; *Consiglio di Stato*, 21 dicembre 1989, n. 930. Sul punto v. anche VICICONTE G., *Ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., p. 498 e v. CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., p.800. Per un caso particolare, di grande risonanza mediatica, concernente le limitazioni imposte in occasione del G8 di Genova, è stato affermato che "va considerato, dal punto di vista della proporzionalità del sacrificio richiesto e del temperamento degli interessi pubblici posti a confronto che la limitazione dei diritti sopra accennati nei confronti dei soggetti giunti a Genova per testimoniare la loro opposizione al vertice dei Paesi più industrializzati ed alle politiche dagli stessi perseguite, trova il proprio contraltare nella possibilità per i rappresentanti politici dei Paesi partecipanti di poter svolgere la funzione politica per la quale avevano ricevuto l'investitura popolare attraverso il voto dei propri cittadini. Inoltre, nessuno dei diritti in questione risulta soppresso, potendo svolgersi pienamente i diritti di circolazione e di riunione in tutte le altre zone di Genova non interdette, ove potevano essere altresì svolte le attività di manifestazione del pensiero. Inoltre l'evento è stato coperto con dirette televisive e seguito da tutti i mezzi di comunicazione (radio, televisioni, giornali, internet) che hanno consentito l'amplificazione e la diffusione del dissenso al vertice ufficiale. Complessivamente considerate, pertanto, le misure assunte risultano proporzionate e ragionevoli nella doverosa comparazione tra sacrificio imposto alle associazioni ricorrenti nel manifestare il proprio dissenso al vertice G8 e la tutela dell'incolumità pubblica di tutti i cittadini genovesi coinvolti nell'evento". Così T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

⁴⁵⁹ Cfr. Così, ad esempio, "appare viziato da sviamento di potere il divieto di svolgimento di due manifestazioni previste nello stesso luogo ed alla stessa ora, motivato dal questore sul presupposto che i partecipanti alle riunioni, di apposte posizioni ideologiche, avrebbero potuto dar luogo a disordini con gravi turbative per l'ordine pubblico. Nella specie, infatti, uno dei due gruppi di manifestanti aveva inviato con priorità rispetto all'altro il preavviso al questore e pertanto il divieto si palesa illogico, in quanto tale priorità non è stata presa nella dovuta considerazione da parte dell'autorità amministrativa, la quale ha finito per attribuire all'iniziativa successiva degli antagonisti il ruolo di un sostanziale veto. Non può pertanto ravvisarsi nel comportamento di chi non abbia prestato obbedienza al divieto, il reato di cui all'art. 18 comma 4 r.d. n. 773 del 1931 (t.u.p.s.)". Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 13 giugno 1994.

Appare evidente, cioè, che ogni qual volta si profili, per le più svariate ragioni, un potenziale pericolo di lesione ad interessi pubblici fondamentali ovvero alla libera e pacifica convivenza tra i consociati e, più in generale, allo scopo di prevenzione dell'esposizione a pericolo dei beni giuridici ritenuti essenziali, in un determinato momento storico, all'interno della società civile⁴⁶⁰, la libertà di riunione debba essere assoggettata a (momentanea) compressione⁴⁶¹ ricercando, in ogni caso, la soluzione che possa, anche se solo parzialmente o comunque secondo modalità differenti da quelle in origine programmate, consentirne l'esercizio⁴⁶².

Si ritiene comunemente, cioè, che le libertà individuali vadano coniugate all'unisono con l'interesse della collettività e pertanto legittimamente ben possono subire delle compressioni in talune modalità di esercizio per renderle compatibili con le libertà pariordinate di altri⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Un importante banco di prova, capace di testare l'effettivo grado di maturazione raggiunto dal nostro ordinamento nell'ottica del giusto bilanciamento tra esigenze di pubblica sicurezza ed incolumità, da un lato, ed effettività dei diritti fondamentali del cittadino, dall'altro, è stato il G8 di Genova, evento che, in particolare ai fini che qui interessano, ha visto l'adozione di provvedimenti prefettizi contingibili ed urgenti finalizzati a disciplinare il concreto esercizio di alcuni diritti di libertà a fronte di rilevanti esigenze di ordine pubblico. Censurato tale provvedimento innanzi al G.A. sul presupposto (erroneo) secondo il quale *“il potere prefettizio non avrebbe potuto sopprimere o sospendere totalmente nessuno dei diritti costituzionali sopra indicati ed in realtà l'ordinanza si preoccupa di contemperare le esigenze generali di sicurezza con lo svolgimento di diritti essenziali in un ordinamento democratico”*, è stato giustamente rilevato che *“non vi è come si può constatare la eliminazione dei diritti di circolazione, di lavoro e di iniziativa economica che vengono soltanto compressi, con la previsione della necessità di munirsi di apposito lasciapassare, in funzione della garanzia dell'ordine e della sicurezza pubblica, resa più pregnante dalla responsabilità dello Stato Italiano nei confronti della comunità internazionale per la presenza, appunto nella zona rossa, di Capi di Stato e di Governi esteri. – Ed invero – “L'art. 16 cost. non preclude al legislatore la possibilità di adottare misure articolabili in divieti, diversità temporali, particolari condizionamenti, pedaggi, chiusure per fasce orarie di zone dei centri storici che influiscano sul movimento della popolazione, sulla base di esigenze di pubblico interesse che, sebbene trascendenti i campi della sicurezza e della sanità, espressamente ivi previsti, attengano al buon uso della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbano osservare ed alle eventuali prestazioni che essi siano tenuti a compiere, misure da giudicare in funzione della ragionevolezza e della pluralità degli interessi e degli elementi in gioco quali la variabilità dei mezzi impiegati, l'impatto ambientale, la situazione topografica, lo stato dei servizi pubblici i pregiudizi derivanti da uso indiscriminato del mezzo privato (Corte costituzionale 19 luglio 1996, n. 264). La Corte, quindi, ha già affermato che la ragionevolezza del provvedimento costituisce il parametro fondamentale del giudizio, calibrato nel contemperamento della pluralità di interessi coinvolti. Nel caso di specie le preoccupazioni per l'ordine pubblico, divenute sempre più pressanti, anche in considerazione delle violenze verificatesi in analoghi vertici precedenti (si pensi, in particolare, a quello di Goteborg) e notizie di intelligence circa il pericolo attentati, hanno indubbiamente spostato l'interesse generale dell'Amministrazione verso misure di polizia, quali appunto le zone interdette al pubblico (zona rossa) o nelle quali erano vietate sia le manifestazioni sia il volantinaggio (zona gialla)”*. Così T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

⁴⁶¹ Invero, *“la particolare importanza riconosciuta al diritto di riunione - nonché a quello di manifestazione del pensiero - al fine di preservare la natura democratica del nostro ordinamento impone un'interpretazione restrittiva dei motivi che possono condurre alla sua limitazione”*. Così Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁶² Invero, *“nei casi un cui non vi sia e non vi possa essere neppure in astratto, per ridottissime dimensioni della riunione, alcuna lesione dell'interesse dell'ordine e della sicurezza pubblica, non appare giustificato punire chi promuove, a scopo di lecita manifestazione del pensiero, una riunione, che comunque, ove preavvisata non potrebbe per le sue caratteristiche e finalità essere proibita. La condotta del promotore di una riunione non preavvisata in luogo pubblico non integra il reato di cui all'art. 18 t.u.l.p.s. nei casi in cui la manifestazione - per le ridottissime dimensioni numeriche dei partecipanti, per il suo carattere assolutamente pacifico e per la sua breve durata - non possa ledere l'interesse dell'ordine e della sicurezza pubblica”*. Così Pretura Milano, sentenza 23 marzo 1989.

⁴⁶³ *“È pertanto legittima l'ordinanza adottata dal prefetto in occasione del vertice dei capi di governo denominato G8 la quale, per incontrovertibili ragioni di sicurezza, in talune zone della città di Genova ha*

Ciò, però, presuppone che il potere di deroga e/o di sospensione temporanea⁴⁶⁴ sia ricondotto a parametri certi, tali da garantire comunque il rispetto di un nucleo indefettibile di valori costituzionali, espressione della più intima essenza di un ordinamento ispirato ai principi propri del c.d. costituzionalismo moderno.

Alla luce di tali considerazioni, alcune perplessità sono sorte in relazione all'atto di indirizzo adottato agli inizi del 2009 dall'allora Ministro dell'Interno pro tempore⁴⁶⁵ volto a introdurre criteri finalizzati a coniugare il diritto costituzionale di riunirsi e manifestare liberamente in luogo pubblico, espressione fondamentale della vita democratica di una società civile, con *“l'esigenza di evitare diseconomie e, ove sussistano forme di garanzia per assicurare la mobilità territoriale, di non vanificarne gli effetti”*⁴⁶⁶.

dettato particolari modalità di esercizio del complesso, articolato contenuto del diritto di circolazione, disciplinandolo in modo differenziato, in considerazione del diverso collegamento fisico con il territorio dei cittadini, tenendo conto cioè delle diverse ragioni di natura esistenziale che giustificavano l'accesso limitato dei singoli nei luoghi protetti, nel breve periodo considerato nel provvedimento”. Così Consiglio di Stato, 16 gennaio 2006 n. 85.

⁴⁶⁴ Parla di *“temporaneità che attiene agli effetti del provvedimento in relazione alla cessazione dello stato di necessità”* Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 14 gennaio 2004 n. 1. Sul punto v. anche VICICONTE G, *Ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., p. 496. Invero, *“l'ordinanza prefettizia adottata ai sensi dell'art. 2 T.U.L.P.S. necessita della indicazione espressa della durata del provvedimento in considerazione della delicatezza e dell'importanza dei diritti costituzionali sui quali l'ordinanza può incidere, pur se la durata del provvedimento non debba essere rigidamente legata all'evento che lo ha determinato, purché appaia ragionevole rispetto all'interesse pubblico ritenuto prevalente”*. Cfr. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524. Per diversa opzione, *“è sicuro che l'intervento non deve avere necessariamente il carattere della provvisorietà, atteso che suo connotato essenziale è l'adeguatezza della misura a far fronte alla situazione determinata dall'evento straordinario. Il che chiaramente sta a indicare che nell'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti non esiste, in astratto, un metro di valutazione fisso da seguire, ma la soluzione va individuata di volta in volta, secondo la natura del rischio da fronteggiare. Sono, infatti, le esigenze obiettive che si riscontrano nel caso concreto che determinano la “misura” dell'intervento, anche se la soluzione deve corrispondere alle finalità del momento, senza che possa assumere, cioè, i caratteri della continuità e della stabilità”*. Così Consiglio di Stato, sentenza 13 ottobre 2003 n. 6169. Nello stesso senso v. Consiglio di Stato, sentenza 09 febbraio 2001 n. 580. Con riferimento, poi, ad un caso particolare, di grande risonanza mediatica, concernente le limitazioni imposte in occasione del G8 di Genova, è stato affermato che *“L'istituzione delle zone, rossa e gialla, hanno avuto efficacia per cinque giorni, cioè non solo durante i tre giorni del vertice, ma anche nei due giorni precedenti. Questo termine viene contestato dai ricorrenti perché ritenuto troppo esteso. Tuttavia, va osservato che l'attività di prevenzione e controllo legata alla sicurezza delle zone della città oggetto del vertice e la materiale realizzazione della delimitazione delle zone stesse imponeva l'estensione temporale dell'ordinanza ad un tempo che risulta comunque contenuto (due giorni). La giurisprudenza penale (Cass.pen.I sez. 9\10\1985) in tema di ordinanze del prefetto, ex art. 2 t.u.l.p.s. ha affermato che “ il requisito della provvisorietà va interpretato nel senso che le restrizioni devono essere proporzionate alla necessità e devono cessare con il venir meno della stessa. Ne consegue che non è richiesto che la durata del provvedimento debba essere predeterminata in modo esplicito, anche in considerazione della discrezionalità ampia del prefetto di apprezzamento in ordine alle esigenze dello stato di necessità”. Il Collegio ritiene che questa affermazione debba essere temperata dalla necessità di indicare espressamente la durata del provvedimento in considerazione della delicatezza ed importanza dei diritti costituzionali sui quali l'ordinanza oggi in discussione incide, ma la massima giurisprudenziale è condivisibile nell'affermazione secondo la quale la durata del provvedimento non debba essere rigidamente legata all'evento che lo ha determinato, purché appaia ragionevole rispetto all'interesse pubblico ritenuto prevalente”*. Così T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

⁴⁶⁵ Per una serrata critica a tale provvedimento v. TROILO, *La libertà di riunione al tempo*, cit., 11 ss.

⁴⁶⁶ Cfr. *Direttiva del Ministro dell'Interno per le manifestazioni nei centri urbani e nelle aree sensibili* del 26 gennaio 2009 in www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/servizi/legislazione/sicurezza/0984_2009_01_26_Direttiva_prefetti_su_manifestazioni_in centri_urbani.html

Così, nel dettaglio, è stato ritenuto opportuno limitare l'accesso ad alcune aree particolarmente sensibili, specialmente quando la manifestazione coinvolga un numero di partecipanti elevato, individuate in zone a forte caratterizzazione simbolica per motivi sociali, culturali o religiosi (ad esempio cattedrali, basiliche o altri importanti luoghi di culto) o che siano caratterizzate – anche in condizioni normali – da un notevole afflusso di persone o nelle aree nelle quali siano collocati obiettivi c.d. critici.

Tali limiti, è stato altresì precisato, potranno operare specialmente quando ci siano state precedenti manifestazioni, con stesso oggetto e organizzazione, che abbiano turbato l'ordine e la sicurezza pubblica.

Sulla scorta di siffatte premesse, i Prefetti sono stati invitati a stabilire regole – d'intesa con i Sindaci – e sentito il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica⁴⁶⁷, per:

1. sottrarre alcune aree alle manifestazioni;
2. prevedere, ove necessario, forme di garanzia per gli eventuali danni;
3. prevedere altre indicazioni per lo svolgimento delle manifestazioni⁴⁶⁸.

Così, in applicazione delle citate linee guida, in diverse località sono state adottate⁴⁶⁹ (ed anche reiterate nel tempo)⁴⁷⁰ ordinanze attuative la cui concreta legittimità, però, è stata sottoposta al vaglio del giudice amministrativo⁴⁷¹ che, investito di recente della questione, in sede cautelare, ha ritenuto che, ad una prima sommaria delibazione, il gravame proposto fosse assistito da adeguato *fumus boni iuris* in quanto, a prescindere da ogni altra considerazione: “a) l'ordinanza commissariale ha dettato limiti ex ante allo svolgimento delle manifestazioni pubbliche, laddove delle riunioni in luogo pubblico, ai sensi dell'art. 117, co. 3, Cost., deve essere dato preavviso alle autorità che possono vietarle solo per comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica e, quindi, solo sulla base di specifiche valutazioni compiute una volta ricevuto il preavviso; b) il limite alla libertà di riunioni è posto “per esigenze di traffico e viabilità” e, d'altra parte, lo stato di emergenza è stato a suo tempo dichiarato

⁴⁶⁷ Da più parti è stato suggerito come la migliore applicazione di tale direttiva avrebbe potuto essere perseguita mediante la previsione di una concertazione con la società civile onde pervenire ad una condivisa regolamentazione delle modalità (di tempo, di luogo, etc.) afferenti al concreto svolgimento di pubbliche manifestazioni. È pur vero, però, che “gli accordi tra partiti «di non organizzare riunioni in certi luoghi» sono «privi di forza vincolante per i singoli aderenti al partito e per i terzi non iscritti che, come non hanno il potere di disporre del proprio diritto, così hanno il diritto a non “subire” disposizioni dello stesso da parte di altri”». Così PACE, *La libertà di corteo dimezzata*, in www.a-strid-online.it/Libert--di/EUROPA_A-Pace-08_04_09.pdf.

⁴⁶⁸ *Direttiva del Ministro dell'Interno per le manifestazioni nei centri urbani*, cit.

⁴⁶⁹ Cfr. *Ordinanza del Prefetto di Bologna del 18 febbraio 2009* nominata: *Disciplina cortei e manifestazioni nel centro storico*.

⁴⁷⁰ Cfr. *Ordinanza del Prefetto di Bologna del 29 settembre 2010* nominata: *Disciplina cortei e manifestazioni nel centro storico – proroga*.

⁴⁷¹ Cfr. *Ordinanza del 17 ottobre 2011 del Sindaco di Roma - Commissario Delegato ai sensi dell'OPCM n. 3543 del 28.9.2006*, con la quale si dispone che “nel territorio ricadente nel I Municipio della Città di Roma sia da considerare compatibile solo lo svolgimento di manifestazioni pubbliche senza formazione di corteo da tenersi solamente in determinate aree”.

*“per la situazione determinatasi nel settore del traffico e della mobilità della città di Roma”, mentre un limite ad una libertà costituzionalmente garantita sembra poter essere disposto solo a salvaguardia di altri valori aventi pari rilievo costituzionale*⁴⁷².

Invero, perseguire un corretto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, pur se naturalmente auspicabile, non sempre, però, risulta essere agevole; ne è riprova di ciò, ad esempio, il contemperamento tra effettività del diritto di professare in forma associata il proprio credo religioso e l’interesse pubblico correlato sempre alla pubblica sicurezza.

In particolare, si è posta in concreto la questione della legittimità di un’ordinanza sindacale che assoggettava, appunto per asseriti motivi di pubblica sicurezza, lo svolgimento di funzioni, cerimonie o pratiche religiose aperte al pubblico fuori dai luoghi destinati al culto, a particolari oneri informativi e concernenti le modalità di svolgimento delle stesse.

Invero, sul punto, declinata la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento alle censure fondate sul richiamo (diretto o intermediato da disposizioni legislative primarie) alle norme internazionali in materia di diritti dell'uomo ovvero a norme costituzionali interne (artt. 2, 6, 8, 17, 19), trattandosi di norme poste direttamente a tutela di diritti soggettivi fondamentali e perfetti (libertà di riunione, libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero), *“di talché la controversia sulla loro violazione o meno rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario*⁴⁷³”, il giudice amministrativo ha censurato i provvedimenti impugnati solamente per vizi di legittimità afferenti al profilo dell’incompetenza⁴⁷⁴ e correlati, in ordine al *quomodo*, al cattivo esercizio della funzione amministrativa (senza però statuire alcunché circa il bilanciamento tra i diritti fondamentali in conflitto).

⁴⁷² Cfr. TAR Lazio, Roma, Ordinanza 09 dicembre 2011 n. 4722.

⁴⁷³ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, sentenza 15 gennaio 2010, n. 19.

⁴⁷⁴ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, sentenza 15 gennaio 2010, n. 19 secondo cui *“ogni limitazione del diritto di riunione (per ragioni di sicurezza e per la difesa di diritti pariordinati, quale quello di circolazione e di salvaguardia del patrimonio artistico) deve essere considerata eccezionale, sia con riferimento agli spazi da sottrarre all’esercizio di tale diritto, sia con riferimento ai soggetti pubblici che siffatte limitazioni possono imporre. In questo senso, nel quarto ed ultimo punto della Direttiva 26 gennaio 2009, il Ministro dell’Interno invita espressamente i (soli) Prefetti a stabilire regole (d’intesa con i Sindaci e sentito il Comitato prov. le per l’ordine e la sicurezza pubblica) per sottrarre alcune aree alle manifestazioni e prevedere forme di garanzia e regole per lo svolgimento delle stesse; e conclusivamente, afferma che “tali determinazioni (da condividere il più possibile con le forze politiche e sociali) troveranno forma in un apposito provvedimento del Prefetto, inizialmente anche in forma sperimentale”. Stante il carattere eccezionale di queste disposizioni, esse non possono che essere interpretate restrittivamente, così dovendosi concludere per l’esclusiva competenza del Prefetto (pur nella necessaria intesa con i Sindaci) ad assumere provvedimenti di regolamentazione delle manifestazioni in luogo pubblico. Ne consegue che laddove un Sindaco abbia adottato una espressa disciplina delle riunioni in luogo pubblico nel proprio Comune, questi ha illegittimamente provveduto in materia di esclusiva competenza e spettanza del Prefetto”*. Per un approfondimento v. CERESSETTI, *Diritti di libertà ed ordinanze contingibili ed urgenti: primi spunti di riflessione*, in *Foro Amm., T.A.R.*, 2009, 12, pp. 3409 ss. Sul punto v. anche BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, 528.

Orbene, in prima battuta, è evidente che, nella ricerca del giusto contemperamento tra i diversi interessi in gioco, vadano di certo salvaguardati, in via prioritaria, l'ordine pubblico⁴⁷⁵ e la sicurezza pubblica⁴⁷⁶, ovvero la libera e pacifica convivenza tra i consociati, preconditione essenziale ed irrinunciabile affinché possa essere garantita l'effettiva libera esplicazione della personalità di ciascuno all'interno di una società civile.

⁴⁷⁵ Secondo l'art. 159 d. lgs. n. 112/98 per ordine pubblico si intende “*il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni*”. Sul punto v. CERRI A. *Ordine Pubblico (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. Giur. Treccani, XXV Vol.*, 1991; PANZA G., *Ordine Pubblico (Teoria Generale)*, in *Enc. Giur. Treccani, XXV Vol.*, 1991; PALADIN L. *Ordine pubblico*, in *Nuovissimo Digesto, XII Vol.*, 1965, pp. 130 ss. e CORSO G., *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche, X Vol.*, 1995, pp. 437 ss. Invero, la nozione di ordine pubblico rileva, all'interno dell'ordinamento giuridico, sotto diversi profili e, consequenzialmente, assolve diverse funzioni. Così, nel diritto privato, è possibile assistere ad una duplice valenza di tale istituto. Secondo una prima accezione, infatti, l'ordine pubblico viene identificato “*nell'insieme dei principi di natura politica ed economica della società, immanenti nell'ordinamento giuridico vigente*” e, in tale veste, costituisce parametro rispetto al quale rapportare l'illiceità degli elementi costitutivi del negozio giuridico (causa ed oggetto) ex artt. 1343 e 1346 c.c. In particolare, si parla di contrarietà all'ordine pubblico “*quando il contratto si pone in contrasto con quell'insieme di principi che sono alla base del corretto ed equilibrato funzionamento dell'ordinamento giuridico*”. Sul punto v. CARINGELLA F. DE MARZO G., *Manuale di diritto civile III. Il Contratto*, Milano, 2007 pp. 195 e 222. In materia v. anche *Corte Costituzionale, sentenza 16 marzo 2005 n. 95; Corte Costituzionale, sentenza 09 giugno 2004, n. 162*. Sempre con riferimento al diritto privato, poi, l'ordine pubblico assume una particolare consistenza come limite all'ingresso all'interno dell'ordinamento nazionale di norme giuridiche straniere in applicazione delle regole dettate dal diritto internazionale privato. In tale accezione, il concetto di ordine pubblico comprende “*il complesso dei principi, ivi compresi quelli desumibili dalla Carta Costituzionale, che formano il cardine della struttura economico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia, nonché quelle regole inderogabili e fondamentali immanenti ai più importanti istituti giuridici nazionali*”. Così e per un approfondimento v. NOVELLI G., *Compendio di diritto internazionale privato*, Napoli, 2000, pp. 53 ss. In diritto pubblico, poi, tradizionalmente si assiste alla dicotomia ordine pubblico ideale/materiale. Secondo la prima opzione, all'ordine pubblico ideale dovrebbe essere riconosciuta la natura di “*principio, o complesso di principi, che, in base ad un criterio di prevalenza, si contrappongono all'esercizio di diritti o all'affermazione di altri principi riconosciuti dall'ordinamento. Nella seconda direzione, al contrario, si sono attribuite all'ordine pubblico le caratteristiche di una più specifica e concreta situazione di fatto che, trovandosi in relazione ad altra situazione di fatto, ne determina i limiti entro i quali quest'ultima può liberamente e legittimamente esplicarsi. La dottrina prevalente è stata comunemente tesa ad evitare di dare al concetto di ordine pubblico, nel nostro ordinamento, una connotazione di tipo ideale...In buona sostanza, immaginare un concetto di ordine pubblico come una sorta di “super principio” dell'ordinamento (superiore e condizionate rispetto a tutti gli altri principi garantiti dalla Costituzione) significherebbe conferire all'autorità amministrativa – in particolare a quella di pubblica sicurezza – con ampio margine di discrezionalità, la potestà di affermare i contenuti essenziali dei valori dell'ordinamento giuridico: potestà che, al contrario, deve essere prerogativa di altri poteri espressivi della sovranità popolare*”. Così e per un approfondimento v. PIANTEDOSI M., *Il nuovo sistema dell'ordine pubblico e della sicurezza dopo la riforma del titolo V, Parte seconda della Costituzione*, in *Giustizia amministrativa*, 2004, 6, pp. 1235 ss. Sul punto v. anche GAROFOLI R. *Manuale di diritto penale. Parte Speciale I*, Milano, 2005, p. 403 e MOCCIA S., *Ordine Pubblico (Disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. Giur. Treccani, XXV Vol.*, 1991.

⁴⁷⁶ Secondo un primo approccio “*ordine pubblico e sicurezza pubblica non concretizzano due concetti distinti anche se correlati. Essi non esprimono differenti aspetti o valori da tutelare, come dimostra la legislazione amministrativa più recente che richiama sistematicamente le due definizioni in maniera congiunta, dimostrando di voler esprimere un unico concetto per mezzo di due termini coordinati che, pertanto, costituiscono, dunque un'endiadi...ma nel tempo non sono mancate espressioni tese a riconoscere una differenziazione di fondo tra i due concetti, tali da considerarli elementi di una dicotomia...si è tradizionalmente ritenuto che con il termine sicurezza si facesse riferimento, prevalentemente, ad un generale principio di salvaguardia e tutela dell'incolumità fisica delle persone ed alla integrità fisica e giuridica dei loro beni. In buona sostanza tale*

Sul punto, deve essere precisato che il concetto tradizionale di ordine pubblico sia mutato nel corso del tempo ed abbia in particolare subito una profonda modificazione alla luce dei principi espressi dalla Carta Costituzionale del 1948⁴⁷⁷.

Capovolgendo l'impostazione previgente, la Costituzione pone al centro dell'ordinamento (non lo Stato bensì) l'uomo i cui diritti definiti come inviolabili vengono riconosciuti e garantiti alla stregua di principi fondamentali ed inderogabili dell'assetto politico/costituzionale disegnato dall'Assemblea Costituente.

L'ordinamento giuridico assume così una connotazione "dinamica" perché è volto a consentire all'individuo di poter "svolgere" la propria personalità non solo come singolo ma anche come parte integrante di formazioni sociali a ciò finalizzate, fino a quella più ampia comunità alla quale appartiene la sovranità⁴⁷⁸.

Proprio il divenire del singolo all'interno della società costituisce la parte essenziale, il vero e proprio "motore" della democrazia ed appare strumento idoneo a garantire appieno i diritti inviolabili dell'uomo solo grazie al costante confronto delle idee ed alla contrapposizione dialettica di diverse posizioni "politiche"⁴⁷⁹.

Su queste basi il concetto di "ordine pubblico" o pace sociale non può essere inteso quale mera conservazione e tutela dell'esistente - concezione anche questa che astrattamente mira a garantire una pace sociale - bensì deve essere inteso quale situazione idonea a favorire la

concessione del termine sicurezza si fonda sulla contrapposizione logica del concetto di ordine pubblico, da una parte, inteso come un qualcosa che attiene ad un principio o ad un complesso di principi, a quello di sicurezza pubblica, dall'altra, inteso come qualcosa che attiene alla salvaguardia materiale della pacifica convivenza e coesistenza dei cittadini". Così e per un approfondimento v. PIANTEDOSI M, *Il nuovo sistema dell'ordine pubblico e della sicurezza*, cit., p. 1241 ss. Sul punto v. anche FOÀ S., *Sicurezza pubblica*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche, XVII Vol.*, 1999, pp. 127 ss. Ai fini della configurazione del rapporto tra ordine pubblico e sicurezza alla stregua di endiadi ovvero di dicotomia v. anche *Corte Costituzionale, sentenza 10-26 luglio 2002, n. 407*. In dottrina v. CAIA, *Incolunità pubblica e sicurezza urbana nell'amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.)*, in www.giustamm.it. e MUSOLINO S., *I rapporti Stato-Regioni nel nuovo Titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte Costituzionale*, Milano, 2007, p. 157.

⁴⁷⁷ Secondo Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008, "la dottrina distingue il concetto di "ordine pubblico generale", costituito dall'ordine completo interno ed esterno della collettività, che consente a questa di vivere e di prosperare, dall' "ordine pubblico" preso in considerazione dal diritto penale e precisamente nel titolo V del libro II, articoli da 414 a 421 del codice penale. Quest'ultimo ha il più ristretto significato di regolare e ordinato svolgimento della vita sociale, di armonica e pacifica coesistenza dei cittadini sotto la sovranità dello Stato e del diritto, in primis delle norme e delle libertà garantite dalla Costituzione. In questo senso "ordine pubblico" è, secondo l'opinione tradizionale, sinonimo di "pace pubblica" e nei cittadini corrisponde al senso della tranquillità e della sicurezza: *ordre dans la rue*. Se tutti i reati producono un turbamento dell'ordine pubblico, quelli di questa parte del codice lo danneggiano in modo diretto e immediato perché ne pongono in dubbio la stessa esistenza. "Invero, i reati che rientrano nella categoria di cui parliamo ledono l'ordine pubblico non in qualche suo speciale aspetto, ma in sé, menomandolo nella sua essenza; in essi difficilmente è dato rinvenire una obiettività giuridica immediata e distinta dal pericolo sociale che cagionano: la lesione dell'ordine pubblico, in altri termini, non è conseguenza di altra particolare violazione dell'ordine giuridico, ma si delinea come un effetto a sé stante, che investe direttamente ed esclusivamente la pace pubblica" (così la Relazione ministeriale al progetto del codice penale, vol. II, 202)".

⁴⁷⁸ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁷⁹ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

pacifica evoluzione dei cittadini e della società, paragonabile in ciò alla dinamicità dell'intero ordinamento previsto dalla Costituzione⁴⁸⁰.

La conseguenza è che se l'essenza della democrazia è la dialettica delle idee e quindi anche la manifestazione del dissenso, quest'ultimo di per sé solo non può integrare al tempo stesso anche la negazione dell'intero sistema sotto la specie della violazione della pace sociale o ordine pubblico⁴⁸¹.

Il concetto tradizionale di "pace pubblica" va dunque aggiornato nel segno dell'"equilibrio" e del rispetto tra diverse posizioni giuridiche soggettive quali riconosciute e tutelate dall'ordinamento democratico⁴⁸² ed alla luce di tali linee guida va plasmato un modello sociale che garantisca piena effettività al diritto di ciascuno di manifestare liberamente, singolarmente, ovvero grazie a stabili o anche solo occasionali forme di aggregazione, il proprio pensiero.

Tristemente noti, però, sono i casi in cui manifestazioni (asseritamente) pacifiche sono ben presto degenerare in vera e propria guerriglia urbana.

Non v'è chi non veda, in tali occasioni, la necessità di predisporre mirati interventi finalizzati a prevenire siffatti accadimenti e, se del caso, a fermamente reprimere qualunque condotta violenta fino a giungere, sussistendone i presupposti, ad intimare lo scioglimento della manifestazione.

Più nel dettaglio, si osserva, quando se ne verificano i presupposti e la necessità, cioè, i partecipanti ad una riunione devono dapprima essere invitati a scioglierla ad opera degli ufficiali di pubblica sicurezza o, in loro assenza, dagli ufficiali o dai sottufficiali dei Carabinieri (art. 22 T.U.L.P.S.).

Chi impartisce l'invito allo scioglimento deve indossare la divisa o, nel caso del funzionario di pubblica sicurezza, deve portare ad armacollo la sciarpa tricolore e far precedere l'invito stesso dalle parole "in nome della legge" (art. 24 Reg. T.U.L.P.S.).

Solo se l'invito allo scioglimento rimane senza effetto vengono impartite tre distinte e successive formali intimazioni precedute ogni volta da uno squillo di tromba e dalle parole "in nome della legge" (art. 23 T.U.L.P.S.), gli squilli di tromba possono essere sostituiti da altrettante intimazioni ad alta voce⁴⁸³.

L'art. 24 T.U.L.P.S. prevede il caso in cui le tre intimazioni rimangano senza effetto o che sia stato impossibile rivolgerle ai manifestanti "per rivolta od opposizione". A questo punto gli ufficiali di pubblica sicurezza o, in loro assenza gli ufficiali o i sottufficiali dei Carabinieri

⁴⁸⁰ Cfr. *Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008*.

⁴⁸¹ Cfr. *Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008*.

⁴⁸² Cfr. *Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008*.

⁴⁸³ Sul punto v. BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, 526 s.

ordinano che la riunione sia disciolta con la forza da parte della forza pubblica e della forza armata.

L'art. 26 del Regolamento al T.U.L.P.S. specifica che nel caso di scioglimento di una riunione o di un assembramento non è consentito adoperare la forza prima che il relativo ordine sia stato effettivamente impartito dall'ufficiale competente.

Una volta eseguito lo scioglimento di una riunione o di un assembramento l'ufficiale di pubblica sicurezza o il sottufficiale dei Carabinieri redige verbale sulle varie fasi della riunione, sui reati eventualmente commessi, sui loro autori e sulle misure adottate per il mantenimento dell'ordine pubblico⁴⁸⁴.

La legge, dunque, fornisce strumenti operativi precisi, ispirati al carattere della tassatività e della stretta interpretazione a tutela di un diritto costituzionalmente garantito, anche quando consente la sua limitazione con il mezzo della forza⁴⁸⁵.

Così essa prescrive che lo scioglimento di una riunione sia deciso mediante un atto amministrativo, un ordine, impartito da chi sia facilmente riconoscibile per la divisa o la fascia tricolore come il funzionario a ciò specificamente competente⁴⁸⁶.

La comunicazione dell'ordine ai suoi destinatari deve avvenire in maniera del tutto palese e reiterata, con squilli di tromba o intimazioni date ad alta voce: segnali ripetuti più volte evidentemente allo scopo di essere più facilmente intesi⁴⁸⁷.

Infine, quando è proprio necessario impiegare la forza, questo non può avvenire prima che il relativo ordine venga impartito dal funzionario competente. L'eccezione che giustifica l'omissione delle prescritte intimazioni si ha solo quando queste sono impossibili per "*rivolta od opposizione*", in situazioni cioè nelle quali l'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini sono già posti in pericolo e diviene pertanto indispensabile procedere allo scioglimento della riunione mediante la forza⁴⁸⁸. "*L'ampiezza della previsione normativa, che deve necessariamente trovare applicazione di fronte ad ogni tipo di riunione e di situazione contingente, non nasconde il proprio carattere tassativo: è consentito ordinare lo scioglimento di una riunione solo ove questa metta in concreto pericolo l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini, eventualmente anche mediante la commissione di delitti (non sarebbe sufficiente il verificarsi di reati contravvenzionali), l'uso della forza trova poi giustificazione solo in caso di inefficacia delle intimazioni o di manifestazioni violente*"⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁸⁵ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁸⁶ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁸⁷ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁸⁸ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁸⁹ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

Naturalmente, l'uso della forza deve essere proporzionato al pericolo concreto per l'ordine pubblico, non può precedere il relativo ordine del funzionario competente, deve rispettare nella maniera più ampia possibile i diritti, *in primis* quello alla libertà ed all'incolumità fisica, dei manifestanti.

I pubblici ufficiali precedenti, così, come meglio si vedrà in seguito, sono tenuti a rendere conto a posteriori dei propri comportamenti e del rispetto delle prescrizioni normative redigendo il verbale delle operazioni compiute⁴⁹⁰.

“Solo il rispetto di questi requisiti consente un corretto bilanciamento tra le esigenze di sicurezza pubblica e i diritti dei singoli cittadini”.⁴⁹¹.

L'interesse pubblico perseguito si indirizza, in tal senso, non solo con riferimento alla sacrosanta tutela dell'incolumità fisica dei cittadini e dell'integrità dei beni (pubblici e privati) ma appare essere rivolto anche a salvaguardare il diritto della generalità dei consociati a poter liberamente riunirsi e manifestare la propria opinione in forma collettiva senza che un gruppo, più o meno consistente, di facinorosi possa pregiudicarne, a causa di condotte incivili, l'effettività.

Di certo, nel caso di manifestazioni di massa appare difficile, per ovvie ragioni pratiche, isolare sin da subito chi si dedicherà a devastazioni e saccheggi dalla restante parte (in genere i più) dei componenti un'assemblea ovvero un corteo; note sono, infatti, le tecniche di infiltrazione, tra la folla, dei manifestanti più violenti che, così agendo, da un lato si fanno scudo della moltitudine di individui che nulla hanno a che vedere con le violenze e, dall'altro, al momento opportuno, possono fomentare la folla in tumulto agendo parzialmente nell'ombra.

Garantire sicurezza ed ordine pubblico in tali occasioni non appare certo agevole.

Un significativo contributo in questa direzione ben potrebbe essere offerto dagli stessi componenti del corteo che, dissociandosi da ogni forma di violenza fisica o anche solo verbale, potrebbero isolare, allontanandosi dai luoghi degli scontri, i reali delinquenti così da agevolare il compito delle forze dell'ordine rivolto nel senso di ristabilire la legalità violata.

E, si badi bene, ciò non si traduce di certo nell'abdicazione di un proprio diritto costituzionale, bensì nella sua concreta ed effettiva riaffermazione, assurgendo a vero e proprio imperativo (morale) categorico⁴⁹².

Dissociarsi, cioè, dal gruppo di teppisti che indiscriminatamente esercita una forma gratuita ed incontrollata di violenza, indirizzata sia contro il potere costituito che contro l'inerte

⁴⁹⁰ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁹¹ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁹² Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 03 gennaio 2003.

cittadinanza, costituisce espressione della chiara volontà di isolare il manipolo di facinorosi, la cui vigliaccheria sovente si fa proprio forte della possibilità di mimetizzarsi all'interno del corteo in massima parte costituito da pacifici manifestanti e, al contempo, assume anche una precisa connotazione assiologica che si traduce, in definitiva, nella dimostrazione dell'effettività del principio di partecipazione democratica a fronte di possibili riverberi di incivili forme di prepotenza e sopruso.

Invero, a fronte di atti di violenza perpetrati nel corso di una manifestazione, legittimamente l'autorità di pubblica sicurezza è chiamata ad intervenire per ripristinare l'ordine pubblico⁴⁹³ e, conseguentemente, spetta poi all'autorità giudiziaria accertare l'integrazione delle diverse fattispecie di reato consumate (o anche solo tentate) nel corso degli scontri di piazza.

Spesso, ad esempio, si assiste alla realizzazione di blocchi stradali e/o ferroviari che, unitamente ad altre forme di protesta, mirano a rafforzare, mediante condotte di agevole realizzazione, l'intensità della disapprovazione e del malcontento diffuso tra i manifestanti.

Ed infatti, il solo ingombro della sede viaria con qualsiasi ostacolo, che può anche essere costituito da un assembramento di persone, è idoneo a rendere la circolazione apprezzabilmente più difficoltosa rispetto alle condizioni normali e si traduce in significativi disagi per la collettività specie se il blocco stradale è effettuato nei momenti della giornata di maggiore congestione del traffico.

Invero, in relazione a tale particolare fattispecie di reato, solo parzialmente depenalizzato verso la fine degli anni '90⁴⁹⁴, acclarati gli elementi costitutivi del fatto tipico⁴⁹⁵ e ravvisato nel

⁴⁹³ Invero, *“la definizione di ordine pubblico quale pace sociale nell'equilibrio dei diritti garantiti dall'ordinamento consente di formulare un corollario, che come si vedrà appare di un certo rilievo nella ricostruzione e nella conseguente valutazione dei fatti oggetto di indagine. L'ordine pubblico è per così dire lo “stato normale” della civile convivenza, se ne avverte la mancanza solo quando esso viene turbato da condotte di tipo positivo che lo mettono in pericolo. In quanto “stato” l'ordine pubblico una volta turbato viene ristabilito in due modi diametralmente opposti tra loro il primo dei quali è certamente attivo e si verifica quando lo Stato tramite le Forze dell'Ordine occupa nuovamente la zona in pericolo ad esempio allontanando un gruppo di devastatori. Il secondo modo per ristabilire l'ordine pubblico è invece di tipo passivo e si verifica spontaneamente quando cessa la causa stessa del turbamento. Tornando all'esempio di cui sopra si può dire che l'ordine pubblico si ristabilisce da solo senza l'intervento ripristinatore quando i devastatori si allontanano abbandonando la zona devastata. Ciò che questi ultimi lasciano dietro di sé non è più l'attualità del fatto ma solo i suoi effetti materiali e morali, effetti che vengono progressivamente rimossi man mano che i cittadini si riappropriano degli spazi e torna lo stato di normalità. Questa “normalità” coincide ovviamente con l'ordinato esercizio dei diritti dei cittadini. Si tratta non solo dei diritti connessi alla libertà di movimento, a quelli all'incolumità fisica o anche alla proprietà fino a poco prima messi in pericolo dalla situazione di turbamento dell'ordine pubblico. Si tratta anche dei diritti politici, il cui esercizio può essere individuale o collettivo. Pertanto se in una data area devastata, dopo che i devastatori l'hanno abbandonata, ma prima di un intervento delle Forze dell'Ordine, vi entrano altre persone che, pacificamente, esercitano un diritto costituzionalmente garantito quale ad esempio quello di riunione e di manifestazione del pensiero, si deve concludere che ciò solo basti a far ritenere ristabilito l'ordine pubblico”*. Così Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁴⁹⁴ Cfr. Tribunale di Milano, sentenza 20 marzo 2001.

⁴⁹⁵ *“L'elemento materiale del delitto di blocco di strada ferrata (o ordinaria) consiste anche nel solo ingombro della sede viaria con qualsiasi ostacolo oggettivo (anche assembramento di più persone), purché idoneo a rendere la circolazione apprezzabilmente più difficile”*. Così Corte di cassazione, sez. I, sentenza 31 ottobre 1986.

dolo specifico il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità penale⁴⁹⁶, sono sorte perplessità circa le concrete modalità di bilanciamento tra diversi valori in gioco⁴⁹⁷ non essendo giunta la giurisprudenza ad una posizione condivisa che abbia rimosso ogni possibile incertezza di ordine interpretativo e che abbia così contribuito a definire, con sufficiente grado di certezza, i confini di liceità della condotta perpetrata da parte di manifestanti che, agendo al fine di vedere riconosciuti i propri diritti, abbiano supposto di esercitare una libertà costituzionale e, diversamente, siano stati in seguito ritenuti responsabili della commissione di un reato.

Se, infatti, da un lato, parte della giurisprudenza ha affermato che il delitto di blocco stradale o ferroviario è scriminato allorché si tratti di pubbliche manifestazioni svolte nell'esercizio del diritto al lavoro, sotto la specie della conservazione del posto di lavoro e nel quadro di una salubrità delle condizioni di lavoro⁴⁹⁸, secondo altra opzione ricostruttiva, i limiti c.d. estrinseci del diritto di sciopero impediscono di qualificare, (e, quindi, conseguentemente di scriminare alla stregua di esercizio del diritto⁴⁹⁹ ovvero in ragione del presunto stato di necessità⁵⁰⁰), in termini di liceità la condotta di blocco stradale integrata a fini di rivendicazione sindacale⁵⁰¹.

Va da sé, naturalmente, che l'esercizio del diritto di riunione dei lavoratori trasmoda comunque in illecito, sconfessando la sua natura di libertà fondamentale dell'individuo, laddove il comportamento materialmente tenuto dai dimostranti non si limiti a diffondere e condividere il proprio disagio ma si traduca in forme di illecita ingerenza nella sfera di libertà

⁴⁹⁶ Cfr. *Uff. Indagini preliminari Milano, 03 giugno 1998; Corte di cassazione, sez. I, sentenza 14 ottobre 1997, n. 10151; Corte di cassazione, sez. I, sentenza 31 ottobre 1986.*

⁴⁹⁷ *“La protesta degli autotrasportatori in conto terzi attuata con la modalità del blocco stradale, anche a prescindere dall'esistenza di un codice di autoregolamentazione, laddove presenti caratteri di gravità tali da compromettere i rifornimenti essenziali, costituisce violazione delle disposizioni della l. n. 146 del 1990”.* Così Tribunale Roma, sentenza 10 dicembre 2008, n. 20118.

⁴⁹⁸ Cfr. Tribunale di Savona, sentenza 26 settembre 1990.

⁴⁹⁹ Cfr. Tribunale di Verona, sentenza 08 novembre 1993.

⁵⁰⁰ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 23 gennaio 1997 n. 4323. Nella fattispecie si trattava di un blocco stradale attuato da un gruppo di lavoratori i quali, ingombrando una strada ferrata ed una strada statale al fine di impedire la libera circolazione, avevano in tal modo inteso protestare di fronte al pericolo di licenziamento dallo stabilimento in cui lavoravano, licenziamento per alcuni di loro già in atto. La Corte Suprema, in accoglimento del ricorso proposto dal procuratore generale territorialmente competente, ha annullato con rinvio la sentenza con la quale la corte d'appello, ritenendo sussistente la scriminante dello stato di necessità, aveva assolto gli imputati dal reato di blocco stradale. Nello stesso senso, in passato, v. *Corte di Cassazione, sez. II, sentenza 18 dicembre 1978.*

⁵⁰¹ *“L'esercizio dei diritti di riunione e di manifestazione del pensiero, garantiti dagli art. 17 e 21 comma 1 cost., cessa di essere legittimo quando travalichi nella lesione di altri interessi costituzionalmente tutelati, come quando si concreti in un comportamento integrante la fattispecie di cui all'art. 340 c.p. con modalità di condotta che esorbitino dal fisiologico esercizio di quei diritti. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretto l'operato dei giudici di merito che - escludendo l'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p. - avevano pronunciato condanna degli imputati per il reato previsto dalla norma sopra indicata, per avere occupato i binari ferroviari, per manifestare contro il provvedimento di soppressione di una fermata, provocando un rallentamento dei percorsi dei convogli per la durata di 105 minuti)”.* Così Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 27 novembre 1998, n. 7822.

altrui mediante illegittima compressione e/o limitazione della libertà di autodeterminazione di ciascuno⁵⁰² ovvero a causa del travalicamento delle più elementari regole di convivenza civile⁵⁰³.

Frequentemente, poi, le manifestazioni di protesta e/o di rivendicazione di diritti (asseritamente lesi o comunque pretermessi) sono accompagnate da occupazioni di edifici e/o aree pubbliche che normalmente rappresentano il simbolo del potere da criticare, contrastare e/o comunque mettere in discussione.

Tradizionalmente, siffatte condotte sono suscettibili all'interno della fattispecie di reato di invasione arbitraria enucleata ex art. 633 c.p. la cui portata incriminatrice si racchiude, per opinione largamente condivisa, entro le seguenti linee direttrici⁵⁰⁴: 1) l'elemento materiale non è l'occupazione (che è una delle finalità illecite dell'invasione), ma l'invasione, ossia l'accesso dell'esterno nell'altrui immobile che non deve essere del tutto momentaneo, ma che, tuttavia, non richiede una protrazione per un periodo di tempo definito; 2) l'introduzione deve essere arbitraria, nel senso che deve avvenire senza l'approvazione dell'avente diritto, ovvero senza una legittimazione proveniente "aliunde" (da una norma, da un'autorizzazione dei pubblici poteri ecc.); 3) il dolo specifico, richiesto come elemento soggettivo, deve avere la finalità dell'occupazione (che implica il concetto di durevolezza), oppure di trarre comunque un diverso profitto, che non va inteso come dato strettamente patrimoniale e direttamente conseguente all'invasione, ma può consistere anche in un uso strumentale del bene per conseguire altre utilità⁵⁰⁵.

⁵⁰² "È ravvisabile il delitto di violenza privata, pur dopo la parziale depenalizzazione del reato di cui all'art. 1 d.lg. 22 gennaio 1948 n. 66, disposta dal d.lg. 30 dicembre 1999 n. 507 (che ha trasformato in illecito amministrativo alcune ipotesi di "blocco stradale"), nella condotta di colui il quale non si limiti alla semplice allocazione di un oggetto sulla sede stradale, al fine di ostruirla od ingombrarla, ma accompagni detta azione con comportamenti intimidatori nei confronti della persona offesa. (Fattispecie nella quale gli agenti, nell'esercizio del diritto di sciopero, oltre a parcheggiare più veicoli su di una strada, in modo da impedire il transito su di essa, avevano intimato ad un terzo di non proseguire nel suo percorso e gli avevano impedito di allontanarsi a bordo di uno dei predetti veicoli)". Così Corte di Cassazione, sez. V, sentenza 07 febbraio 2001, n. 21228.

⁵⁰³ "Non sempre le modalità poste in essere dagli scioperanti possono considerarsi esercizio del diritto (ex art. 40 cost.) ai sensi dell'art. 51 c.p. In difetto della legge d'attuazione dell'art. 40 cost., giurisprudenza e dottrina concordano nel senso che un indiscutibile limite all'esercizio dallo stesso diritto va individuato nell'esigenza di salvaguardare interessi i quali, a loro volta, trovino protezione in fondamentali principi costituzionali: tra questi deve annoverarsi il diritto all'incolumità personale e la sua tutela contro ogni violenza. (Fattispecie in cui i delegati sindacali organizzatori del corteo di operai scioperanti della Necchi s.p.a. spinsero i sorveglianti che tentavano d'impedire l'ingresso nella palazzina degli impiegati, in cui era vietato l'ingresso agli operai - per imporre che pur essi scioperassero - finché le vetrate d'ingresso chiuse furono sfondate, con conseguente lesione di alcuni degli stessi sorveglianti)". Così Tribunale Pavia, sentenza 29 ottobre 1985.

⁵⁰⁴ Per un approfondimento sul punto v. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale, Vol. II*, Milano, 2006, 324 ss.

⁵⁰⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sez. II, sentenza 06 aprile 2001, n. 23800.

Così, se l'occupazione di aree o edifici, anche privati, nel corso di una riunione e/o manifestazione di protesta costituisce, in linea di principio, un illecito⁵⁰⁶, perché l'abusiva penetrazione e la conseguente permanenza *sine titulo* si traduce in un forma di prevaricazione contraria alle più elementari regole di convivenza civile ed in alcun modo espressione (ma, al contrario, negazione) di libertà costituzionalmente riconosciute⁵⁰⁷, è pur vero che, in alcune ipotesi, peraltro non esenti da censure d'ordine assiologico, è stato diversamente ritenuto come la particolare qualificazione degli autori della condotta (*rectius*: il particolare legame sostanziale intercorrente tra gli occupanti e l'edificio occupato) abbia indotto la giurisprudenza ad escludere la rilevanza penale del fatto.

È il caso, ad esempio, delle c.d. occupazioni studentesche, fattispecie in relazione alle quali si è avuto modo di precisare che l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'iniziale diritto degli studenti di accedere all'edificio scolastico si tramuta in condotta illecita, quando questi si rifiutino di ottemperare all'intimazione di sgombero del preside o dell'autorità di polizia, sia in radice erroneo perché, equiparando il concetto di "ingresso arbitrario" con quello di "permanenza" non consentita, viola il principio di determinatezza e di legalità dal momento che recepisce il meccanismo della vietata analogia "*in malam partem*"⁵⁰⁸. Del resto, è stato sottolineato, l'edificio scolastico, pur appartenendo allo Stato, non costituisce una realtà estranea agli studenti, che non sono semplici frequentatori, ma soggetti attivi della comunità scolastica e pertanto non si ritiene che sia configurabile un loro limitato diritto di accesso all'edificio scolastico nelle sole ore in cui è prevista l'attività didattica in senso stretto⁵⁰⁹.

Per tali ragioni deve escludersi la sussistenza del reato previsto dall'art. 633 c.p. quando l'occupazione sia posta in essere dagli studenti⁵¹⁰: invero, per integrare il reato in esame è

⁵⁰⁶ “Sussiste il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, qualora non venga ottemperato l'ordine, impartito della polizia, di sgomberare un aula universitaria, occupata arbitrariamente per un'assemblea, non autorizzata dalla competente autorità. L'ordine è legalmente dato, non in riferimento al mancato rispetto della disciplina delle riunioni in luogo pubblico, ma in base all'art. 20 t.u.l.p.s., che sancisce la possibilità di scioglimento delle riunioni in luogo pubblico od aperto al pubblico, quando in esse siano commessi delitti (nella specie invasione arbitraria di edificio pubblico)”. Così Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 13 ottobre 1982.

⁵⁰⁷ “Lo sciopero e l'occupazione delle fabbriche non sono mezzi mutabili "ad libitum": mentre il primo appare lecito, l'altra, se effettuata allo scopo di impedire e turbare il normale svolgimento del lavoro, non può essere tollerata come mezzo democratico di lotta perché attenta alla libertà di iniziativa economica e, in fondo, alla libertà stessa del lavoro sancita dalla carta costituzionale”. Così Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 04 aprile 1977. Nello stesso senso v. Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 09 giugno 1978.

⁵⁰⁸ Cfr Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 09 giugno 1978.

⁵⁰⁹ Cfr Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 09 giugno 1978.

⁵¹⁰ Non anche laddove, però, l'occupazione sia perpetrata da parte di lavoratori animati da rivendicazioni d'ordine sindacale e/o comunque professionale; in tali casi, infatti, “l'occupazione temporanea di una scuola, sebbene per motivi sindacali, integra gli estremi della fattispecie di cui all'art. 340 c.p. quando le modalità di condotta, volte ad alterare il normale svolgimento del servizio scolastico, esorbitano dal legittimo esercizio dei diritti di cui agli art. 17 e 21 cost., ledendo altri interessi costituzionalmente garantiti”. Così Corte di Cassazione, sez. II, sentenza 03 luglio 2007, n. 35178. Per un commento sul punto v. IORIO, *Interruzione di servizio pubblico essenziale e libertà costituzionalmente garantite di riunione e manifestazione del pensiero*, in *Dir. relaz. ind.*, 2008, 01, 157 ss.

necessaria un'abusiva penetrazione nell'immobile altrui (non bastando l'arbitraria permanenza nello stesso degli agenti) e tale abusiva invasione non è configurabile a carico degli studenti, i quali non possono essere soggetti attivi del reato in parola, perché non estranei, ma compartecipi dell'istituzione scolastica e perciò aventi titolo ad accedere legittimamente nell'edificio⁵¹¹.

Diverso dal fenomeno dell'occupazione è, poi, l'aggregazione di una moltitudine di individui capace di tradursi in una vera e propria radunata che, se assume una connotazione violenta tale da implicare ribellione, ostilità, eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni⁵¹², può divenire in concreto fonte di pericolo per l'ordine pubblico ed integrare il delitto di radunata sediziosa⁵¹³.

Naturalmente, in tali casi, non si tratta di manifestazioni, ancorché abnormi, che esprimono generico malcontento, ovvero forme di protesta, di critica e di dissenso, che siano esercizio del diritto di manifestare pubblicamente e liberamente il proprio pensiero, bensì di condotte idonee a suscitare reazioni violente di carattere ostile⁵¹⁴ e sovvertitrici dell'ordine costituito⁵¹⁵ capaci di arrecare un effettivo *vulnus* alla pace sociale⁵¹⁶ e, pertanto, suscettive di essere fermamente represses.

Affine alla nozione di radunata sediziosa, sotto il profilo concettuale, nei termini di possibile perturbamento delle condizioni di pacifica convivenza tra i consociati, ancorché agganciato a presupposti di fatto differenti, rileva, poi, il tumulto, ovvero una manifestazione improvvisa e non preordinata, imponente, disordinata, violenta e rumorosa⁵¹⁷ che, di per sé, pur essendo fonte di attentato alla pubblica incolumità, può essere apprezzata dall'ordinamento alla stregua di circostanza attenuante il disvalore penale della condotta ascrivibile al singolo partecipante il cui proposito criminoso sia stato determinato (*rectius*: rafforzato) dalla

⁵¹¹ Cfr. Tribunale minorenni L'Aquila, sentenza 15 febbraio 1996.

⁵¹² Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 27 febbraio 1973, n. 15.

⁵¹³ Invero, secondo una risalente pronuncia, “ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 655 c.p., deve ritenersi sediziosa la condotta che rivela ribellione verso i pubblici poteri e verso gli organi dello Stato ai quali spetta il diritto-dovere di esercitarli. È ravvisabile, pertanto, la radunata sediziosa quando si manifesta ostilità verso la pubblica autorità e quando l'adunata stessa è tale da turbare la pacifica convivenza, senza, peraltro che occorra la sussistenza in concreto di un pericolo per l'ordine pubblico”. Così Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 19 gennaio 1977. In dottrina, per un approfondimento, v. TAMBORINI, *La radunata non è una riunione: osservazioni sul reato di “radunata sediziosa”*, in www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=281.

⁵¹⁴ “Il diritto costituzionale di riunione, tutelato dall'art. 17 cost. è strumentale rispetto al perseguimento dei fini che la riunione si propone ed è quindi condizionato alla liceità dei fini stessi; pertanto l'art. 184 comma 2 c.p.m.p. che punisce le riunioni arbitrarie di militari in luoghi militari, nel presupposto che esse abbiano carattere ostile alle autorità militari o sedizioso, realizzando così una situazione di pericolo per l'efficienza delle istituzioni militari, non è in contrasto con l'art. 17 cost.”. Così Corte costituzionale, sentenza 24 gennaio 1989, n. 24.

⁵¹⁵ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 21 novembre 2000, n. 519.

⁵¹⁶ Cfr. Pretura Vallo Lucania, sentenza 20 aprile 1988.

⁵¹⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 11 gennaio 1988.

suggerzione derivante dall'onda emotiva che investe una moltitudine di individui⁵¹⁸ sempre che, naturalmente, il soggetto attivo di reato non abbia concorso e confluito con gli altri per provocare il tumulto e compiere i fatti-reato⁵¹⁹.

Il vero pericolo per l'ordine pubblico, inteso come forma di civile e corretta convivenza⁵²⁰, capace di ingenerare una situazione di allarme sociale e di attentato alla pubblica incolumità⁵²¹, nel caso di manifestazioni, cortei, sit-in ovvero di improvvisate riunioni e/o assembramenti, è rappresentato senza dubbio, però, da un complesso articolato di condotte di violenza gratuita ed indiscriminata, indirizzate indifferentemente contro cose ovvero persone, capace di integrare il delitto di devastazione⁵²².

Invero, l'elemento oggettivo del delitto di cui all'art. 419 c.p. consiste, nell'ipotesi della commissione di fatti di devastazione, in qualsiasi azione, con qualsivoglia modalità posta in essere, produttiva di rovina, distruzione o anche danneggiamento, che sia comunque complessivo, indiscriminato, vasto e profondo, di una notevole quantità di cose mobili o immobili, sì da determinare non solo un pregiudizio del patrimonio di uno o più soggetti e con esso il danno sociale conseguente alla lesione della proprietà privata, ma anche offesa e pericolo concreti dell'ordine pubblico inteso in senso specifico come buon assetto o regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono, nella collettività, l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza⁵²³.

⁵¹⁸ “Per " folla in tumulto ", di cui all'attenuante prevista dall'art. 62 n. 3 c.p., deve intendersi una riunione imponente e disordinata di individui che per un concorso di emozioni reagisca in modo improvviso e rumoroso. La predetta attenuante trova il suo fondamento nello stato di minorata resistenza psichica cagionata dall'anzidetta reazione improvvisa, violenta e rumorosa. (Nella specie è stata esclusa l'applicabilità dell'attenuante, essendosi trattato di azione condotta da un gruppo coordinato di individui che avevano freddamente calcolato i fatti di aggressione, e, pur se vi era effettivamente della folla presente al momento dell'aggressione, essa non era affatto in tumulto)”. Corte di Cassazione, sez. V, sentenza 27 febbraio 1990.

⁵¹⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 02 febbraio 2011 n. 15111; Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 11 ottobre 1989; Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 11 gennaio 1988; Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 30 maggio 1977.

⁵²⁰ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 29 aprile 2010, n. 20313.

⁵²¹ Cfr. Ufficio Indagini Preliminari Milano, 15 settembre 2006.

⁵²² Per un approfondimento v. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale, Vol. I*, Milano, 2006, 445 ss.

⁵²³ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 01 aprile 2010, n. 22633; Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 01 aprile 2010, n. 16553.

Non si tratta, cioè, di semplici atti vandalici⁵²⁴, bensì di una diretta aggressione, perpetrata da un singolo individuo⁵²⁵ ovvero, più di frequente, da parte di una pluralità di soggetti⁵²⁶, al bene e/o interesse pubblico della pacifica convivenza tra i consociati che trascende e, per certi versi, prescinde dalle singole azioni delittuose che possono assumere la più varia e diversa consistenza, (danneggiamento, percosse, lesioni personali, tentato omicidio), rilevando, in definitiva, per la massiva consistenza e diffusività, alla stregua di concreto *vulnus* alla titolarità ed al concreto esercizio del potere sovrano in termini di tentativo di sovvertimento delle libere istituzioni democratiche⁵²⁷.

⁵²⁴ “*Ai fini della configurabilità del reato di devastazione, previsto dall'art. 419 c.p., non è sufficiente che vengano posti in essere, da più persone, in unico contesto, atti aggressivi o vandalici, ma occorre che tali atti diano luogo ad una molteplicità indiscriminata di distruzioni tale da incidere direttamente menomandolo, sull'ordine pubblico. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha annullato con rinvio, per difetto di motivazione, la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistente la responsabilità degli'imputati in ordine al reato "de quo", sulla sola base della loro accertata partecipazione ad un tentativo di assalto ad una caserma della polizia, accompagnato da danneggiamenti di autovetture in sosta, arredi urbani ed altro, non considerando che tali danneggiamenti erano risultati in realtà alquanto modesti e circoscritti e ricomprendendo in essi anche l'incendio di un automezzo della polizia, non avvenuto nello specifico contesto spazio-temporale nel quale gl'imputati, secondo la contestazione loro mossa, avevano operato)*”. Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 17 marzo 2010, n. 18511. In merito v. anche Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 27 marzo 2009, n. 15543.

⁵²⁵ “*L'esplosione di un ordigno ad alto potenziale dinanzi ad un edificio (nella specie, commissariato di p.s.) va qualificata come delitto di devastazione per la indiscriminata potenza distruttiva del mezzo impiegato e per la specifica lesione dell'ordine pubblico, quale bene giuridico tutelato dall'art. 419 cod. pen.*”. Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 28 aprile 1983. Nello stesso senso v. Tribunale di Avellino, sentenza 15 ottobre 2007. Invero, secondo Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008, “*con questa decisione la Corte ha inteso superare il requisito della pluralità dei “fatti” richiesto dalla lettera della norma e lo ha fatto a causa della “indiscriminata potenza distruttiva del mezzo impiegato”, cioè per l'ampiezza e la gravità delle conseguenze dannose che questo poteva provocare, anche se in concreto era stato diretto contro un unico obbiettivo, nel caso di specie l'edificio che ospitava il Commissariato di P.S.. L'orientamento della Corte proprio perché supera il dettato letterale della norma appare costituire eccezione rispetto alle altre pronunce e richiede, prima di poter trovare applicazione nel singolo caso concreto, la puntuale verifica della effettiva misura del turbamento dell'ordine pubblico indotto da una singola condotta*”.

⁵²⁶ “*In una fattispecie di reati di devastazione, incendio e violenza a pubblico ufficiale, realizzati da una azione collettiva, necessariamente richiedente il coinvolgimento di una pluralità di soggetti, coordinati ed equipaggiati con strumenti di offesa e difesa adeguati a portare la distruzione di plurimi obiettivi mobili ed immobili ed a fronteggiare le forze dell'ordine, la valutazione degli elementi indicativi del concorso di persone deve muovere dalla considerazione della peculiarità dell'esecuzione dei reati stessi. Il fatto di reato concretamente posto in essere, è infatti un fatto complesso, in relazione al quale non ha senso richiedere la diretta partecipazione di ogni indagato ad ognuno dei singoli episodi, l'insieme dei quali solamente vale ad integrare le fattispecie di devastazione o di resistenza così come contestati, vale a dire come fatti collettivi. Di guisa che ben può aversi concorso nel reato quando un soggetto apporta il proprio singolo apporto causale al fatto complessivamente considerato, con la consapevolezza che la propria condotta costituisce un contributo al fatto secondo una divisione di compiti necessariamente richiesta dalla complessità dell'azione criminosa posta in essere, un'azione che esige anche la sola presenza di persone che si rifiutano di ottemperare all'ordine di sgombero e di fatto sorvegliando e ostacolando l'intervento delle forze dell'ordine consentono agli altri di impegnarsi più direttamente in specifici atti di danneggiamento e violenza*”. Così Tribunale Milano, sez. IX, sentenza 25 marzo 2006.

⁵²⁷ “*L'art. 419 del codice punisce i “fatti di devastazione e saccheggio” commessi fuori dalle ipotesi previste dal precedente articolo 285, cioè non diretti allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato. Si tratta, considerata la pena edittale, di fatti gravi idonei a turbare il tranquillo e ordinato andamento della vita sociale, l'ordine pubblico in senso stretto, ma non diretti né idonei a sovvertire l'ordinamento giuridico statale. Questo costituisce il limite “verso l'alto”, nella scala di gravità dei comportamenti punibili, della fattispecie in questione: i fatti di cui all'art. 419 non pongono in dubbio i fondamenti né l'esistenza dello Stato. La natura fattuale delle ipotesi considerate le avvicina, “verso il basso”, ai più semplici reati di danneggiamento e di furto*

Tristemente noti sono gli eventi durante i quali, purtroppo di frequente, si assiste a siffatti deplorabili accadimenti.

Da un lato, balzano agli onori della cronaca gli scontri e tafferugli vari, maturati in occasione di competizioni sportive⁵²⁸, in relazione ai quali, precisati gli elementi di fatto rilevanti ai fini dell'addebito della responsabilità per condotte capaci di attentare all'ordine pubblico⁵²⁹, è stata anche ipotizzata, ma non in concreto acclarata, la contestazione della circostanza aggravante della finalità di terrorismo⁵³⁰; dall'altro, vengono in rilievo i c.d. "scontri di piazza", ovvero le preordinate aggressioni perpetrate da parte di un gruppo di manifestanti ed indirizzate normalmente contro le forze dell'ordine e/o comunque aventi lo scopo di

dai quali però le distingue l'entità, l'intensità, la portata progressiva e la complessità della manifestazione che le rende idonee a ingenerare nel pubblico un sentimento di insicurezza (non individuale ma) collettiva, un turbamento profondo, durevole e diffuso che non si verifica in occasione di singole violazioni dei precetti contenuti negli articoli 635 e 624 del codice penale. Il pericolo per l'ordine pubblico deve essere concreto per le modalità del fatto e non meramente ipotetico ed è ravvisabile solo in condizioni di effettiva minaccia per la vita collettiva (Cass. sez. I 5/3/1990 n. 5166, Chiti). Si tratta di un reato plurioffensivo perché bene giuridico tutelato è oltre all'ordine pubblico anche il patrimonio. Senza una grave, estesa, economicamente cospicua lesione del patrimonio non si possono infatti ipotizzare né la devastazione né il saccheggio". Così Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁵²⁸ "La totale distruzione dei servizi igienici dello stadio, il lancio di un frigorifero e di un tubo di ferro dagli spalti, l'utilizzo dei materiali divelti dai bagni utilizzati come armi improprie dirette ed idonee ad offendere le forze dell'ordine, sono tutti atti rivolti non a singoli beni patrimoniali ma ad un complesso patrimoniale, lo stadio, depauperato nella sua maggior parte e posti in essere con intenzione aggressiva, anche verso le forze dell'ordine; come tali, costituendo una reale minaccia per l'ordine pubblico, integrano il reato di devastazione e saccheggio e non semplici episodi di danneggiamento". Così Tribunale L'Aquila, sentenza 11 novembre 2009. Nello stesso senso v. Tribunale di Avellino, sentenza 15 ottobre 2007; Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 06 maggio 2004, n. 21845; Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 16 aprile 2004, n. 21845.

⁵²⁹ "Le condotte di incitamento, anche soltanto verbale, indirizzate contro gli avversari e la polizia, la sistematica e ininterrotta adesione agli spostamenti di massa (nel flusso vorticoso e incontrollato dei tifosi che si muovono in frange armate e travisate dai pullman ai luoghi di raccolta, dall'interno all'esterno dello stadio, dagli spalti agli accessi dell'impianto) costituiscono, senza ombra di dubbio, altrettante forme di partecipazione morale (sub specie di rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, ovvero di sostegno psicologico alle altrui attività esecutive): va, in proposito, evidenziato -e veniamo così ad una analisi specifica e differenziata delle condotte agevolatrici valutabili ai fini dell'affermazione di responsabilità degli odierni imputati- come in un contesto ambientale quale quello delineatosi nella fattispecie per cui è processo (denotante una serie di condotte di danneggiamento e aggressione al bene "ordine pubblico", sviluppatasi -senza soluzione di continuità- dalla discesa dei tifosi dai pullman, incitati a porre in essere violenze contro la polizia, ai tentativi di forzare l'accesso per disabili, fino al ricongiungimento con gli altri facinorosi operanti all'esterno dello stadio), anche la semplice presenza consapevole e ostinata (quantunque inoperosa) accanto a chi poneva in essere atti di violenza verso le forze dell'ordine o atti di danneggiamento a carico delle dotazioni interne allo stadio, costituisca pur sempre una modalità evidente di sostegno psicologico agli altri correi (che certamente dovevano sentirsi rafforzati nei propositi criminosi di devastazione dall'incremento numerico del gruppo di appartenenza)". Così Tribunale di Avellino, sentenza 15 ottobre 2007. Per un commento sulla vicenda v. TADDEO, *Note a margine di un'ipotesi di devastazione a seguito di un incontro di calcio*, in *Giur. Merito*, 2008, 04, 1072 ss.

⁵³⁰ "Non ricorre la circostanza aggravante della finalità di terrorismo prevista dall'art. 270 sexies c.p. nei fatti di devastazione commessi, in occasione della morte di un tifoso di calcio, da un gruppo di altri tifosi e concretatisi in aggressioni violente alle forze di polizia, lancio di bombe carta, assalto a caserme e incendio di autobus della stessa polizia, danneggiamento indiscriminato di auto e moto in sosta, in quanto in tali condotte, quantunque gravi, non è ravvisabile, in assenza di elementi di più adeguata strutturazione, la prospettiva teleologica ineludibile nella finalità medesima". Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 27 maggio 2008 n. 25949.

disarticolare i principi di civiltà su cui si radica una moderna democrazia⁵³¹ ed aventi l'effetto di ingenerare uno stato di diffusa insicurezza tra i cittadini⁵³².

Si tratta, comunemente, di forme di manifestazione del dissenso (*rectius*: episodi di gratuita violenza che nulla hanno a che vedere con il metodo democratico di partecipazione alla vita civile e sociale del Paese) che facilmente degenerano in inopinata violenza sorretta da cieco furore e fomentata da un manipolo di individui il cui unico obiettivo non è certo quello di esercitare i propri diritti costituzionali di riunione e/o manifestazione del pensiero, bensì quello di attentare alla pubblica incolumità ed alla pacifica convivenza tra i consociati.

Ciò si desume, chiaramente, in punto di fatto, anche a prescindere dai singoli episodi criminosi e prima ancora che questi vengano concretamente perpetrati, dalle modalità con le quali gruppi di facinorosi preparano e, quindi, partecipano al singolo corteo: indossare uno speciale abbigliamento costituito da una vistosa imbottitura artigianale di spalle e tronco realizzata con pezzi di gommapiuma e polistirolo, coprire il volto ed il capo con fazzoletti e/o con caschi e maschere, indossare indumenti simili al fine di apparire alla stregua di una massa indistinta di individui, proclamare chiaramente (prima e nel corso della manifestazione) i propri intendimenti criminosi, costituiscono tutti chiari indici sintomatici di una preordinata volontà di partecipare a scontri violenti⁵³³.

A fronte di tali condotte si staglia una condizione di reale difficoltà delle forze dell'ordine di arginare e reprimere siffatti episodi perché, normalmente, la situazione di generale confusione che matura in quei concitati momenti rende faticoso il compito di separare le frange oltranziste dalle componenti pacifiche dei cortei⁵³⁴.

⁵³¹ “La violazione dell’ordine pubblico non fa parte degli elementi costitutivi del reato, ma ne costituisce una conseguenza per così dire necessaria. Infatti per potersi dire raggiunti gli estremi oggettivi della devastazione e del saccheggio è necessario che i sottostanti fatti di danneggiamento e di furto raggiungano una complessità, un’entità, un’intensità ed una portata tali da porsi come minaccia rispetto all’ordine pubblico, da rendere cioè inevitabile il sorgere in quella situazione concreta di un problema di civile convivenza. Prefigurarsi e volere fatti di devastazione e di saccheggio non può allora prescindere dalla consapevolezza della portata delle proprie condotte, quindi dell’allarme sociale provocato, anche se l’agente non è direttamente o indirettamente interessato a mettere in pericolo l’ordine pubblico”. Così Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁵³² “Per aversi “devastazione e saccheggio” è sufficiente che la vita di una città, a volte anche solo di alcuni quartieri sia messa in dubbio nel suo scorrere quotidiano e comune, che i cittadini non abbiano il coraggio di uscire di casa per non incontrare chi sta sistematicamente distruggendo e depredando esercizi pubblici, uffici, arredi urbani, veicoli e tutto quanto incontra sul suo percorso”. Così Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁵³³ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 11 aprile 2002.

⁵³⁴ Mette in luce l’importanza di tale profilo ai fini del rafforzamento del proposito criminoso in capo ai facinorosi e, cioè, poter contare sull’inerzia della “piazza” e, pertanto, poter continuare nelle proprie attività di guerriglia urbana, Tribunale di Genova, sentenza 11 aprile 2002, secondo cui ciò si traduce in “un apporto assai rilevante, dunque, perché è stato anche il mancato isolamento dei “Black Bloc” da parte della piazza, ed anzi il loro riassorbimento nelle file dei manifestanti pacifici - poco importa se per paura, ignavia od altre ragioni -, a consentire alla massima parte dei più facinorosi di tornarsene indisturbati alle proprie occupazioni al termine del vertice G8, unitamente all’inesperienza ed alle oggettive carenze manifestate dalle forze dell’ordine nell’affrontare questo fenomeno criminoso fino a quel momento inusitato per il nostro Paese, almeno in quelle forme così virulente”.

In tal contesto, se, da un lato, ben possono emergere profili di responsabilità (morale) dei partecipanti alla manifestazione che, pur non aderendo apertamente agli scontri di piazza, in assenza di un chiaro segno di dissociazione, rendono difficoltoso predisporre un servizio d'ordine adeguato⁵³⁵ e capace di contenere i focolai più violenti, dall'altro lato, però, ciò non può certo giustificare condotte che, ingiustificatamente, travalichino i limiti volti a circoscrivere l'utilizzo della forza per fini istituzionali e sconfinino, anch'essi, in gratuita ed ingiustificata violenza.

Emergono, cioè, due ordini di problemi, l'uno speculare rispetto all'altro; da un lato, infatti, occorre predisporre un'adeguata cornice normativa entro cui inquadrare la legittimità degli interventi rivolti al mantenimento ed al ripristino della legalità violata ogni qual volta siano messi a repentaglio l'ordine e la sicurezza pubblica; dall'altro, si appalesa necessario responsabilizzare le forze dell'ordine in relazione alle scelte compiute e, per l'effetto, ascrivere alla responsabilità dello Stato-apparato le conseguenze derivanti da una malaccorta gestione dell'ordine pubblico.

Invero, procedendo con ordine, va in primo luogo evidenziato come gli errori eventualmente commessi nella predisposizione del servizio d'ordine⁵³⁶, (e concretatesi in incomprensibili limitazioni alla circolazione in specifiche zone cittadine, ovvero in interventi di contenimento non sempre tempestivi)⁵³⁷, ovvero la presunta inadeguatezza professionale del personale

⁵³⁵ “L'art. 22 del Regolamento di attuazione del T.L.P.S. prevede che l'Autorità di Pubblica Sicurezza assiste alle riunioni per mezzo dei suoi funzionari ed agenti. Si tratta non di una mera facoltà ma di un dovere di istituto dato il modo verbale indicativo (assiste) utilizzato dalla norma. Sul posto il funzionario di pubblica sicurezza viene assistito dalla forza pubblica e se necessario dalla forza armata alle quali impartisce le relative istruzioni che non possono essere modificate senza suo ordine (art. 23 Reg. T.U.L.P.S.). Solo in caso di assenza dell'ufficiale di pubblica sicurezza le attività inerenti l'ordine pubblico, come l'invito a sciogliere la manifestazione, possono essere impartite dagli ufficiali o dai sottufficiali dei Carabinieri (art. 22 T.U.L.P.S.). Il sistema normativo quindi mette in evidenza la scala gerarchica esistente tra i rappresentati delle Forze dell'Ordine impegnate in compiti di ordine pubblico: il coordinamento di tali attività spetta all'Autorità di pubblica sicurezza tramite i propri funzionari perché il questore ha, alla dipendenza del prefetto, “la direzione tecnica di tutti i servizi di polizia e d'ordine pubblico nella provincia” (art. 3 Reg. T.U.L.P.S.)”. Così Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁵³⁶ Cfr. Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁵³⁷ Onde predisporre al meglio l'impiego delle risorse strumentali ed umane in vista della organizzazione del servizio d'ordine, è consueto che vengano preliminarmente dettate linee guida tecniche rivolte nel senso di istruire i singoli operatori in merito sia al corretto impiego degli strumenti di contenimento ed offesa in loro possesso sia in relazione all'apprezzamento della sussistenza o meno delle circostanze al ricorrere delle quali l'utilizzo delle dotazioni di difesa personale sia consentito. Esemplificativa è, in tal senso, la circolare del 6 febbraio 2001, emanata dal Capo della Polizia – non a caso - pochi mesi prima del vertice G8 di Genova. “La circolare chiarisce che l'impiego di sfollagente e lacrimogeni deve essere ordinato “in termini chiari ed espliciti dal dirigente del servizio” e che in particolare il lancio di lacrimogeni, “per il forte impatto che provoca sulla folla e per lo scalpore che suscita nell'opinione pubblica, deve essere considerato rimedio estremo” a fronte di situazioni particolarmente gravi e “non altrimenti gestibili”. Simili strumenti possono trovare applicazione solo in caso di “effettiva necessità” in relazione alla concreta situazione, “fermo restando l'obbligo da parte del dirigente del servizio di adottare ogni iniziativa idonea a scongiurare l'uso”. Salvo casi eccezionali “da valutarsi con il necessario rigore” l'ordine di far uso di lacrimogeni deve essere impartito “previa consultazione” del funzionario preposto al servizio con il Questore. Va evitato il lancio di lacrimogeni in ambienti “frequentati da numeroso pubblico” dove potrebbero provocare una “condizione di panico, con intuibili ripercussioni sulla sicurezza pubblica”. Dal canto suo lo sfollagente dovrà essere correttamente

impiegato⁵³⁸, non può certo rappresentare un alibi per giustificare attacchi e/o aggressioni indiscriminate che nulla hanno a che vedere con lo svolgimento di pacifiche manifestazioni⁵³⁹. Di certo esemplificativo, in tal senso, è quanto accaduto in occasione del G8 tenutosi a Genova nel luglio del 2001⁵⁴⁰; in considerazione della delicatezza istituzionale dell'evento⁵⁴¹ e tenuto conto della preannunciata confluenza nel capoluogo ligure di una moltitudine di esponenti e militanti di gruppi anarchici e/o antagonisti, (di certo per nulla intenzionati a manifestare pacificamente il proprio dissenso), suddivisa la città in zone identificate da

impugnato da parte di tutti gli operatori impegnati in servizi di ordine pubblico. La circolare quindi detta specifiche disposizioni in ordine alle riunioni di preparazione dei servizi, nonché allo scambio di informazioni e di esperienze idoneamente documentate prima e dopo i servizi". Così Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁵³⁸ Invero, secondo il punto 18 dei c.d. "Principi di base" adottati dall'ottavo Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine e il trattamento dei reati, che si è tenuto a L'Avana (Cuba) dal 27 agosto al 7 settembre 1990, "i poteri pubblici e le autorità di polizia devono assicurarsi che tutte le forze dell'ordine vengano selezionate mediante procedure adeguate, che presentino le qualità morali e i requisiti psicologici e fisici richiesti per il buon esercizio delle loro funzioni e che ricevano una formazione professionale costante e completa. È opportuno verificare periodicamente se essi continuano ad essere idonei all'esercizio di tali funzioni". Nel caso sottoposto al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, concernente la morte di Carlo Giuliani nel corso del vertice G8 di Genova, i ricorrenti hanno evidenziato come sia l'inesperienza del contingente di uomini impiegato nella gestione dell'ordine pubblico che, in particolare, la mancata sottoposizione del carabiniere che materialmente esplose il colpo di pistola mortale ai controlli necessari per verificare le sue capacità morali, fisiche e psichiche, avrebbero esposto ad un elevato rischio tanto i manifestanti quanto le stesse forze dell'ordine. Sul punto v. *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 25 agosto 2009; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 24 marzo 2011*. Per un commento sulla prima delle due pronunce testè citate v. BISACCI, *Tutela della vita e uso legittimo di armi: il caso Giuliani al cospetto della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in https://diritticedu.unipg.it/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=208&Itemid=160&lang=it. Per una disamina dei presupposti di fatto e di diritto sulla scorta dei quali è stato adottato il provvedimento di archiviazione del procedimento penale concernente la vicenda di interesse, v. *Tribunale di Genova, Ordinanza 05 maggio 2003*. Infine, per un approfondimento in merito alla valenza del requisito della preparazione professionale del personale impiegato in operazioni contraddistinte da chiara complessità operativa v. LENZI, MONARCA, *Caso McCann e altri contro Regno Unito. Sentenza del 27 Settembre 1995 Ricorso n° 17/1994/464/545*, in www.unifi.it/offertaformativa/allegati/uploaded_files/2009/200011/B009869/McCann_relazione.pdf.

⁵³⁹ Così, "la ferma interruzione di un corteo di manifestanti da parte delle forze dell'ordine, seppur tardiva ed inopportuna per scelta di tempo e luogo in quanto avvenuta in un tratto di strada che forma una sorta di imbuto, privo di vie di fuga laterali per il deflusso di quanti avessero partecipato al corteo al solo scopo di manifestare il proprio dissenso, e quindi foriera di una sensazione di "trappola" e di attacco "ingiusto" ad opera dei carabinieri anche per chi non avesse la deliberata intenzione di darsi alla guerriglia, non può in alcun modo costituire il presupposto della mera reazione avverso pretesi atti arbitrari dei pubblici ufficiali, giacché in tal caso si dovrebbe giungere ad ipotizzare quale più "perita" e "legittima" condotta avrebbero dovuto osservare le forze dell'ordine in quel contesto di concitazione". Così Tribunale di Genova, sentenza 03 gennaio 2003.

⁵⁴⁰ I giorni 19, 20 e 21 luglio 2001 si svolse a Genova il cosiddetto vertice del «G8». In città furono organizzate numerose manifestazioni «no-global» e le autorità italiane attivarono un imponente dispositivo di sicurezza. In virtù dell'articolo 4 § 1 della legge n. 149 dell'8 giugno 2000, il prefetto di Genova era autorizzato a ricorrere al personale militare delle forze armate per le esigenze di pubblica sicurezza legate allo svolgimento del vertice. Inoltre, con una rete metallica era stata delimitata una «zona rossa» nella parte della città interessata dagli incontri del G8 (il centro storico), così da consentirvi l'accesso ai soli residenti e addetti ai lavori. L'accesso al porto era stato vietato e l'aeroporto chiuso al traffico. La zona rossa era inserita in una zona gialla, a sua volta circondata da una zona bianca (zona normale).

⁵⁴¹ "Come è del tutto notorio ogni anno i Capi di Stato e di Governo dei sette Paesi più industrializzati del mondo e, da alcuni anni, anche della Russia si riuniscono a turno in uno Stato e in una città ogni volta diversi per trattare problemi concernenti l'economia mondiale, i rapporti tra di loro e con gli altri Paesi, in alcuni casi la cancellazione del debito dei Paesi più poveri, lo sviluppo futuro. Tali e tanto rilevanti sono le decisioni che questi "grandi della terra" assumono in occasione dei vertici, che gli stessi sono accompagnati da una

colorazioni differenti (rossa, gialla e bianca) a seconda della “sensibilità” dei possibili obiettivi della protesta, la priorità delle forze dell’ordine è stata concentrata nel senso di predisporre: a) all’interno della zona rossa, una linea di difesa in grado di respingere rapidamente ogni tentativo d’intrusione; b) all’interno della zona gialla, una linea di difesa in grado di far fronte ad ogni azione, tenuto conto del posizionamento dei manifestanti in diversi punti nonché delle azioni poste in essere da elementi più estremisti, mediante l’adozione di misure di ordine pubblico lungo gli assi interessati dalle manifestazioni, tenuto conto del pericolo di aggressioni favorito dagli effetti di massa⁵⁴².

Invero, pur a fronte della organizzazione di un imponente servizio d’ordine⁵⁴³, numerosi e violenti furono gli scontri di piazza⁵⁴⁴.

La lezione che avrebbe potuto essere tratta dai tristi eventi di quei giorni avrebbe dovuto indirizzare la società civile verso un nuovo modello di confronto dialettico capace di tener lontana ogni possibile forma di estremismo in vista della maturazione di una diversa percezione dell’effettiva consistenza (e dei limiti intrinseci) della libertà di manifestazione e condivisione di idee e modelli di governo e di vita alternativi rispetto a quelli proposti ed attuanti dalle forze politico/sociali dominanti in un dato momento storico.

La storia, però, insegna che, successivamente ai fatti del G8 di Genova, troppe volte sono state riproposte azioni di vera e propria guerriglia urbana che nulla hanno avuto a che fare con il diritto dei cittadini di riunirsi pacificamente.

Al contempo, per certi versi ancor più tristemente, si è anche assistito ad episodi disdicevoli che hanno visto come protagonisti appartenenti alle forze dell’ordine che, immotivatamente, hanno perseguito intenti repressivi dei diritti fondamentali del cittadino senza che fosse presente alcuna specifica esigenza di tutela dell’ordine pubblico.

Anche in tali casi, purtroppo, si è trattato di cieca ed indiscriminata violenza che ha assunto connotazioni di particolare gravità, oltre che in ragione della intensità delle lesioni cagionate

fortissima attenzione dell’opinione pubblica e dei mezzi di comunicazione di massa e, da alcuni anni, anche dalle proteste di diverse organizzazioni politiche, ambientaliste, civili che si oppongono in base a diversi presupposti alla cosiddetta “globalizzazione” dell’economia”. Così Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008.

⁵⁴² Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza 24 marzo 2011.

⁵⁴³ “Tutti i membri dell’effettivo disponevano di un casco di protezione, scudi, manganelli, maschere a gas e tute ignifughe con protezione per le parti del corpo più esposte. I militari avevano una pistola d’ordinanza e numerosi lancia-lacrimogeni erano stati forniti ai plotoni; inoltre, vi erano 100 veicoli blindati e 226 veicoli con griglie di protezione, a cui si aggiungevano dei veicoli speciali (ad esempio dei veicoli dotati di barriere mobili per rafforzare le barriere fisse di protezione della zona rossa)”. Così Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza 24 marzo 2011.

⁵⁴⁴ “L’atmosfera sulla piazza era descritta come «furiosa», con le forze dell’ordine attaccate da una folla che avanzava, lanciava proiettili e ne recuperava subito altri. I carabinieri, a loro volta, lanciavano lacrimogeni, ma alla fine un contingente fu costretto a retrocedere verso piazza Alimonda, dove una delle due jeep che li accompagnavano si trovò bloccata e circondata dai manifestanti. Armati di spranghe e di altri oggetti, questi ultimi iniziarono picchiare contro la carrozzeria della jeep, di cui fu rotto il vetro posteriore”. Così Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza 24 marzo 2011.

ad inermi manifestanti, perché provenienti da parte di soggetti istituzionalmente deputati a difendere proprio quei diritti di libertà clamorosamente disconosciuti da siffatte condotte⁵⁴⁵. Così, al fine di ripristinare la fiducia nelle Istituzioni, appare d'obbligo ritenere pacifico il principio secondo cui lo Stato, all'esito di un'inchiesta obiettiva, imparziale e trasparente che abbia accertato la responsabilità dei suoi agenti⁵⁴⁶, sia chiamato a rispondere, (in ossequio al riconoscimento del principio di legalità e dell'effettività dei diritti fondamentali della persona tra cui spicca l'invulnerabilità dell'integrità psicofisica dell'individuo⁵⁴⁷), del pregiudizio cagionato dagli agenti di polizia che dolosamente, (ovvero anche solo involontariamente ma di certo con atteggiamento colposo ed in violazione del principio di proporzionalità⁵⁴⁸), nel corso di una manifestazione di piazza, perpetrano violenze fisiche e verbali gratuite in danno di pacifici manifestanti⁵⁴⁹ in assenza di violenza o provocazione da parte di questi ultimi⁵⁵⁰,

⁵⁴⁵ Per un'analisi delle conseguenze di ordine risarcitorio afferenti alle indiscriminate aggressioni perpetrate da parte di agenti di pubblica sicurezza contro inermi manifestanti, v. DI MARZIO, *Gli scontri di piazza durante il G8 di Genova e la lesione dei diritti fondamentali dei dimostranti*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2006, 05, 916 ss.

⁵⁴⁶ Cfr. *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, sentenza 24 marzo 2011.

⁵⁴⁷ Per una disamina particolarmente approfondita della valenza del diritto alla vita quale posizione giuridica soggettiva fondamentale all'interno della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, v. *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, sentenza 24 marzo 2011. In dottrina v. DE STEFANI, *Diritto alla vita e doveri degli stati nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in http://unipdcentrodirittiumani.it/public/docs/cedudiritto_alla_vita2002.pdf.

⁵⁴⁸ "Il Ministero dell'interno è responsabile per le lesioni cagionate dagli agenti di polizia all'individuo che, occupando una sede stradale, non ottemperò prontamente all'ordine di allontanarsi da questi impartito nel tentativo di aprirsi la strada per consentire i lavori di costruzione di una discarica di rifiuti. La disobbedienza opposta in maniera passiva dal soggetto, infatti, non può autorizzare le forze dell'ordine a scacciarlo, calpestandogli la caviglia ed a rimuoverlo di peso, ravvisandosi in tal caso gli estremi dell'eccesso colposo, atteso che l'uso dei mezzi di coazione fisica può costituire causa di non punibilità solo quando esso sia necessario per respingere una violenza o vincere una resistenza attiva all'autorità". Così Tribunale di Salerno, 08 aprile 2011.

⁵⁴⁹ Sottolinea la possibilità che, a prescindere dalla integrazione dei diversi fatti di reato di danneggiamento e/o lesioni personali, le indiscriminate aggressioni perpetrate da parte dell'autorità di pubblica sicurezza ai danni di manifestanti inermi possano integrare il delitto di attentato ai diritti politici del cittadino CANESTRINI, *Diritti fondamentali e autorizzazioni di polizia. Il rischio della limitazione del diritto di libera manifestazione del pensiero nell'applicazione dell'articolo 18 del T.U.L.P.S.*, in www.canestrinilex.it/pdf/costituzionetulps.pdf, 4 s. Invero, "la condotta del reato di attentato contro i diritti politici del cittadino (art. 294 c.p.) consiste nella violenza, minaccia o inganno che si traduce nell'impedimento all'esercizio di un diritto politico o nella determinazione del cittadino stesso ad esercitarlo in maniera difforme dalla sua volontà. Diritti politici, nell'attuale assetto costituzionale, sono quelli che permettono al cittadino di partecipare all'organizzazione ed al funzionamento dello Stato e degli altri enti di rilevanza costituzionale, come le regioni, le province e i comuni, ai quali è attribuita la funzione di indirizzo politico in relazione ad un determinato aggregato di persone stanziate su una parte del territorio". Così Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 14 ottobre 1993.

⁵⁵⁰ Con riferimento al più volte citato vertice G8 di Genova, il giudice di prime cure ha avuto modo di precisare come, in relazione a specifici episodi, (es. il corteo delle c.d. *Tute Bianche*) l'attacco dei carabinieri era stato illegale e arbitrario. In effetti, "il corteo era stato autorizzato e i manifestanti non avevano commesso atti significativi di violenza nei confronti dei carabinieri. L'attacco di questi ultimi era stato condotto contro centinaia di persone inoffensive e non era stato dato alcun ordine di disperdersi. Anche la carica successiva era stata illegale e arbitraria. Essa non era stata preceduta da un ordine di disperdersi, non era stata ordinata dall'ufficiale competente e non era stata necessaria". Così Tribunale di Genova, sentenza 13 marzo 2008. Invero, "le modalità di intervento erano state anch'esse illegali: i carabinieri avevano lanciato dei dispositivi lacrimogeni ad altezza d'uomo; molti manifestanti presentavano ferite inflitte per mezzo di manganelli non regolari, i mezzi blindati avevano sfondato le barricate e inseguito la folla fino a sopra i marciapiedi, con l'intenzione manifesta di fare male". Così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 24 marzo 2011. Nello stesso senso v. anche Corte d'Appello di Genova, sentenza 23 dicembre 2009.

senza che rilevi la circostanza dell'impossibilità di identificazione degli autori materiali del fatto⁵⁵¹.

Invero, tale conclusione appare imposta dall'esigenza di garantire effettività ai principi su cui si incentra lo Stato di diritto.

Ne deriva che, il rispetto dei diritti fondamentali di libertà⁵⁵² che, però, “*come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averli conquistati una volta per sempre, ma occorre difenderli e custodirli quotidianamente rendendosene degni, avendo l'animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fossero in pericolo*”⁵⁵³, passa attraverso una costatante opera di promozione e cura mediante la valorizzazione della cultura della legalità e della responsabilità⁵⁵⁴, preconditione indefettibile al fine di poter garantire, con metodo democratico⁵⁵⁵, il progresso civile e sociale della Nazione.

⁵⁵¹ Cfr. *Tribunale di Genova, sentenza 09 maggio 2005*. Nella specie, si trattava delle lesioni personali inferte, nel corso delle manifestazioni di piazza organizzate in occasione del G8 tenutosi a Genova nel 2001, ad un gruppo di individui che erano stati inopinatamente aggrediti, senza giustificazione alcuna, come emerso in sede di ricostruzione processuale degli eventi, da agenti della Polizia di Stato rimasti ignoti. Ancor più grave, per le proporzioni assunte ed in ragione della reiterazione delle condotte perpetrate, si è dimostrato, poi, quanto accaduto, sempre nel corso del G8 di Genova, in occasione di una perquisizione, effettuata ad iniziativa autonoma ex art. 41 R.D. 18 giugno 1931 n. 773 (TULPSS), dell'edificio scolastico A.Diaz-Pertini, sito in Genova, Via Battisti, con l'impiego di oltre duecento operatori, tutti appartenenti a vari Reparti ed Uffici della Polizia di Stato, operazione che si concludeva con l'arresto in flagranza di tutte le persone trovate al momento all'interno del medesimo edificio, (o ritenute comunque occupanti lo stesso), al fine di costruire un compendio probatorio a carico di tutti i predetti arrestati nonché per giustificare la violenza usata nei confronti dei medesimi arrestati in occasione dell'irruzione all'interno dell'istituto e la causazione di lesioni (molte delle quali gravi) alla quasi totalità di costoro e, pertanto, per assicurare l'impunità dei reati commessi ai pubblici ufficiali che avevano posto in essere tali condotte. In merito v. *Corte d'Appello di Genova, sentenza 18 maggio 2010*. Per una approfondita disamina dei fatti accaduti all'interno della scuola Diaz e della caserma Bolzaneto v. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 04, 1801 ss.

⁵⁵² “*I diritti fondamentali divengono così l'espressione di un ordinamento libero già realizzatosi e, allo stesso tempo, costituiscono il presupposto affinché questo ordinamento si ricostituisca continuamente tramite l'esercizio individuale delle libertà da parte di tutti*”. Così HABERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 39

⁵⁵³ Così JEMOLO C.A., *Che cos'è la Costituzione*, Roma, 1946, p. 63.

⁵⁵⁴ Sul punto v. PINELLI, *Libertà e responsabilità*, in *www.rivistaaic.it*.

⁵⁵⁵ Evidenzia la correlazione tra la forma di governo democratico e la costante attuazione della Costituzione FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 03, 2803.

III SEZIONE

LIBERTÀ DI CULTO E AZIONE AMMINISTRATIVA: PROFILI CRITICI E LINEE EVOLUTIVE

1. Premesse. 2. La ricerca del difficile equilibrio nel rapporto tra professione di fede, diritti fondamentali ed interesse generale. 3. Conclusioni.

1. Premesse

L'art. 19 della Costituzione italiana espressamente riconosce il “diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto⁵⁵⁶, purché non si tratti di riti contrari al buon costume”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ “I singoli, pertanto, possono vantare nei confronti dello Stato la pretesa a professare (vale a dire a porre in atto manifestazioni esteriori del proprio pensiero sul destino trascendentale dell'uomo o ad aderire ad una, piuttosto che ad un'altra, confessione religiosa ovvero ancora a costituire una confessione) qualunque fede religiosa, di farne propaganda mediante iul c.d. <<proselitismo>> e di esercitarne, sia in privato che in pubblico, il culto”. Così MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *Diritto Costituzionale*, Milano, 1998, p. 708.

⁵⁵⁷ Sottolinea FINOCCHIARO, *Art. 19*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977: “Le categoriche proposizioni dell'articolo in esame assicurano la libertà religiosa degli individui e dei gruppi sociali nel modo più pieno e al livello normativo più alto (238)...Nella norma in esame non c'è l'assicurazione di libertà a favore di una sola confessione religiosa, ma un'assicurazione a favore di tutti gli individui e di tutte le confessioni (241)...La libertà religiosa non è solo un diritto soggettivo, ma è un diritto pubblico soggettivo; pubblico perché può essere azionato nei confronti dello Stato (242)...considerando la libertà religiosa come diritto soggettivo individuale sembra evidente che a tutti...sono riconosciute: la facoltà di professare la fede religiosa in forma individuale; la facoltà di professare la religione in forma associata; la facoltà di esercitare il culto in forma privata o in pubblico; la facoltà di fare propaganda religiosa; la facoltà di manifestare con ogni mezzo il proprio pensiero in materia religiosa (art.21); la facoltà di corrispondere con altri in modo libero e segreto nella materia stessa (art.15); la facoltà di riunirsi con altre persone a scopo di religione o di culto (art.17); la facoltà di fondare associazioni con fine di religione o di culto o di aderire a quelle esistenti (art.18) e, più in generale, la facoltà di esercitare tutti i diritti garantiti dalla Carta, in funzione della libertà religiosa (258)...La norma in esame...garantisce non solo la scelta tra questa o quella religione positiva o l'organizzazione di nuove manifestazioni dello spirito religioso, ma assicura anche il diritto di rifiutare qualsiasi professione di fede, di non ascoltare alcuna propaganda, di non partecipare ad alcun atto di culto (259)”. Quanto al limite del buon costume, tradizionalmente si ritiene che siano considerati lesivi di tale parametro i riti che pregiudicano la morale sessuale ovvero quelli che ledono la salute fisica e psichica delle persone ingenerando, ad esempio, uno stato di soggezione psichica mediante l'impiego di tecniche di manipolazione della personalità e del carattere. Sul punto v., ad esempio, *Cassazione penale, sentenza 18 novembre 2008, n. 48350* secondo cui “non sono riconducibili ad alcuna confessione religiosa, organizzata e guidata, come tale, da una vera e propria Chiesa che provvede pure ad impartire i relativi insegnamenti anche sul piano scolastico, le pratiche rituali di magia nera e del Vudu, fondate sulla stregoneria e certamente non costituenti manifestazioni di una religione articolata in principi di base e con cerimonie e riti celebrati

Così, la libertà religiosa si traduce, in positivo, nel conferimento, in favore di ciascuno, del diritto alla libera esplicazione della propria personalità (“*nelle forme esteriori in cui siffatta libertà può manifestarsi, giacché la libertà di coscienza in materia religiosa*⁵⁵⁸ – cioè la libertà di credere o non credere in una entità trascendente – *attiene al foro interno di ciascuno*”)⁵⁵⁹ e, in negativo, alla stregua di “*libertà da ogni coercizione che imponga il compimento di atti di culto propri di questa o quella confessione da persone che non siano*

regolarmente alla luce del sole: sono esse pratiche rituali malefiche, condizionanti e stranianti, che terrorizzano la persona che ne è l'oggetto, soggiogandone irreversibilmente e profondamente la volontà. È, invero, dato di comune, e mai contraddetta, esperienza, acquisito ormai al bagaglio culturale di ogni soggetto di media istruzione, che i riti Vudu e le pratiche di magia nera, lungi dal limitarsi a valorizzare i profili benefici di alcune entità divine e non malefiche, danno, invece, luogo, in chi li subisce, a possessione ed invasamento integrali e duraturi, quasi sempre irreversibili, a seguito di cerimonie iniziatiche consistenti in minacciose e suggestionanti pratiche superstiziose, che intimoriscono con rituali magici prevedenti "l'invio dei morti" e la trasformazione dell'anima di un defunto in "morte vivente"”.

⁵⁵⁸ Invero, i rapporti tra libertà di coscienza dell'individuo e confessione religiosa devono trovare il giusto punto di equilibrio secondo buon senso e ragionevolezza di modo da garantire l'equo contemperamento tra posizioni parimenti rilevanti che, però, occasionalmente possono entrare in conflitto tra di loro. In tal senso, emblematica è la nota vicenda riguardante, nell'ambito di un istituto di istruzione universitaria “ideologicamente caratterizzato”, la legittimità del provvedimento di licenziamento di un docente privo del nulla osta di “gradimento” rilasciato dalle competenti autorità ecclesiastiche. Veniva in particolare rilevato che “*il fatto che un docente in un istituto universitario italiano debba subire un giudizio sul possesso dei requisiti morali e religiosi da parte dell'autorità ecclesiastica, si presenterebbe come una inammissibile soggezione dello Stato alla sovranità della Chiesa cattolica nella materia dell'insegnamento, e si porrebbe quindi in contrasto con l'art. 7 della Costituzione, il quale enuncia il principio della reciproca indipendenza e sovranità dello Stato e della Chiesa cattolica nell'ambito del proprio rispettivo ordine. L'enunciata soggezione, inoltre, contrasterebbe specificamente con la libertà d'insegnamento garantita dall'art. 33 della Costituzione, perché, anche in vista della libertà di religione garantita dall'art. 19 Cost., non sarebbero ammissibili in materia limitazioni per motivi confessionali, specie se imposte con provvedimenti di discrezionalità illimitata, come quello impugnato, che sfuggirebbe ad ogni possibilità di sindacato in quanto proveniente da un'autorità di un ordinamento giuridico diverso da quello statale, e attingerebbe a valutazioni estranee alla sovranità dello Stato. Infine, il descritto sindacato dell'autorità ecclesiastica sarebbe altresì in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, che esclude ogni discriminazione per motivi religiosi*”. Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 29 dicembre 1972 n. 195. A tali censure la Consulta ha efficacemente risposto ritenendo che “*negandosi ad una libera università ideologicamente qualificata il potere di scegliere i suoi docenti in base ad una valutazione della loro personalità e negandosi alla stessa il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi o ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e si rinnegherebbe la libertà di questa, inconcepibile senza la titolarità di quei poteri. I quali, giova aggiungere, costituiscono certo una indiretta limitazione della libertà del docente ma non ne costituiscono violazione, perché libero è il docente di aderire, con il consenso alla chiamata, alle particolari finalità della scuola; libero è egli di recedere, a sua scelta, dal rapporto con essa quando tali finalità più non condivida... La legittima esistenza di libere università, caratterizzate dalla finalità di diffondere un credo religioso, è senza dubbio uno strumento di libertà: ed anche qui giova ribadire che, ove l'ordinamento imponesse ad una siffatta università di avvalersi e di continuare ad avvalersi dell'opera di docenti non ispirati dallo stesso credo, tale disciplina fatalmente si risolverebbe nella violazione della fondamentale libertà di religione di quanti hanno dato vita o concorrono alla vita della scuola confessionale. Nella specie - ma giova aggiungere che l'argomentazione ha validità più generale - la libertà dei cattolici sarebbe gravemente compromessa ove l'Università Cattolica non potesse recedere dal rapporto con un docente che più non ne condivida le fondamentali e caratterizzanti finalità. Invero, il docente che accetta di insegnare in una università confessionalmente o ideologicamente caratterizzata, lo fa per un atto di libero consenso, che implica l'adesione ai principi e alle finalità cui quella istituzione scolastica è informata*”. Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 29 dicembre 1972 n. 195. Sul punto v. anche BIN, PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, pp. 104 e 535. Per un approfondimento circa la concreta applicazione della disciplina dettata in materia di tutela dei lavoratori dipendenti in organizzazioni di tendenza v. *ex multis*: Corte di Cassazione. Sezione lavoro. Sentenza 16 febbraio 2004, n. 2912; Corte di Cassazione. Sezione lavoro. Sentenza 3 giugno 2003, n. 1367; Corte di Cassazione. Sezione lavoro. Sentenza 31 gennaio 2003, n. 11883;

della confessione alla quale l'atto di culto, per così dire, appartiene⁵⁶⁰, ovvero nei termini di libertà da costrizioni che possano configgere, irrimediabilmente, con la coscienza religiosa di taluno⁵⁶¹.

In tal senso, la libertà di culto, genericamente intesa, matura, in seno all'ordinamento giuridico⁵⁶², entro una cornice di disciplina chiaramente composita, espressione, in definitiva, del necessario bilanciamento, avvertito già in sede di Assemblea Costituente⁵⁶³, tra diversi valori in gioco⁵⁶⁴.

Corte di Cassazione. Sezione lavoro. Sentenza 22 ottobre 2002, n. 18218. Per un approfondimento circa la tutela dei lavoratori in relazione a licenziamenti discriminatori per motivi religiosi ed in ordine al rapporto tra libertà di culto e organizzazioni di tendenza nella giurisprudenza straniera, a titolo esemplificativo v. Corte Suprema degli Stati Uniti, Sentenza 24 maggio 2006, n. 05-1222 in www.olir.it

⁵⁵⁹ Così MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p. 709.

⁵⁶⁰ Così Corte Costituzionale, sentenza 25 maggio 1963 n. 85.

⁵⁶¹ È il caso, ad esempio, della vecchia formulazione dell'art. 251 c.p.c. censurata nella parte in cui tale norma prevedeva "che il giudice istruttore ammonisce il teste sull'importanza religiosa, se credente, e morale del giuramento". Sul punto cfr. Corte Costituzionale 4-5 maggio 1995 n. 149. Per completezza, giova avvertire che già in precedenza la Corte Costituzionale era intervenuta sul testo dell'art. 251 c.p.c. al fine di ricondurre la norma entro una cornice di compatibilità con i principi costituzionali dettati in materia di sentimento religioso, in particolare dichiarando "la illegittimità costituzionale dell'art. 251, secondo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui, dopo le parole "il giudice istruttore ammonisce il testimone sulla importanza religiosa..." e dopo le parole "consapevole della responsabilità che con il giuramento assumete davanti a Dio..." non è contenuto l'inciso "se credente" Così Corte Costituzionale 2 ottobre 1979 n. 117. Per un'analisi della complessa problematica concernete il rapporto tra tutela della salute, pratiche mediche e vincoli religiosi, v. *ex multis*: POLIZZI, *È vietato mangiare sangue": il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 10, pp. 2112 ss.; MASONI, *I Testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 1, pp. 58 ss.; FACCI, *I testimoni di Geova ed il "dissenso" all'atto medico*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, 1, pp. 116 ss.

⁵⁶² Per un approccio al rapporto tra sovranità dello Stato ed autonomia confessionale v. LILLO, *I confini dell'ordine confessionale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2007, 6, pp. 5017 ss. Sul punto v. anche BOTTA, *Valore costituzionale della persona e limiti di sindacabilità del potere disciplinare delle autorità confessionali*, in *Giur. Merito*, 2007, 12, pp. 3175 ss.

⁵⁶³ "L'Assemblea Costituente pervenne alla definitiva formulazione del testo così da garantire a chiunque il «diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume». L'esercizio del culto - come si è già accennato - è dunque componente essenziale della libertà religiosa, conseguenziale alla stessa professione di una fede religiosa, non soggetto anche nella sua forma pubblica a nessun controllo, salvo la condizione, in un certo senso ovvia e naturale, che «non si tratti di riti contrari al buon costume» (A.C. pagg. 2773 e segg.)". Così Corte Costituzionale, sentenza 27 aprile 1993 n. 195.

⁵⁶⁴ Per un approfondimento circa i criteri posti a presidio del contemperamento tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di culto e di confessione religiosa, v. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 2, pp. 594 ss.

Com'è noto, l'impronta laicista dello Stato⁵⁶⁵ si traduce, storicamente⁵⁶⁶, nella valorizzazione del sentimento religioso, indipendentemente dalla confessione professata, entro i limiti stabiliti dall'ordinamento⁵⁶⁷, alla stregua di interesse primario dell'individuo⁵⁶⁸ senza che rilevi un particolare favore, positivizzato, nei riguardi di una piuttosto che di un'altra ideologia⁵⁶⁹.

In tal contesto, laicità⁵⁷⁰ non vuol significare certo indifferenza⁵⁷¹; anzi, è compito precipuo della Repubblica predisporre gli strumenti utili al fine di riconoscere effettività di tutela al

⁵⁶⁵ Una puntuale descrizione del "processo di secolarizzazione" delle istituzioni politiche è rinvenibile in BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 85 s.

⁵⁶⁶ "La laicità, benché presupponga e richieda ovunque la distinzione fra la dimensione temporale e la dimensione spirituale e fra gli ordini e le società cui tali dimensioni sono proprie, non si realizza in termini costanti nel tempo e uniformi nei diversi Paesi, ma, pur all'interno di una medesima "civiltà", è relativa alla specifica organizzazione istituzionale di ciascuno Stato, e quindi essenzialmente storica, legata com'è al divenire di questa organizzazione (in modo diverso, ad esempio, dovendo essere intesa la laicità in Italia con riferimento allo Stato risorgimentale, ove, nonostante la confessionalità di principio dello stesso, proclamata dallo Statuto fondamentale del Regno, furono consentite discriminazioni restrittive in danno degli enti ecclesiastici, e con riferimento allo Stato odierno, sorto dalla Costituzione repubblicana, ed ormai non più confessionale, ove però quelle discriminazioni non potrebbero aversi)". Così Consiglio di Stato, sentenza 13 febbraio 2006 n. 556.

⁵⁶⁷ Per un approfondimento del complesso rapporto intercorrente tra laicità dello Stato, libertà di culto e tutela penale dei diritti fondamentali dell'individuo v. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. It. Dir. It. e Proc.*, 2007, 2-3, pp. 493 ss.

⁵⁶⁸ Invero, com'è noto, il fenomeno religioso, oltre che inerire direttamente alla coscienza di ciascuno, si correla alla libertà di culto non solo individuale bensì anche in forma associata così da introdurre profili di maggiore complessità che investono, in primo luogo, non il singolo ma "il gruppo confessione religiosa, inteso in senso istituzionale". Così MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *op. cit.*, p. 784. Sul punto, in rottura rispetto al passato, (vigente lo Statuto Albertino, in cui, al ricorrere di determinati presupposti, le confessioni religiose diverse da quella cattolica erano semplicemente ammesse), oggi si riconosce ad esse eguale libertà davanti alla legge, la facoltà di dotarsi di propri Statuti, purché non in contrasto con l'ordinamento giuridico italiano, di stipulare intese con lo Stato e, in definitiva, di godere di pari dignità e trattamento giuridico, talché il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la loro costituzione, capacità giuridica ed in relazione ad ogni forma di attività. Per un approfondimento sulla natura giuridica nonché sulle procedure di stipula delle intese ex art. 8 Cost. v. RUGGERI, *Fonti, norme e criteri ordinatori*, Torino, 2005, pp. 131 ss. Per un approfondimento circa i profili problematici relativi all'attuazione dell'art. 8 cost. v. BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 87. Per una disamina dei rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica con particolare riguardo al sistema delle fonti v. RUGGERI, *op. cit.*, pp. 234 ss.

⁵⁶⁹ "In forza dei principi fondamentali di uguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di religione (art. 3 della Costituzione) e di uguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8 della Costituzione), l'atteggiamento dello Stato non può che essere di equidistanza e imparzialità nei confronti di queste ultime, senza che assumano rilevanza alcuna il dato quantitativo dell'adesione più o meno diffusa a questa o a quella confessione religiosa (sentenze nn. 925 del 1988, 440 del 1995 e 329 del 1997) e la maggiore o minore ampiezza delle reazioni sociali che possono seguire alla violazione dei diritti di una o di un'altra di esse (ancora la sentenza n. 329 del 1997), imponendosi la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede quale che sia la confessione di appartenenza (così ancora la sentenza n. 440 del 1995), ferma naturalmente la possibilità di regolare bilateralmente e quindi in modo differenziato, nella loro specificità, i rapporti dello Stato con la Chiesa cattolica tramite lo strumento concordatario (art. 7 della Costituzione) e con le confessioni religiose diverse da quella cattolica tramite intese (art. 8). Tale posizione di equidistanza e imparzialità è il riflesso del principio di laicità che la Corte costituzionale ha tratto dal sistema delle norme costituzionali, un principio che assurge al rango di "principio supremo" (sentenze nn. 203 del 1989, 259 del 1990, 195 del 1993 e 329 del 1997), caratterizzando in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse (sentenza n. 440 del 1995). Queste conclusioni sono progressivamente maturate, pur partendo da proposizioni iniziali per diversi aspetti divergenti (sentenze nn. 79 del 1958; 39 del 1965; 14 del 1973), in concomitanza con significativi e

sentimento religioso, al servizio della coscienza civile e religiosa dei cittadini⁵⁷², a fronte di possibili aggressioni che possano pregiudicarne la sua più intima essenza⁵⁷³.

Ne deriva una regolamentazione finalizzata a tutelare la libertà di culto e di coscienza⁵⁷⁴ in quanto tale⁵⁷⁵ fermo restando, però, che la libertà religiosa non può giammai essere intesa “*in guisa da contrastare e soverchiare l'ordinamento giuridico dello Stato*”⁵⁷⁶ tutte le volte in cui

convergenti svolgimenti dell'ordinamento. Il punto 1 del Protocollo addizionale all'Accordo che apporta modificazioni al Concordato lateranense, recepito con la legge 25 marzo 1985, n. 121, ha esplicitamente affermato il venire meno del principio della religione cattolica come sola religione dello Stato e, con le diverse intese poi raggiunte con confessioni religiose diverse da quella cattolica, si è messo in azione il sistema dei rapporti bilaterali previsto dalla Costituzione per le altre confessioni. In tale contesto, si è manifestata la generale richiesta allo Stato di una sua disciplina penale equiparatrice, o nel senso dell'assicurazione della parità di tutela penale (come è nel caso dell'art. 1, quarto comma, dell'intesa con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane del 27 febbraio 1987), o nel senso che la fede non necessita di tutela penale diretta, dovendosi solamente apprestare invece una protezione dell'esercizio dei diritti di libertà riconosciuti e garantiti dalla Costituzione (art. 4 dell'intesa con la Tavola valdese del 21 febbraio 1984; preambolo all'intesa con le Assemblee di Dio in Italia del 29 dicembre 1986; preambolo all'intesa con l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia del 29 marzo 1993). A fronte di questi svolgimenti dell'ordinamento nel senso dell'uguaglianza di fronte alla legge penale, l'art. 402 del codice penale rappresenta un anacronismo al quale non ha in tanti anni posto rimedio il legislatore. Deve ora provvedere questa Corte nell'esercizio dei suoi poteri di garanzia costituzionale”. Così Corte Costituzionale, sentenza 13-20 novembre 2000, n. 508.

⁵⁷⁰ “Principio che assurge al rango di “principio supremo” (sentenze nn. 203 del 1989, 259 del 1990, 195 del 1993 e 329 del 1997), caratterizzando in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno a convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse (sentenza n. 440 del 1995)”. Così Corte Costituzionale 13 – 20 novembre 2000 n. 508. Invero, “Stato laico vuol dire il riconoscimento di una sfera autonoma lasciata in campo religioso alla libera determinazione del singolo; significa inoltre nel nostro ordinamento la regolamentazione a certe condizioni dei rapporti con alcune specifiche religioni, riconosciute purché non si pongano in contrasto con i valori fondanti della Repubblica, e, tramite lo speciale regime concordatario, con la chiesa cattolica. Stato laico significa altresì, come logico corollario, che nella scuola pubblica in cui si devono formare i giovani anche ai valori di libertà, democrazia e laicità dello Stato, non è lecito imporre alcun tipo di credo religioso e anzi risulta doverosa un'educazione improntata alla massima libertà e al rispetto reciproco in tale campo”. Così T.A.R. Veneto, sentenza 22 marzo 2005 n. 1110.

⁵⁷¹ “Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale”. Così Corte Costituzionale, sentenza 11-12 aprile 1989 n. 203.

⁵⁷² Sul punto v., *ex multis*: T.A.R. Lazio, sentenza 17 luglio 2009 n. 7076; Corte Costituzionale, sentenza 11-12 aprile 1989 n. 203.

⁵⁷³ Ciò è accaduto, ad esempio, anche se con “estrema fatica” (in considerazione del lungo periodo in cui sono rimaste in vigore le norme contemplate ex artt. 402 ss. c.p. e 724 c.p., nella loro originaria - e discriminatoria - formulazione), in materia di delitti contro il sentimento religioso la cui disciplina (artt. 403 ss. c.p.) è stata finalmente adeguata al principio di uguaglianza solo con l. n. 85/06. In precedenza, più volte era stato sollecitato l'intervento della Corte Costituzionale che, però, ha dovuto superare il contrasto tra le originarie previsioni incriminative e l'art. 3 cost. mediante pronunce conformi al principio di riserva (tendenzialmente assoluta) di legge in materia penale. Così, “sebbene, in generale, il ripristino dell'uguaglianza violata possa avvenire non solo eliminando del tutto la norma che determina quella violazione ma anche estendendone la portata per ricomprendervi i casi discriminati, e sebbene il sopra evocato principio di laicità non implichi indifferenza e astensione dello Stato dinanzi alle religioni ma legittimi interventi legislativi a protezione della libertà di religione (sentenza n. 203 del 1989), in sede di controllo di costituzionalità di norme penali si dà solo la prima possibilità. Alla seconda, osta infatti comunque la particolare riserva di legge stabilita dalla Costituzione in materia di reati e pene (art. 25, secondo comma) a cui consegue l'esclusione delle sentenze d'incostituzionalità aventi valenze additive, secondo l'orientamento di questa Corte (v., in analogia materia, la sentenza n. 440 del 1995)”. Così Corte Costituzionale, sentenza 13-20 novembre 2000, n. 508. Per un approfondimento sul processo di armonizzazione della tutela penale della religione con i valori costituzionali fino all'entrata in vigore della l. n. 85/06 v. MONTEROTTI, *La tutela penale della religione: antica, vexata quaestio sul bene giuridico tutelato e*

*questo imponga ai cittadini obblighi che, senza violare la libertà religiosa, nel senso che è stato sopra definito, si assumano vietati dalla fede religiosa dei destinatari della norma*⁵⁷⁷.

2. La ricerca del difficile equilibrio nel rapporto tra professione di fede, diritti fondamentali ed interesse generale

La disciplina positivamente apprestata in relazione alla tutela del sentimento religioso è stata, nel tempo, sotto più profili, connotata da censure di ordine *lato sensu* “culturale”, prima ancora che strettamente giuridiche, che hanno posto all’attenzione dell’interprete l’esigenza di impiegare adeguati criteri ermeneutici onde superare possibili frizioni tra libertà parimenti garantite e tutelate che, in materia, definitivamente si traducono in potenziali situazioni di incertezza dogmatica ed assiologica minando le basi di fondo del valore della tolleranza, vero e proprio principio informatore del contemperamento tra posizioni fondamentali egualmente rilevanti ma, *prima facie*, irriducibili a sintesi e/o unità⁵⁷⁸.

nuovi profili di interesse circa la libertà di espressione nell'epoca di internet, in *Cass. Pen.*, 2010, 3, pp. 952 ss. Per un’indagine sul processo di “secolarizzazione” del diritto penale con riferimento alla libertà religiosa v. SERENI, *Sulla tutela penale della libertà religiosa*, in *Cass. Pen.*, 2009, 11, pp. 4499 ss. per un commento critico alla l. n. 85/06 v. anche CIPOLLA, *Il nuovo diritto penale della religione alla luce dei lavori preparatori della l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Giur. Merito*, 2009, 6, pp. 1753 ss.; SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstita tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 2, pp. 621 ss.; DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 3, pp. 1017 ss.

⁵⁷⁴ *“Poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima”*. Così Corte Costituzionale, sentenza 19 dicembre 1991 n. 467. Ciò significa che “*se pure a seguito di una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecare pregiudizio al buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale, la libertà di coscienza - specie se correlata all'espressione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) ovvero, come nel caso, alla propria fede o credenza religiosa (art. 19 della Costituzione) - dev'essere protetta in misura proporzionata "alla priorità assoluta e al carattere fondante" ad essa riconosciuta nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana*”. Così Corte Costituzionale, sentenza 3 dicembre 1993 n. 422.

⁵⁷⁵ *“Possono quindi sussistere confessioni religiose che non vogliono ricercare un'intesa con lo Stato, o pur volendola non l'abbiano ottenuta, ed anche confessioni religiose strutturate come semplici comunità di fedeli che non abbiano organizzazioni regolate da speciali statuti. Per tutte, anche quindi per queste ultime - ed è ipotesi certo più rara rispetto a quella della sola mancanza d'intesa - vale il principio dell'uguale libertà davanti alla legge”*. Così Corte Costituzionale, sentenza 27 aprile 1993 n. 195.

⁵⁷⁶ Per un caso in cui si era cercato di mascherare un’associazione a delinquere finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti mediante l’organizzazione di una fittizia formazione sociale apparentemente deputata a favorire l’esercizio in forma associata della professione di un culto religioso v. *Corte di Cassazione, Sentenza 05 dicembre 2005, n. 44227*, secondo cui “L’esigenza di praticare un certo culto religioso o il farne opera di proselitismo, pur essendo fenomeni certamente liberi ed anzi tutelati, non possono essere adottati quali cause di giustificazione, laddove sussistano gli estremi di un illecito penale (nel caso di specie, veniva contestato il reato di associazione finalizzata allo spaccio di stupefacenti, in relazione all’uso rituale, da parte degli associati di un nuovo movimento religioso, della bevanda “ayahuasca”, in grado di condurre ad uno stato di “espansione della coscienza” simile all’estasi mistica)”.

⁵⁷⁷ Così Corte Costituzionale, sentenza 25 maggio 1963 n. 85.

⁵⁷⁸ Per un approfondimento sulle tecniche di bilanciamento tra diritti fondamentali parimenti rilevanti e tra loro occasionalmente in conflitto v. BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 503 ss.

Una prima fonte di frizione è sicuramente rappresentata dal possibile conflitto intercorrente tra il diritto di ciascuno di professare il proprio credo religioso, in forma pubblica o privata, singolarmente o collettivamente, e la sussistenza di superiori interessi pubblici il cui soddisfacimento necessita il conseguimento di un bilanciamento tra valori potenzialmente capace di sfociare in una compressione (*rectius*: conformazione) dei diritti individuali a fronte di un preminente interesse generale.

Orbene, com'è noto, professare il proprio credo religioso significa, in prima battuta, esteriorizzare le proprie convinzioni mediante ogni possibile forma di comunicazione e/o mediante la partecipazione ai riti ed al compimento degli atti di fede ovvero, non ultimo, per il tramite anche della "proiezione all'esterno" di simboli ideologicamente caratterizzanti.

Quid iuris se l'impiego di tali rappresentazioni può in concreto pregiudicare (o comunque semplicemente esporre a pericolo) l'interesse generale?

Esemplare è, in tal senso, l'utilizzo dello chador ovvero del burqua in ossequio alla tradizione religiosa musulmana ed il conseguente potenziale *vulnus* alla sicurezza pubblica (correlato al rispetto del divieto di circolare mascherati) che ne può derivare.

Ricorre, in tali casi, la necessità di vagliare la legittimità di provvedimenti che, proprio in vista della tutela della pubblica sicurezza, appongano il divieto, generalmente in ambito comunale, di indossare tali simboli religiosi in luoghi pubblici e/o aperti al pubblico, espressamente includendo tra i "mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona" appunto anche "il velo che copre il volto"⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ Secondo la magistratura amministrativa, adita per l'annullamento del provvedimento di autotutela prefettizio che aveva annullato l'ordinanza sindacale avente ad oggetto il divieto di utilizzo in luogo pubblico dello chador ovvero del burqua, "va chiarito anzitutto che il Sindaco, in quanto organo del Comune, non aveva nella specie competenza ordinaria e generale. Avendo emesso un atto generale in materia di pubblica sicurezza si deve quindi ritenere che egli abbia agito in funzione di Ufficiale di Governo e, quindi, nell'ambito di un rapporto gerarchico rispetto al Prefetto che pacificamente ammette in capo a quest'ultimo il potere di annullamento (TAR Lombardia, I^a sez, n. 10/2001). A ciò va aggiunta anche la considerazione che l'atto prefettizio impugnato espressamente richiama anche l'art. 2 del R.D. n. 773/1931, nel cui generale potere di assumere ordinanze d'urgenza ben può rientrare anche un atto di annullamento di altre ordinanze d'urgenza assunte da soggetti incompetenti... Risulta poi indiscutibile l'assenza di una competenza generale del Sindaco in materia di pubblica sicurezza oltre alla rilevata impossibilità di ridurre l'ordinanza sindacale, che interpreta il divieto di uso di caschi protettivi o di mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona ex art. 5 primo comma della l. 152/1975 come espressamente riferibile al "velo che copre il volto", a mera diffida al rispetto di una norma già esistente nell'ordinamento. E' infatti evidente che, per questa fondamentale parte, la disposizione di legge richiamata viene ad essere indiscutibilmente novata: infatti all'ordine (di legge) di non usare mezzi atti a rendere difficile il riconoscimento della persona si sovrappone l'ordine (sindacale) di considerare tali - a prescindere da ogni altra interpretazione - anche i tradizionali veli tipici delle donne musulmane comprensivi di burqua e chador. E' invece evidente, come già accennato, che a prescindere dai singoli casi concreti in cui ogni ufficiale di pubblica sicurezza è tenuto a valutare caso per caso se la norma di legge possa o meno ritenersi rispettata, un generale divieto di circolare in pubblico indossando tali tipi di coperture può derivare solo da una norma di legge che lo specifichi, il che è tra l'altro in linea con le implicazioni politiche di una simile decisione". Così T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645. Tale posizione è stata in seguito ribadita da Consiglio di Stato, 19 giugno 2008, n. 3076 secondo il quale, tra l'altro, "del tutto errato è il riferimento al divieto di comparire mascherato in luogo pubblico, di cui all'art. 85 del R.D. n. 773/1931, in quanto è evidente che il burqa non costituisce una maschera, ma un tradizionale capo di

Vieppiù, problematico è apparso, in alcuni casi, il contemperamento tra effettività del diritto di professare in forma associata il proprio credo religioso e l'interesse pubblico correlato sempre alla pubblica sicurezza.

In particolare, si è posta in concreto la questione della legittimità di un'ordinanza sindacale che assoggettava, appunto per asseriti motivi di pubblica sicurezza, lo svolgimento di funzioni, cerimonie o pratiche religiose aperte al pubblico fuori dai luoghi destinati al culto, a particolari oneri informativi e concernenti le modalità di svolgimento delle stesse.

Invero, sul punto, declinata la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento alle censure fondate sul richiamo (diretto o intermediato da disposizioni legislative primarie) alle norme internazionali in materia di diritti dell'uomo ovvero a norme costituzionali interne (artt. 2, 6, 8, 17, 19), trattandosi di norme poste direttamente a tutela di diritti soggettivi fondamentali e perfetti (libertà di riunione, libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero), *“di talché la controversia sulla loro violazione o meno rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario”*⁵⁸⁰, il giudice amministrativo ha censurato i provvedimenti impugnati solamente per vizi di legittimità afferenti al profilo dell'incompetenza⁵⁸¹ e correlati, in ordine al *quomodo*, al

*abbigliamento di alcune popolazioni, tuttora utilizzato anche con aspetti di pratica religiosa. Non pertinente è anche il richiamo all'art. 5 della legge n. 152/1975, che vieta l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. La ratio della norma, diretta alla tutela dell'ordine pubblico, è quella di evitare che l'utilizzo di caschi o di altri mezzi possa avvenire con la finalità di evitare il riconoscimento. Tuttavia, un divieto assoluto vi è solo in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino. Negli altri casi, l'utilizzo di mezzi potenzialmente idonei a rendere difficoltoso il riconoscimento è vietato solo se avviene “senza giustificato motivo”. Con riferimento al “velo che copre il volto”, o in particolare al burqa, si tratta di un utilizzo che generalmente non è diretto ad evitare il riconoscimento, ma costituisce attuazione di una tradizione di determinate popolazioni e culture. In questa sede al giudice non spetta dare giudizi di merito sull'utilizzo del velo, né verificare se si tratti di un simbolo culturale, religioso, o di altra natura, né compete estendere la verifica alla spontaneità, o meno, di tale utilizzo. Ciò che rileva sotto il profilo giuridico è che non si è in presenza di un mezzo finalizzato a impedire senza giustificato motivo il riconoscimento. Il citato art. 5 consente nel nostro ordinamento che una persona indossi il velo per motivi religiosi o culturali; le esigenze di pubblica sicurezza sono soddisfatte dal divieto di utilizzo in occasione di manifestazioni e dall'obbligo per tali persone di sottoporsi all'identificazione e alla rimozione del velo, ove necessario a tal fine. Resta fermo che tale interpretazione non esclude che in determinati luoghi o da parte di specifici ordinamenti possano essere previste, anche in via amministrativa, regole comportamentali diverse incompatibili con il suddetto utilizzo, purché ovviamente trovino una ragionevole e legittima giustificazione sulla base di specifiche e settoriali esigenze”. Sul punto v. anche Consiglio di Stato, 19 giugno 2008, n. 3076. Per un commento sull'intera vicenda v. RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco*, cit., p.141; MINNITI F., MINNITI M., *Tra libertà religiosa e ordine pubblico Sindaco ko alla guerra del velo islamico*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, 44, pp.108 ss.*

⁵⁸⁰ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, sentenza 15 gennaio 2010, n. 19.

⁵⁸¹ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, sentenza 15 gennaio 2010, n. 19 secondo cui “Ogni limitazione del diritto di riunione (per ragioni di sicurezza e per la difesa di diritti pariorinati, quale quello di circolazione e di salvaguardia del patrimonio artistico) deve essere considerata eccezionale, sia con riferimento agli spazi da sottrarre all'esercizio di tale diritto, sia con riferimento ai soggetti pubblici che siffatte limitazioni possono imporre. In questo senso, nel quarto ed ultimo punto della [Direttiva 26 gennaio 2009](#), il Ministro dell'Interno invita espressamente i (soli) Prefetti a stabilire regole (d'intesa con i Sindaci e sentito il Comitato prov. le per l'ordine e la sicurezza pubblica) per sottrarre alcune aree alle manifestazioni e prevedere forme di garanzia e regole per lo svolgimento delle stesse; e conclusivamente, afferma che “tali determinazioni (da condividere il più possibile con le forze politiche e sociali) troveranno forma in un apposito provvedimento del Prefetto, inizialmente anche in forma sperimentale”. Stante il carattere eccezionale di queste disposizioni, esse non possono che essere interpretate restrittivamente, così dovendosi concludere per l'esclusiva competenza del

cattivo esercizio della funzione amministrativa (senza però statuire alcunché circa il bilanciamento tra i diritti fondamentali in conflitto).

Problematico è, poi, il rapporto tra esercizio della libertà di culto in forma associata e l'esplicazione della potestà amministrativa in materia di pianificazione urbanistica.

Orbene, pur non sussistendo in capo alla Pubblica Amministrazione uno specifico obbligo di prevedere una compiuta e puntuale destinazione urbanistica impressa ad aree da riservare alla esclusiva realizzazione di edifici e strutture destinate al culto – non rinvenibile né nella legislazione nazionale né in quella regionale⁵⁸² - non può dubitarsi che siffatte attività rientrano sicuramente tra quelle sociali e di promozione umana, alle quali “*la nostra Carta Costituzionale offre particolare rilievo e tutela, sia in quanto esplicazione del diritto di professare la propria fede religiosa anche in forma associata (art. 19), sia più in generale quale oggetto di una formazione sociale nella quale svolgere la personalità umana (art. 2)*”⁵⁸³.

In tal contesto, la posizione delle diverse confessioni religiose va presa in considerazione in quanto preordinata alla soddisfazione dei bisogni religiosi dei cittadini – e cioè in funzione di un effettivo godimento del diritto di libertà religiosa, che comprende l'esercizio pubblico del culto professato come esplicitamente sancito dall'art. 19 della Costituzione – e in ragione di ciò va quindi, su basi paritarie, tendenzialmente assicurata sia l'assegnazione di aree deputate allo svolgimento delle cerimonie e/o funzioni religiose sia l'accesso ai contributi finanziari che lo Stato, ovvero gli enti locali, decidano di erogare.

Sotto tale ultimo profilo, in particolare, il criterio guida che deve informare l'accertamento del possesso dei requisiti utili per fruire delle sovvenzioni va così ancorato non necessariamente ad un dato meramente formale, quale può essere, ad esempio, la stipula di una intesa ex art. 8 cost.⁵⁸⁴, bensì, in mancanza di questa, ad un riscontro sostanziale di modo che “*la natura di*

Prefetto (pur nella necessaria intesa con i Sindaci) ad assumere provvedimenti di regolamentazione delle manifestazioni in luogo pubblico. Ne consegue che laddove un Sindaco abbia adottato una espressa disciplina delle riunioni in luogo pubblico nel proprio Comune, questi ha illegittimamente provveduto in materia di esclusiva competenza e spettanza del Prefetto”. Per un approfondimento v. CERESSETTI, *Diritti di libertà ed ordinanze contingibili ed urgenti: primi spunti di riflessione*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2009, 12, pp. 3409 ss. Sul punto v. anche BIN, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 528.

⁵⁸² Cfr. *T.A.R. Sicilia, Palermo, Sentenza 27 marzo 2008, n. 411*.

⁵⁸³ Cfr. *T.A.R. Sicilia, Palermo, Sentenza 27 marzo 2008, n. 411*.

⁵⁸⁴ “*Una volta, dunque, che lo Stato e i poteri pubblici in genere ritengano di intervenire con una disciplina comune, quale è quella urbanistica, per agevolare la realizzazione di edifici e di attrezzature destinati al culto mediante l'attribuzione di risorse finanziarie ricavate dagli oneri di urbanizzazione, la esclusione da tali benefici di una confessione religiosa in dipendenza dello "status" della medesima, e cioè in relazione alla sussistenza o meno delle condizioni di cui al secondo e terzo comma dell'art. 8 della Costituzione, viene a integrare una violazione del principio affermato nel primo comma del medesimo articolo*”. Così Corte Costituzionale, *sentenza 27 aprile 1993 n. 195*.

*confessione potrà risultare anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque dalla comune considerazione*⁵⁸⁵.

Naturalmente, ferma restando la natura di confessione religiosa, l'attribuzione dei contributi previsti dalla legge per gli edifici destinati al culto non potrà che essere correlata alla effettiva consistenza ed incidenza sociale della confessione richiedente e viepiù condizionata all'accettazione da parte della medesima delle relative condizioni e vincoli di destinazione.

Se è vero, infatti, che il superamento della contrapposizione fra la religione cattolica, “sola religione dello Stato”, e gli altri culti “ammessi”, (sancito dal punto 1 del Protocollo addizionale all'Accordo del 1984 che modifica il Concordato lateranense), renderebbe, infatti, ormai inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose⁵⁸⁶, ciononostante, in sede di attuazione della normativa di rango primario, si ritiene legittimo, perché intrinsecamente ragionevole, ripartire le somme disponibili in ossequio a criteri che espressamente si riferiscono ora alla consistenza delle confessioni richiedenti⁵⁸⁷, ora al loro peso sociale⁵⁸⁸, ora proporzionalmente alla loro diffusione sul territorio ed alla loro incidenza sociale⁵⁸⁹.

Quanto, poi, ai concreti rapporti intercorrenti tra pianificazione urbanistica ed aree o strutture deputate o comunque (anche solo in via di fatto) destinate all'esercizio del culto⁵⁹⁰, più volte la giurisprudenza si è dovuta misurare con l'esigenza di conformare la libertà descritta ex art.

⁵⁸⁵ Così Corte Costituzionale, sentenza 27 aprile 1993 n. 195.

⁵⁸⁶ “L'abbandono del criterio quantitativo significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza. Il primo comma dell'art. 8 della Costituzione trova così la sua piena valorizzazione”. Così Corte Costituzionale, sentenza 28 luglio 1988 n. 925.

⁵⁸⁷ Cfr. *Contributi sugli oneri di urbanizzazione a favore degli enti religiosi per gli edifici destinati al culto. Interventi regionali per il recupero degli edifici di culto aventi importanza storica, artistica od archeologica pubblicato sul B.U.R. della Regione Lazio 20-03-1990, n. 8.*

⁵⁸⁸ Cfr. *Delibera del Comune di Sesto San Giovanni del 14 marzo 1997.*

⁵⁸⁹ Cfr. *Avviso Pubblico del Comune di Monte Silvano del 10 novembre 2008.*

⁵⁹⁰ Peculiare è la disciplina dettata in materia di procedura di espropriazione che investa, per fini di pubblica utilità, immobili destinati all'esercizio del culto cattolico. “L'art. 5, comma 1, dell'Accordo che apporta modificazioni al Concordato Lateranense dell'11 febbraio 1929, firmato il 18 febbraio 1984 e ratificato con la L. 25 marzo 1985 n. 121, stabilisce che “gli edifici aperti al culto non possono essere requisiti, occupati, espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con la competente autorità ecclesiastica”. Pertanto, posto che la qualificazione dei beni finalizzati nel senso voluto dalla norma assume rilevanza nell'ordinamento statale poichè introduce una disciplina derogatoria speciale, essendo la deputatio ad cultum un atto proprio dell'Autorità ecclesiastica, la verifica della sussistenza di tale presupposto deve essere condotta alla luce del Codice di Diritto Canonico. In particolare, il canone 1208 stabilisce, al riguardo, che “della compiuta dedicazione o benedizione della Chiesa si rediga un documento e se ne conservi una copia nella Curia diocesana ed un'altra nell'archivio della Chiesa”. Ed il canone 1215 precisa ancora che “non si costruisca alcuna Chiesa senza il consenso scritto del Vescovo Diocesano”. In mancanza di tale documento che non ammette equipollenti, da redigere contestualmente alla dedicatio o benedictio e conservare nei modi indicati, come previsto e richiesto dal canone n. 1208, non può dunque ritenersi integrato il presupposto richiesto per l'applicazione della particolare disciplina in esame”. Così Consiglio di Stato, sentenza 10 maggio 2005, n. 2234.

19 cost. in ossequio al preminente interesse pubblico correlato all'armonioso sviluppo del territorio⁵⁹¹.

Così, in prima battuta, ciò è accaduto con riguardo alla possibilità di assentire (ovvero di denegare) la realizzazione di infrastrutture (ovvero di semplici "icone votive") connotate da un evidente impatto sul territorio (anche in considerazione della originaria destinazione impressa alle aree in sede di pianificazione)⁵⁹²; sul punto, se, in passato, parte della giurisprudenza ha ritenuto che *"la destinazione agricola di un'area non è di per sé di ostacolo*

⁵⁹¹ Per ciò che concerne la legittimazione ad impugnare, in sede giurisdizionale, i provvedimenti assentivi in materia urbanistica, la giurisprudenza è solita richiamare l'ormai pacifico criterio della *vicinitas*, ovvero della potenziale interferenza tra l'interesse sotteso al rilascio del titolo edilizio e il controinteresse riferibile al ricorrente che, per motivi di residenza e/o lavoro (ovvero con riferimento ad ulteriori interessi qualificati) possa subire un pregiudizio (o, comunque, una illegittima pretermissione) a fronte della realizzanda attività edificatoria. Così, "a fini dell'impugnazione di una concessione edilizia, deve ritenersi che la condizione dell'azione rappresentata dalla "vicinitas", ossia da uno stabile collegamento tra il ricorrente e la zona interessata dall'intervento assentito, vada valutata alla stregua di un giudizio che tenga conto della natura e delle dimensioni dell'opera realizzata, della sua destinazione, delle sue implicazioni urbanistiche ed anche delle conseguenze prodotte dal nuovo insediamento sulla "qualità della vita" di coloro che per residenza, attività lavorativa e simili, sono in durevole rapporto con la zona in cui sorge la nuova opera (nel caso di specie, il giudice adito respingeva l'eccezione di difetto di legittimazione attiva dell'appellante, poichè lo stesso pur qualificatosi come proprietario di un alloggio, senza averne provato la proprietà, traeva la propria legittimazione in quanto residente in loco. Di qui l'esistenza dello "stabile collegamento" con la zona interessata dal rilascio, in favore della Assemblea Cristiana Evangelica, del permesso di costruire un edificio di culto)". Così Consiglio di Stato, sentenza 31 maggio 2007, n. 2849. Sul punto v. anche T.A.R. Parma, sentenza 26 novembre 2009 n. 792 secondo cui *"occorre ricordare che, per costante giurisprudenza, lo stabile collegamento territoriale con la zona interessata dall'attività edilizia assentita deve essere tale che possa configurarsi, in concreto, la lesione attuale di uno specifico interesse di natura urbanistico-edilizia nella sfera dell'istante, quale diretta conseguenza della realizzazione dell'intervento contestato, il che postula che, per effetto della realizzazione della costruzione, la situazione, anche urbanistica, dei luoghi assuma caratteristiche tali da configurare una rilevante e pregiudizievole alterazione del preesistente assetto edilizio ed urbanistico"*. Sul punto v. anche T.A.R. Liguria Genova, sentenza 30 aprile 2010, n. 2041 secondo cui *"nel caso di impugnativa di uno strumento urbanistico a fini di legittimazione a ricorrere non è sufficiente affermarsi genericamente proprietari di immobili nel territorio del comune interessato, dovendo indicarsi l'ubicazione dei rispettivi immobili e, soprattutto, fornire la prova - per esempio, mediante il deposito dei titoli di proprietà o anche soltanto della certificazione della residenza - dell'afferzata esistenza di uno stabile collegamento con la parte di territorio specificamente interessata dall'attività di pianificazione urbanistica contestata in sede giudiziale"*. Vieppiù, è bene precisare che *"L'eventuale lesione della posizione soggettiva del residente in un'area in cui sia stato rilasciato il permesso di costruire un edificio destinato al culto, risulta percepibile già al momento dell'individuazione di detta area e della sua assegnazione in diritto di superficie, non trattandosi di un mero stralcio a generici fini di pubblico interesse, ma ad uno scopo specifico. Ne discende che il ricorso che abbia ad oggetto il permesso di costruire risulta inammissibile, qualora sia mancata l'impugnativa degli atti presupposti nei termini di legge"*. Così TAR Campania, sentenza 21 luglio 2006, n. 7650. In particolare, ai sensi dell'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dall'art. 1 della legge 21 luglio 2000, n. 205, (in vigore prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 104/2010 - codice del processo amministrativo), la pubblicazione di un provvedimento amministrativo all'albo dell'Amministrazione era idonea a far decorrere i termini di impugnazione nei riguardi dei soggetti non direttamente contemplati, solo quando tale forma di pubblicazione fosse prevista da una norma. Orbene, è *ius receptum* nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che il termine di decadenza per l'impugnazione da parte dei soggetti che si ritengono lesi può decorrere dalla pubblicazione solo a condizione che essa avvenga entro il termine perentoriamente stabilito dalla legge, non potendosi addossare al cittadino uno straordinario onere di diligenza onde accertare la data dell'effettiva pubblicazione (Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 9 dicembre 1997 n. 1348; Consiglio di Stato, sentenza 22 maggio 2000 n. 2915). E' stato anche affermato che la pubblicazione di un provvedimento amministrativo nell'albo degli uffici della pubblica amministrazione o nell'albo pretorio, è valida come presupposto di conoscenza ai fini dell'impugnazione dell'atto in sede giurisdizionale solo quando essa sia espressamente stabilita da una norma di legge e venga effettuata nei termini da essa prescritti (Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 7 marzo 1997 n. 217; Consiglio di Stato, sentenza 22 maggio 2000 n. 2915; Consiglio di Stato, sentenza 15 dicembre 2000 n. 6886). Il principio è poi divenuto legge con la novellazione

*alla realizzazione di edifici di culto, considerato che tutte le opere di urbanizzazione, primaria e secondaria, possono essere realizzate, corrispondendo ad interessi pubblici che il Comune è chiamato a valutare congiuntamente con quelli sottesi alle singole previsioni di destinazione urbanistica, in ogni area del territorio comunale*⁵⁹³, più di recente è stata diversamente sostenuta la legittimità del diniego “dell'Amministrazione comunale alla realizzazione di una "cappelletta votiva" su di un'area destinata a verde agricolo”⁵⁹⁴.

Problemi applicativi sono poi sorti anche con riferimento ad interventi capaci di incrementare (pur in assenza di nuovi edifici) il carico urbanistico di strutture già realizzate al di là dei limiti previsti dalla disciplina (regolamentare e pianificatoria) di settore mediante, ad esempio, illegittimo mutamento della destinazione d'uso di aree o immobili preesistenti⁵⁹⁵.

Così, accorta giurisprudenza ha avuto modo di precisare che l'intervento edilizio che comporti una variazione di destinazione d'uso può essere correttamente inquadrato soltanto se si prende a riferimento quanto riportato negli elaborati tecnici⁵⁹⁶ talché le concrete caratteristiche dei locali – cioè l'obiettiva idoneità di larga parte della struttura ad ospitare riti religiosi – è in sé

dell'art. 21 della legge sui Tar, avvenuta ad opera della legge n. 205/2000 che ha sancito espressamente che per gli atti di cui non sia richiesta la notifica, il termine decadenziale di impugnazione inizia a decorrere dal momento in cui scade il termine per la pubblicazione “se questa sia prevista da disposizioni di legge o di regolamento”. A norma dell'art.124 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 “tutte le deliberazioni del comune e della provincia sono pubblicate mediante affissione all'albo pretorio, nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo specifiche disposizioni di legge”. Norma analoga era dettata dall'art. 47 comma 1 della legge 8 giugno 1990 n. 142 ora abrogata. E tale norma, che prevede una forma tipica di conoscenza, rileva per la decorrenza dell'impugnazione degli atti dei Comuni da parte di soggetti non direttamente contemplati dall'atto poiché, ai sensi dell'art. 21 della legge TAR la regola generale è quella per cui l'ultimo giorno della pubblicazione è il *dies a quo* del termine per impugnare nei soli casi in cui non sia richiesta la notifica individuale. Sul punto v. *TAR Campania, sentenza 21 luglio 2006, n. 7650*. Tale principio è stato infine confermato dall'art. 41 del d.lgs. n. 104/2010.

⁵⁹² “L'edificio di culto rientra tra le attrezzature “pubbliche” o “collettive”, cui sono destinate “adeguate aree”, individuate in sede di formazione degli strumenti urbanistici generali. Pertanto il diniego di concessione edilizia di un edificio di culto dei Testimoni di Geova è legittimo, in quanto l'inserimento di un'area in zona urbanistica B2 di p.r.g., per la quale lo strumento urbanistico prevede la destinazione a “residenza”, “attività terziarie e ricettive” ed altre minori, ma non anche ad attrezzature “pubbliche” o “collettive”, non consente che nella zona possa essere realizzato un edificio di culto. L'utilizzazione ad “attrezzature collettive” degli immobili da costruire è rilevante sia ai fini della suddivisione del territorio comunale in zone omogenee, sia, e necessariamente, ai fini del rilascio della concessione edilizia, giacché, altrimenti, verrebbero vanificate le scelte emerse in sede di pianificazione. Anche per quanto riguarda la realizzazione materiale di opere di interesse collettivo, dunque, l'esercizio delle tradizionali facoltà proprietarie risulta costretto nel vigente sistema della pianificazione, nel quale, come è noto, spetta al pubblico potere (in specie al Comune) governare ed ordinare il territorio, con l'obiettivo di razionalmente programmare ed indicare (anche) quelle zone, in cui si collocano le attività di interesse collettivo, con conseguente conformazione del tanto discusso “*ius aedificandi*”. Né potrebbe validamente affermarsi che su un'area di sua proprietà, il soggetto privato possa realizzare, senza alcun costo né diretto né indiretto a carico di terzi, una scuola, un impianto sportivo, un centro sociale, una chiesa od un edificio per servizi religiosi”. Così *Consiglio di Stato, sentenza del 14 dicembre 2004, n. 8026*

⁵⁹³ Così *Consiglio di Stato, Sentenza 13 dicembre 2005, n. 7078*.

⁵⁹⁴ Così *T.A.R. Bolzano, Sentenza 15 maggio 2008, n. 172*. Nel caso di specie, il giudice adito ha ritenuto infondata la doglianza della ricorrente secondo cui la destinazione a verde agricolo di un'area non costituirebbe valido motivo per impedire la realizzazione di un edificio di culto che, quale opera di “infrastrutturazione secondaria”, risponderebbe ad un interesse pubblico primario dell'Amministrazione comunale, pertanto non assoggettato, né subordinato, alle destinazioni urbanistiche impresse dal piano regolatore generale.

⁵⁹⁵ Cfr. *T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Bolzano, sentenza 30 marzo 2009, n. 116*.

⁵⁹⁶ Cfr. *T.R.G.A. Trentino - Alto Adige, Trento, sentenza 7 maggio 2009 n. 150*.

sufficiente a farne ravvisare la prevalente destinazione a luogo di culto indipendentemente e a dispetto dalle intenzioni espresse dagli interessati finalizzate a “rappresentare” la compatibilità dell’attività esercitata rispetto alla destinazione impressa in sede di pianificazione comunale⁵⁹⁷.

Invero, il mutamento di destinazione rilevante ai fini in discorso è quello che altera, sia pure senza opere, la funzione originaria dell’immobile, al fine di adibirlo, in via permanente, ad una funzione diversa. In tal caso l’immobile perde la destinazione originariamente assentita per assumere la funzione diversa che gli viene in via di fatto assegnata.

In tal contesto, però, laddove la disciplina (regionale) di settore⁵⁹⁸ sia palesemente volta, per la sua collocazione e la sua ratio, al controllo di mutamenti di destinazione d’uso idonei, per l’afflusso di persone o di utenti, a creare centri di aggregazione (chiese, moschee, centri sociali, ecc.) aventi come destinazione principale o esclusiva l’esercizio del culto religioso o altre attività con riflessi di rilevante impatto urbanistico, che richiedono la verifica delle dotazioni di attrezzature pubbliche rapportate a dette destinazioni, non sembra che un uso meramente episodico di una struttura ai fini dello svolgimento di funzioni religiose possa, in concreto, violare le prescrizioni normative dettate in materia urbanistica e, quindi, integrare un illecito edilizio.

Parimenti è da dire circa l’uso di fatto dell’immobile in relazione alle molteplici attività umane che il titolare è libero di esplicitare⁵⁹⁹.

La destinazione d’uso impressa a determinati locali dal titolo autorizzativo non riguarda, infatti, le attività umane che vi si svolgono⁶⁰⁰, ossia i c.d. usi di fatto⁶⁰¹.

Così, l’utilizzo della propria residenza per riunioni di adepti, a scopo religioso, culturale, associativo in genere, non è di per sé sufficiente a configurare un illecito edilizio né lo è lo svolgimento saltuario di pratiche di culto in un luogo strutturato e destinato ad abitazione⁶⁰².

⁵⁹⁷ Cfr. *T.A.R. Parma, sentenza 26 novembre 2009 n. 792*.

⁵⁹⁸ Vedi, ad esempio, *l’art. 52, comma 3 bis della legge regionale Lombardia n. 12/2005 il quale stabilisce che “I mutamenti di destinazione d’uso di immobili, anche non comportanti la realizzazione di opere edilizie, finalizzati alla creazione di luoghi di culto e luoghi destinati a centri sociali, sono assoggettati a permesso di costruire”*

⁵⁹⁹ “La norma (*art. 52, comma 3 bis l.r. Lombardia n. 12/2005 – n.d.r.*) non pare quindi applicabile nel caso in cui l’immobile venga utilizzato da un’associazione culturale in cui il fine religioso rivesta carattere di accessorialità e di marginalità nel contesto degli scopi statutari. Del pari insufficiente è la circostanza che nella sede dell’associazione sia stata occasionalmente riscontrata la presenza di persone di religione islamica ovvero di persone raccolte in preghiera, non potendosi qualificare, ai predetti fini, “luogo di culto” un centro culturale o altro luogo di riunione nel quale si svolgano, privatamente e saltuariamente, preghiere religiose, tanto più ove si consideri che non rileva di norma ai fini urbanistici l’uso di fatto dell’immobile in relazione alle molteplici attività umane che il titolare è libero di esplicitare”. *Così T.A.R. Milano, sentenza 25 ottobre 2010, n. 7050*.

⁶⁰⁰ “*Il fatto che all’interno dell’edificio, adibito a casa delle religiose, sia stata realizzata una cappella per l’esercizio del culto non comporta che l’immobile abbia ricevuto una destinazione non residenziale*”. *Così T.A.R. Liguria Genova, sentenza 21 novembre 2005, n. 1495*.

⁶⁰¹ Cfr. *Consiglio di Stato, sentenza 23 febbraio 2000 n. 949; Consiglio di Stato, sentenza 28 gennaio 1997 n. 77*.

⁶⁰² In tal senso *T.A.R. Milano, sentenza 17 settembre 2009 n. 4665*.

Peraltro, ove detti usi e attività diano luogo a comportamenti *ex se* illeciti, (la intollerabile immissione di rumori eccedenti i limiti imposti dalla legge e dalla convivenza civile e, quindi, il conseguente disturbo derivante dalle pratiche di culto), resta ovviamente salva la facoltà di adire il giudice ordinario⁶⁰³.

Sempre in ossequio all'esigenza di ravvisare possibili profili di frizione tra il libero esplicarsi del sentimento religioso e i diritti di libertà altrui, ci si deve chiedere, poi, se le convinzioni religiose di ciascuno possano subire un pregiudizio a causa dell'esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici e/o aperti al pubblico e se, peraltro, la collocazione di iconografie ovvero altre rappresentazioni di una determinata confessione in detti luoghi sia espressione di una disparità di trattamento nei confronti di tutte le altre confessioni religiose (i cui elementi materiali rappresentativi non godono della medesima possibilità di "proiezione verso l'esterno") ovvero, comunque, integri la violazione del principio di "neutralità" dello Stato rispetto al fenomeno religioso⁶⁰⁴.

Esempio lampante del problema è rappresentato dall'esposizioni del crocifisso (simbolo del cristianesimo) in aule giudiziarie⁶⁰⁵ ovvero in aule scolastiche e del conseguente potenziale

⁶⁰³ In tal senso *T.A.R. Milano, sentenza 17 settembre 2009 n. 4665*.

⁶⁰⁴ Nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 190 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 promosso con ordinanza del 14 gennaio 2004 dal TAR Veneto efficacemente è stato osservato che, in conformità ad una certa corrente di pensiero, "*l'obbligatoria esposizione del Crocifisso nelle aule violerebbe il dovere di equidistanza dello Stato rispetto alle varie confessioni e contraddirebbe l'esigenza di uno "spazio pubblico neutrale" in cui non potrebbe trovare posto un simbolo religioso; non si potrebbe attribuire al Crocifisso il carattere di un simbolo genericamente civile e culturale, essendo innegabile la sua valenza religiosa, e mancando del resto ogni base costituzionale per poter fare del Crocifisso un simbolo dell'unità della nazione al pari della bandiera; non sarebbe praticabile, infine, nemmeno una soluzione che postuli la permanenza dell'esposizione del Crocifisso salvo che qualcuno degli alunni ritenga di esserne leso nella propria libertà religiosa, poiché sarebbe violato comunque il principio oggettivo di laicità, né si potrebbe costringere il singolo a opporsi apertamente alla eventuale volontà maggioritaria del gruppo sociale di appartenenza*". Cfr. *Corte Costituzionale, Ordinanza 15 dicembre 2004 n. 389*.

⁶⁰⁵ Per la ricostruzione della vicenda relativa alla protesta sollevata da un magistrato mediante l'astensione dall'esercizio delle funzioni giudiziarie in presenza di simboli religiosi apposti all'interno delle aule giudiziarie v. il provvedimento adottato dalla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura del 31 gennaio 2006 a tenore del quale, in particolare, "Non è manifestamente infondata la richiesta di rimozione del crocifisso dalle aule d'udienza, posto che la circolare del ministro della giustizia del 29 maggio 1926 n. 2134/1867 appare in contrasto con il principio costituzionale di laicità dello Stato e con la garanzia della libertà di coscienza e di religione, essendo pacifico (v. in tal senso Cass. sez. unite 18 novembre 1997, n. 11432 e sez. disciplinare 15 settembre 2004, Sansa) che nessun provvedimento amministrativo può limitare diritti fondamentali di libertà, al di fuori degli spazi eventualmente consentiti da una legge ordinaria conforme a Costituzione. L'avvenuto riconoscimento di tale non manifesta infondatezza non esaurisce tuttavia l'ambito delle valutazioni alle quali la sezione disciplinare è tenuta, dovendosi anche accertare se l'inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di impiego possa ritenersi giustificato dal mancato accoglimento della pretesa alla rimozione del crocifisso. Se, infatti, certamente l'ordinamento riconosce il diritto di seguire la propria coscienza, l'esercizio di tale diritto non può avvenire con modalità tali da pregiudicare le esigenze di giustizia il cui soddisfacimento è oggetto di incontestati doveri funzionali. La pretesa di far prevalere l'imperativo della propria coscienza, rifiutando in modo deliberato e palese l'adempimento dei doveri funzionali - attuando una evidente forma di disobbedienza civile, la quale, peraltro, per sua stessa natura deve scontare l'accettazione della relativa sanzione - non può pertanto trovare riconoscimento da parte dell'ordinamento, all'interno del quale solo la legge potrebbe consentirla". Per un approfondimento della vicenda v. LARICCIA, *Poco coraggio e molte cautele in una sentenza della Corte di cassazione sul tema della presenza dei simboli religiosi nelle aule di giustizia*, in *Giur. Cost.*, 2009, 3, pp. 2133 ss.

vulnus arrecato nei confronti di chi cristiano non sia e non si professi tale⁶⁰⁶ (perché di diverso credo religioso o anche, più semplicemente, perché ateo)⁶⁰⁷.

La vicenda è sintomatica della difficoltà di contemperare posizioni, (parimenti meritevoli di considerazione perché, in ultima istanza, costituzionalmente tutelate), tra loro antitetiche⁶⁰⁸ a fronte di un'interpretazione della latitudine applicativa (*rectius*: della consistenza assiologica)

⁶⁰⁶ “Non può concordarsi con quell’opinione che ritiene che il crocifisso potrebbe rimanere nelle aule scolastiche «quando l’insieme degli studenti (se maggiorenni, o dei loro genitori se minorenni) di una scuola pubblica vi colgano tutti pacificamente, implicitamente, un comune significato culturale (oltre a quello di fede dei soli cristiani); se viceversa anche un solo alunno ritenga di essere leso nella propria libertà religiosa negativa, essi andrebbero rimossi». Proprio perché è in questione non solo la libertà di religione degli alunni, ma anche la neutralità di un’istituzione pubblica, non è possibile prospettare una realizzazione del principio di laicità dello Stato e, quindi, della libertà di religione dei consociati “a richiesta”, ma piuttosto deve essere connaturato all’operare stesso dell’amministrazione pubblica. È appena il caso di rilevare, seppure in estrema sintesi, che, alla luce di quanto si è detto, parimenti lesiva della libertà di religione sarebbe l’esposizione nelle aule scolastiche di simboli di altre religioni. L’imparzialità dell’istituzione scolastica pubblica di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l’affissione di una pluralità, che peraltro non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di color che non hanno alcun credo. Sebbene non possa negarsi che la contemporanea presenza di più simboli religiosi eliderebbe la valenza confessionale che si è detto avere l’esposizione del solo crocifisso”. Così Tribunale dell’Aquila, Ordinanza 22 ottobre 2003.

⁶⁰⁷ Efficacemente precisa Tribunale dell’Aquila, Ordinanza 22 ottobre 2003 che “la società multi-etnica odierna introduce delle incrinature che sicuramente sono provocate dalla necessità di contemperare concezioni etico-religiose fortemente divergenti dalla tradizione culturale italiana”.

⁶⁰⁸ Difficoltà di ordine ermeneutico sono sorte, in primo luogo, circa l’individuazione del giudice deputato a garantire l’effettività di tutela di posizioni giuridiche costituzionalmente rilevanti. Con particolare riferimento alla collocazione del crocifisso presso aule scolastiche la vicenda, infatti, è stata interessata, sotto il profilo della giurisdizione, da un vero e proprio “ideale” conflitto positivo di giurisdizione (ideale perché l’esercizio dello *ius dicere* da parte del G.O. e del G. A. è maturato con riferimento a casi concreti differenti). In prima battuta, infatti, è intervenuta una pronuncia cautelare del Tribunale dell’Aquila che ha avuto modo di precisare che “la pretesa di tutela del diritto inviolabile e costituzionalmente garantito di libertà religiosa dei figli minori del ricorrente, che si assume leso in conseguenza all’esposizione del crocifisso nelle aule della scuola pubblica... attiene al rapporto individuale di utenza del pubblico e servizio di istruzione tra detti alunni e l’istituto scolastico alla cui attività i medesimi attendono. Orbene, il legislatore del 1998-2000, nel prevedere un riparto di giurisdizione per settori omogenei di materie – con criterio, in verità, non esente da censure di incostituzionalità (cfr. Tribunale di Roma, sezione seconda, 16 novembre 2000, in *Corr. Giur.* 2001, 72) – ha però, con assoluta chiarezza, lasciato al giudice naturale dei diritti le controversie che attengano alla tutela del cittadino quale fruitore di un servizio pubblico in relazione agli attentati che ai propri diritti possano derivare nello svolgersi del rapporto che viene in essere con la fruizione del servizio stesso. Né sembra possibile svilire la questione all’esame di questo giudice riconducendola – come ritengono i resistenti – ad un profilo organizzativo del pubblico servizio di istruzione. A ben vedere, affermare ciò vorrebbe dire che con il ricorso in esame, il ricorrente abbia inteso censurare un profilo relativo all’organizzazione dei mezzi nell’ambito di un ufficio pubblico, essendo appunto mezzi materiali anche quelli facenti parte dell’arredo scolastico, nel cui ambito verrebbero dettate le disposizioni che prevedono l’esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche. Tale prospettazione, benché in passato sostenuta in giurisprudenza (cfr. *Pret. Roma* 17 maggio 1986, in *Riv. Giur. Scuola*, 1986, 619), sembra non voler cogliere la vera essenza della questione, elidendo il profilo della lesione – seppure prospettata – di un diritto assoluto costituzionalmente tutelato. Evidente forzatura che, di fronte al rilievo in tal senso del resistente in sede di discussione del ricorso, ha spinto il rappresentante dell’Avvocatura dello Stato a contestare che l’assunto difensivo possa essere riassunto nella riconducibilità della questione a meri profili attinenti all’arredo scolastico. Non appare pertinente, pertanto, il richiamo a quella giurisprudenza amministrativa per cui «rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia promossa da genitori e alunni maggiorenni e relativa a provvedimento di carattere organizzativo del servizio scolastico, in quanto l’esclusione della giurisdizione e del giudice amministrativo delle controversie con gli utenti non si estende anche alle ipotesi in cui sono in discussione gli aspetti

del principio di laicità storicamente condizionato dal grado di maturazione della coscienza civile e giuridica individuale e collettiva⁶⁰⁹.

Orbene, se tendenzialmente non può negarsi che, in base all'evoluzione di principi costituzionali, giuridici, di costume e della sensibilità sociale, sia tuttora permanente nella coscienza dei singoli e dei popoli la considerazione comune e universale di un principio di trascendenza superiore in cui tutte le religioni e tutti i credo, anche laici, pur nelle diverse

organizzativi e generali per la prestazione del servizio e quindi anche spaziale entro cui il potere è gestito, tanto più che è sommamente interessante per la collettività, e specialmente per il settore, il modo con cui l'istruzione pubblica è erogata alla generalità dei cittadini» (così Consiglio di Stato, sezione quarta, 896/01). La questione all'esame della giustizia amministrativa riguardava, infatti, un provvedimento amministrativo avente ad oggetto l'assegnazione di edifici agli istituti scolastici, sicché, anche laddove si voglia ritenere che tale controversia rientrasse nell'ambito dell'espletamento del servizio pubblico di istruzione (in verità, con evidente dilatazione del concetto di "pubblica istruzione"), comunque non si trattava di questione riconducibile ad un rapporto privato di utenza, ma appunto – come si legge – afferente profili organizzativi generali, funzionali alla prestazione del servizio". Così Tribunale dell'Aquila, Ordinanza 22 ottobre 2003. L'attestazione della giurisdizione del G.O. passa, poi, attraverso l'ulteriore considerazione, recentemente sottoposta a profonda rivisitazione critica, secondo la quale la tutela dei diritti costituzionali pertiene, anche a fronte dell'esercizio della potestà amministrativa, sempre e comunque in capo al G.O. Di diverso avviso si è mostrata, però, la giurisprudenza ordinaria ed amministrativa successiva che ha ritenuto sussistere la giurisdizione del G.A. con riferimento ad una controversia riguardante la legittimità di una delibera assunta da un Consiglio di un Istituto Scolastico con la quale si disponeva la permanenza negli ambienti scolastici di simboli religiosi e ciò "sia perché viene impugnato un atto amministrativo discrezionale, sia in quanto il diritto di libertà viene, nella stessa prospettiva di parte ricorrente, in ipotesi leso da un'attività amministrativa e viene fatto valere in via indiretta tramite la richiesta di rimozione di detto atto. L'atto impugnato, infatti, si riferisce ad un arredo scolastico, seppure certamente sui generis, ed è dunque espressione di una potestà organizzativa che appartiene all'Amministrazione scolastica, a fronte della quale i singoli utenti hanno posizioni di interesse legittimo". Così T.A.R. Veneto, sentenza 22 marzo 2005 n. 1110. In definitiva, "quando la vertenza ha come oggetto la contestazione della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, ossia quando l'atto amministrativo sia assunto nel giudizio non come fatto materiale o come semplice espressione di una condotta illecita, ma sia considerato nel ricorso quale attuazione illegittima di un potere amministrativo, di cui si chiede l'annullamento, la posizione del cittadino si concreta come posizione di interesse legittimo". Così Consiglio di Stato, sentenza 13 febbraio 2006 n. 556. Ciò in ossequio a Cassazione civile, sez. un., sentenza 10 luglio 2006, n. 15614 secondo cui "la controversia avente ad oggetto la contestazione della legittimità dell'affissione del Crocifisso nelle aule scolastiche, avvenuta - pur in mancanza di una espressa previsione di legge impositiva dell'obbligo (cfr. Corte cost., ordinanza n. 389 del 2004) - sulla base di provvedimenti dell'autorità scolastica conseguenti a scelte dell'Amministrazione, contenute in regolamenti e circolari ministeriali, riguardanti le modalità di erogazione del pubblico servizio, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, e successive modificazioni, venendo in discussione provvedimenti dell'autorità scolastica che, essendo attuativi di disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo, sono riconducibili alla p.a.-autorità". Invero, con riferimento ad una controversia avente ad oggetto la contestazione dell'apposizione di simboli religiosi all'interno di aule giudiziarie il TAR Marche, Sentenza 22 marzo 2006, n. 94, ha avuto modo di precisare che "La giurisdizione del Giudice amministrativo (analogamente a quella civile, ed a differenza di quella costituzionale e penale) è una giurisdizione di diritto soggettivo, volta cioè alla tutela di interessi individuali, nell'ambito della quale la parte antagonista dell'Amministrazione non tende all'affermazione del diritto oggettivo, bensì a tutelare una propria situazione giuridica soggettiva rilevante per l'ordinamento, che si ritenga in qualche modo incisa dalla Pubblica Amministrazione, sia che si verta in materia di interessi legittimi o di diritti soggettivi in senso proprio. Ciò è confermato dalla circostanza che, nella giurisdizione amministrativa, il processo è sempre promosso dal soggetto titolare dell'interesse particolare che viene azionato, e dalle disposizioni che prevedono la piena disponibilità del giudizio; dovendo quindi ritenersi, in ultima analisi, che scopo immediato della giurisdizione amministrativa è la tutela degli interessi particolari (di qualunque natura, siano essi direttamente o indirettamente riconosciuti dall'ordinamento) in qualche modo incisi dall'azione della P.A.. Ne consegue che la richiesta di rimozione del crocifisso dalle aule giudiziarie non può ritenersi riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, posto che detta istanza travalica manifestamente le attribuzioni di tale Giudice, quali configurate dal vigente ordinamento, perché invoca, per un

forme, confluiscono⁶¹⁰, ciononostante fondare esclusivamente su tali asserzioni la legittimità dell'esposizione di determinati simboli religiosi (e non anche di quelli appartenenti ad altre ideologie) perché ritenuti espressivi dei summenzionati valori può apparire, in prima battuta, una forzatura di un sistema incentrato sul principio di eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose.

In particolare, secondo un primo approccio, *“ritenere il crocifisso sia solo un "simbolo passivo", oltre a svilire la forte valenza religiosa per la fede cristiana di tale simbolo⁶¹¹, costituisce una forzatura. Il crocifisso assume, infatti, nella sua sinteticità evocativa una particolarmente complessa polivalenza significativa: se ogni simbolo è costituito da una realtà conoscitiva, intuitiva, emozionale, molto più ampia di quella contenuta nella sua immediata evidenza, per il crocifisso ciò si esalta, comprende una realtà complessa, che intrinsecamente non si può esprimere per tutti nello stesso modo univoco. Appare persino riduttivo affermare l'ambivalenza di cui si è detto sopra, che, peraltro, veniva storicamente ricomposta fino a quando la contrapposizione tra cristiani e non cristiani è rimasta comunque circoscritta a coloro che nel crocifisso vi leggano pacificamente un simbolo culturale e cristiani che sottolineano il significato religioso e assolutamente non culturale, ma confessionale, del simbolo della croce”⁶¹².*

verso, la verifica di detto Tribunale sull'azione amministrativa, in nome di un astratto sindacato di legalità, svincolato cioè dalla tutela di un interesse proprio del ricorrente e, per altro verso, chiede l'emanazione di una pronuncia con effetti generalizzati ed “erga omnes” che presuppone un giudizio circa la legittimità e la vigenza delle norme che impongono l'esibizione del crocifisso negli uffici giudiziari ed in genere negli uffici pubblici”.

⁶⁰⁹ Secondo MORELLI, *Se il crocifisso è simbolo di laicità l'ossimoro costituzionale è servito*, in D&G, 2006, 10, p. 66, *“la scelta della Corte costituzionale di non pronunciarsi sul merito della questione di legittimità sollevata tempo addietro riguardo alle norme che prescrivono la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche ha finito con il rimettere alla magistratura il compito di definire, caso per caso (e con esiti interpretativi non sempre del tutto coincidenti), il significato delle norme, sul presupposto invero ancora discutibile della loro conformità alla Costituzione”*.

⁶¹⁰ *“In tale contesto, credenti e non credenti si trovano “esattamente sullo stesso piano rispetto all'intervento prescrittivo, da parte dello Stato, di pratiche aventi significato religioso: esso è escluso comunque, in conseguenza dell'appartenenza della religione a una dimensione che non è quella dello Stato e del suo ordinamento giuridico, al quale spetta soltanto il compito di garantire le condizioni che favoriscano l'espansione della libertà di tutti e, in questo ambito, della libertà di religione” (Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 334); mentre “valutazioni ed apprezzamenti legislativi differenziati e differenziatori” tra le diverse fedi, con diverse intensità di tutela, verrebbero ad incidere sulla pari dignità della persona e si porrebbero “in contrasto col principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato” (Corte cost., 14 novembre 1997, n. 329)”*. Così T.A.R. Veneto, sentenza 22 marzo 2005 n. 1110

⁶¹¹ Nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 190 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 promosso con ordinanza del 14 gennaio 2004 dal TAR Veneto, il giudice *a quo* in particolare precisava che *“il Crocifisso è essenzialmente un simbolo religioso cristiano, di univoco significato confessionale; e che l'imposizione della sua affissione nelle aule scolastiche non sarebbe compatibile con il principio supremo di laicità dello Stato, desunto da questa Corte dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, e con la conseguente posizione di equidistanza e di imparzialità fra le diverse confessioni che lo Stato deve mantenere; e che la presenza del Crocifisso, che verrebbe obbligatoriamente imposta ad alunni, genitori e insegnanti, delineerebbe una disciplina di favore per la religione cristiana rispetto alle altre confessioni, attribuendo ad essa una ingiustificata posizione di privilegio”*. Cfr. Corte Costituzionale, Ordinanza 15 dicembre 2004 n. 389.

⁶¹² Così Tribunale dell'Aquila, Ordinanza 22 ottobre 2003.

Ne deriva, così, che, *“nell’ambito scolastico, la presenza del simbolo della croce induce nell’alunno ad una comprensione profondamente scorretta della dimensione culturale della espressione di fede, perché manifesta l’inequivoca volontà dello Stato, trattandosi di scuola pubblica – di porre il culto cattolico «al centro dell’universo, come verità assoluta, senza il minimo rispetto per il ruolo svolto dalle altre esperienze religiose e sociali nel processo storico dello sviluppo umano, trascurando completamente e loro inevitabili relazioni e i loro reciproci condizionamenti»*⁶¹³.

Di diverso avviso si è mostrata, però, la giurisprudenza successiva che ha ritenuto opportuno evidenziare che il crocifisso costituisce *“anche un simbolo storico – culturale, e di conseguenza dotato di una valenza identitaria riferita al nostro popolo”* cosicché *“esso indubbiamente rappresenta in qualche modo il percorso storico e culturale caratteristico del nostro Paese e in genere dell’Europa intera e ne costituisce un’efficace sintesi”*⁶¹⁴.

Così, *“come sarebbe riduttivo e semplicistico considerare – sia pure a determinati fini – la croce quale mero segno storico e culturale, altrettanto riduttivo sarebbe correlare automaticamente e acriticamente la qualificazione di tale simbolo quale religioso con il divieto di collocarlo in un’aula di una scuola pubblica, almeno senza prima approfondire la sua particolare incidenza sul concetto di laicità, giuridicamente e costituzionalmente garantito, che si intende preservare e difendere”*⁶¹⁵.

Ne deriva, in definitiva, che *“il crocifisso inteso come simbolo di una particolare storia, cultura e identità nazionale - elemento questo immediatamente percepibile - oltre che espressione di alcuni principi laici della comunità – il che richiede invece un ragionevole sforzo interpretativo - può essere legittimamente collocato nelle aule della scuola pubblica, in quanto non solo non contrastante ma addirittura affermativo e confermativo del principio della laicità dello Stato repubblicano”*⁶¹⁶.

Ciò accade perché il crocifisso assume in concreto un significato non discriminatorio sotto il profilo religioso, se esso è in grado di rappresentare e di richiamare in forma sintetica, immediatamente percepibile ed intuibile (al pari di ogni simbolo), valori civilmente rilevanti - e segnatamente quei valori che soggiacciono ed ispirano il nostro ordine costituzionale - fondamento del nostro convivere civile.

⁶¹³ Così Tribunale dell’Aquila, Ordinanza 22 ottobre 2003. Peraltro, sul presupposto della insussistenza di un potere discrezionale della P.A. circa il collocamento del crocifisso all’interno di aule scolastiche, il Tribunale dell’Aquila, in sede di cautela, ha condannato ad un *facere* specifico l’amministrazione scolastica (rimozione degli “arredi religiosi”), misura ritenuta asseritamente indispensabile per prevenire la (ulteriore) lesione di un diritto fondamentale.

⁶¹⁴ Così T.A.R. Veneto, sentenza 22 marzo 2005 n. 1110.

⁶¹⁵ Così T.A.R. Veneto, sentenza 22 marzo 2005 n. 1110.

⁶¹⁶ Così T.A.R. Veneto, sentenza 22 marzo 2005 n. 1110.

In tal senso il crocifisso può svolgere, anche in un orizzonte “laico”, diverso da quello religioso che gli è proprio, una funzione simbolica altamente educativa, a prescindere dalla religione professata⁶¹⁷.

Del resto, “come ad ogni simbolo, anche al crocifisso possono essere imposti o attribuiti significati diversi e contrastanti, oppure ne può venire negato il valore simbolico per trasformarlo in suppellettile, che può al massimo presentare un valore artistico. Non si può però pensare al crocifisso esposto nelle aule scolastiche come ad una suppellettile, oggetto di arredo, e neppure come ad un oggetto di culto; si deve pensare piuttosto come ad un simbolo idoneo ad esprimere l’elevato fondamento dei valori civili sopra richiamati, che sono poi i valori che delineano la laicità nell’attuale ordinamento dello Stato”⁶¹⁸.

In definitiva, “il crocifisso è atto ad esprimere, appunto in chiave simbolica ma in modo adeguato, l’origine religiosa dei valori di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell’autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione, che connotano la civiltà italiana”⁶¹⁹.

⁶¹⁷ In tal senso v. Consiglio di Stato, sentenza 13 febbraio 2006 n. 556..

⁶¹⁸ Così Consiglio di Stato, sentenza 13 febbraio 2006 n. 556. Secondo GLIOZZI, *La laicità e il Consiglio di Stato*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2006, 3, pp. 841 ss., “l’interpretazione del principio di laicità propugnata dal Consiglio di Stato è priva di ogni fondamento. Essa si basa non già su argomenti giuridici ma su una discutibile premessa teologica in virtù della quale il Consiglio ritiene di poter assegnare al crocifisso valori simbolici del tutto immaginari. Poiché se il crocifisso fosse un simbolo dei valori civili riassunti nel principio di laicità, se fosse quindi un simbolo anzitutto del valore della libertà religiosa, simboleggerebbe anche il diritto costituzionale di professare e propagandare l’ateismo. Perciò la sentenza del Consiglio di Stato è viziata da un travisamento dei fatti. Un vizio, questo, che in uno Stato laico pregiudica la legittimità non solo di qualunque pronuncia giudiziaria, ma anche degli atti amministrativi. In futuro dunque si presenteranno come atti amministrativi illegittimi per travisamento dei fatti tutte le decisioni delle autorità scolastiche che pretendessero di imporre l’esposizione del crocifisso sulla base delle motivazioni addotte dal Consiglio di Stato”.

⁶¹⁹ Così Consiglio di Stato, sentenza 13 febbraio 2006 n. 556. Per un approfondimento si rinvia ai contributi di LARICCIA, *Meglio la costituzione che una legge dello stato a garanzia dell’uguaglianza e delle libertà in materia religiosa*; LAGROTTO, *Brevi spunti di riflessione alla luce della decisione del Consiglio di Stato n. 556/2006 relativa alla presenza del crocifisso nelle aule scolastiche*; RIMOLI, *Ancora sulla laicità: ma la Corte non vuole salire sulla croce*; RIMOLI, *Laicità e multiculturalismo, ovvero dei nodi che giungono sempre al pettine*; LARICCIA, *Garanzie elimiti della giustizia italiana per l’attuazione del principio della laicità*; GALANTE, *Piccole note sul crocifisso nelle aule scolastiche*; BERTOLINI, *Principio di laicità ed attitudine dello Stato alla autonoma determinazione di sé*; DICOSIMO, *Scuole pubbliche e simboli religiosi*; RIMOLI, *Laicità e multiculturalismo, ovvero dei nodi che giungono sempre al pettine..*, maturati nell’ambito di un pubblico dibattito promosso dall’Associazione Italiana Costituzionalisti rinvenibile in www.associazionedei costituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html.

Da ultimo, la *querelle* ha varcato i confini nazionali per approdare innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁶²⁰ pronunciatisi, in ossequio al dettato dell'art. 9 della CEDU⁶²¹, nel senso di ritenere che non sia condivisibile l'opzione ermeneutica secondo la quale *“l'esposizione, nelle aule delle scuole pubbliche, di un simbolo che è ragionevole associare al cattolicesimo (la religione maggioritaria in Italia) possa servire al pluralismo educativo che è essenziale per la preservazione di una "società democratica"”*⁶²².

Orbene, sul presupposto secondo il quale *“le contrastanti esigenze religiose sono certamente una fonte di tensione e il ruolo delle autorità nazionali non è quello di rimuovere la causa di tensione eliminando il pluralismo, ma piuttosto di garantire che le persone ed i gruppi contrapposti si tollerino a vicenda”*⁶²³, il Governo italiano, proponendo gravame innanzi alla Grande Camera, ha evidenziato che *“imporre ad uno Stato di rimuovere il simbolo religioso che esiste già e la cui presenza è giustificata dalla tradizione del paese (senza che questo simbolo obblighi all'adesione di fede), implica un valore negativo contro ciò che rappresenta questo simbolo e viola – così - effettivamente la libertà religiosa”*⁶²⁴.

Del resto, *“il messaggio della croce è un messaggio umanista, che può essere letto indipendentemente dalla sua dimensione religiosa, composto da un insieme di principi e*

⁶²⁰ Ogni Stato contraente (nel caso di un ricorso inter-statale) o individuo che si ritenga vittima di una violazione della Convenzione (nel caso di un ricorso individuale) può inoltrare direttamente alla Corte di Strasburgo un ricorso che lamenti una violazione da parte di uno Stato contraente di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo. La procedura innanzi alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo è contraddittoria e pubblica. Le udienze sono pubbliche, a meno che la Camera/Grande Camera non decidano diversamente in virtù di circostanze eccezionali. Le memorie e gli altri documenti depositati presso la cancelleria della Corte dalle parti sono accessibili al pubblico. I ricorrenti individuali possono presentare da soli i ricorsi, ma la rappresentanza da parte di un avvocato è raccomandata e in ogni caso è richiesta per le udienze o una volta che il ricorso è stato dichiarato ricevibile. Il Consiglio d'Europa ha predisposto un sistema di assistenza giudiziaria per i ricorrenti le cui risorse finanziarie siano insufficienti. Le lingue ufficiali della Corte sono il francese e l'inglese, ma i ricorsi possono essere presentati in una delle altre lingue ufficiali degli Stati contraenti. Tuttavia, una volta che il ricorso sia stato dichiarato ricevibile, l'uso di una delle lingue ufficiali della Corte diviene obbligatorio, a meno che il presidente della Camera/Grande Camera non dia l'autorizzazione ad impiegare la lingua in cui è stato redatto il ricorso. In tal senso v. le note minime di procedure rinvenibili in http://www.coe.int/t/i/corte_europea_dei_diritti_dell'uomo/.

⁶²¹ Per un approfondimento v. PARISI, *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 della convenzione di roma. sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 3, pp. 1525 ss.

⁶²² La presenza del crocifisso, infatti, *“può facilmente essere interpretata da studenti di qualsiasi età come un segno religioso ed essi si sentiranno educati in un ambiente scolastico contrassegnato da una data religione. Ciò che può essere incoraggiante per alcuni studenti religiosi, può essere emotivamente perturbante per studenti di altre religioni o per coloro che non professano nessuna religione. Questo rischio è particolarmente presente tra gli studenti che appartengono a minoranze religiose. La libertà negativa non è limitata alla mancanza di servizi religiosi o di insegnamenti religiosi. Essa si estende alle pratiche e ai simboli che esprimono, in particolare o in generale, una credenza, una religione o l'ateismo. Questo diritto negativo merita una particolare protezione se è lo Stato che esprime una credenza e se la persona è messa in una situazione di cui non può liberarsi se non con degli sforzi e un sacrificio sproporzionati”*. Così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 3 novembre 2009, Ricorso n° 30814/06.

⁶²³ Così *Difesa del Governo italiano del 30/06/2010*, in www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/comunicazione/allegati/ricorso%20lautsi%20traduzione.doc

⁶²⁴ Così *Difesa del Governo italiano*, cit.

valori che costituiscono la base della nostra democrazia e della civiltà occidentale⁶²⁵. In realtà, non è un caso che la croce appaia nelle bandiere di diversi paesi europei: perché il simbolo della croce può essere visto come un simbolo di valori condivisi, anche con coloro che non vivono nella fede cristiana. La sua esposizione in un luogo pubblico, data la sensibilità media (l'unica riconosciuta dalla legge) ed il rispetto della tradizione locale non potrebbero mai essere di per sé violazione dei diritti e delle libertà altrui. Così, la croce non può essere intesa soltanto come un simbolo religioso, ma anche di identità. Esso rappresenta i valori alla base della società italiana⁶²⁶ e, come simbolo di identità, trova il suo giusto posto accanto ad altri simboli della stessa natura presenti anch'essi nelle scuole, come le bandiere nazionali o l'immagine del Capo dello Stato⁶²⁷.

Per tali ragioni si dubita, sostiene ancora la difesa italiana, che “la sola presenza sul muro di un simbolo potrebbe realmente incidere sulla libertà religiosa degli studenti e su quella dei suoi genitori in relazione all'educazione religiosa che intendono scegliere⁶²⁸. Infatti, la presenza di un segno non comporta l'obbligo per lo studente di seguire la religione di cui il segno è tipico, né di rivolgere lo sguardo o annettere una speciale importanza a questo oggetto collocato sulla parete⁶²⁹”.

Invero, pur riconoscendo che “the crucifix is above all a religious symbol⁶³⁰”, tuttavia “there is no evidence before the Court that the display of a religious symbol on classroom walls may

⁶²⁵ Dissente da tale ricostruzione MANCINI, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle corti*, in *Giur. Cost.*, 2009, 5, pp. 4055 ss., secondo cui “Una democrazia liberale costruita, almeno teoricamente, sugli ideali dell'Illuminismo non può imporre l'obbligo di affissione di un simbolo come il crocifisso senza neutralizzarne, o almeno attenuarne, il significato religioso. È dunque necessario un processo di disarticolazione semantica del crocifisso, che perde così il suo significato specificamente religioso per divenire un simbolo generico di civiltà e di cultura, atto ad essere utilizzato liberamente dallo stato per soddisfare le necessità della comunità politica. Un uso così apertamente strumentale della confessione di maggioranza appanna però definitivamente la linea di demarcazione tra laicità e religione. Da un lato, lo stato rinuncia a governare la sfera pubblica in armonia con i dettami della ragione pubblica; dall'altro, si ingenera un tasso inaccettabile di interferenza tra fede e ragione”.

⁶²⁶ Richiama la valenza storica del simbolo “crocifisso” T.A.R. Brescia Lombardia, sentenza 22 Maggio 2006. Per un approfondimento sul punto v. MENNILLO, *Il Crocifisso nelle scuole elementari pubbliche: libertà di insegnamento, "sovranità" del Consiglio di interclasse e laicità dello Stato*, in *Dir. Famiglia*, 2007, 2, pp. 637 ss.

⁶²⁷ Così *Difesa del Governo italiano*, cit.

⁶²⁸ Sottolinea LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 4, pp. 1921 ss. che “analizzare la sfera di libertà riconosciuta dall'ordinamento giuridico statale al minore d'età nel campo educativo e religioso è impresa molto interessante e, nello stesso tempo, complessa. Interessante, perché riguarda il segmento temporale della vita umana che segna in maniera indelebile l'identità e l'evoluzione personale del soggetto, condizionandone la sua stessa parabola esistenziale. Complessa, perché, di fronte ad un dato positivo spesso carente - e in alcuni casi del tutto assente - in materia, l'interprete è indotto a una pluralità di ricostruzioni esegetiche non sempre suffragate da convincenti argomentazioni e talvolta inadeguate a fornire risposte esaurienti e definitive”. Per un approfondimento sul concetto di educazione quale “missione” peculiare ed insostituibile dei genitori: il c.d. *bonum physicum et spirituale prolis* v. LO IACONO, *La tutela della personalità dei minori nell'ordinamento canonico tra il dovere dei genitori di fornire loro un'educazione "integrale" e l'esigenza di prevenire e reprimere i crimini sessuali commessi dai chierici*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 3, pp. 1382 ss.

⁶²⁹ Così *Difesa del Governo italiano*, cit.

⁶³⁰ Così *Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Sentenza n. 30841/2011, *Case of Lautsi and others v. Italy*.

*have an influence on pupils and so it cannot reasonably be asserted that it does or does not have an effect on young persons whose convictions are still in the process of being formed*⁶³¹ e ciò perchè *“a crucifix on a wall is an essentially passive symbol and this point is of importance in the Court's view, particularly having regard to the principle of neutrality. It cannot be deemed to have an influence on pupils comparable to that of didactic speech or participation in religious activities”*⁶³².

Così, *“it follows from the foregoing that, in deciding to keep crucifixes in the classrooms of the State school attended by the first applicant's children, the authorities acted within the limits of the margin of appreciation left to the respondent State in the context of its obligation to respect, in the exercise of the functions it assumes in relation to education and teaching, the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions”*⁶³³.

Infine, con riguardo proprio ai rapporti intercorrenti tra sviluppo armonioso della personalità dell'individuo, diritto/dovere all'educazione della prole da parte dei genitori⁶³⁴ e libertà di religione, emblematica appare la vicenda relativa al “caso giudiziario” (ed al conseguente dibattito sorto all'interno della società civile) relativo all'incidenza dell'insegnamento della

⁶³¹ Così Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sentenza n. 30841/2011, cit.

⁶³² Così Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sentenza n. 30841/2011, cit

⁶³³ Così Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sentenza n. 30841/2011, cit In particolare, *“la Corte ritiene inoltre che gli effetti della grande visibilità che la presenza del crocifisso attribuisce al cristianesimo nell'ambiente scolastico debbono essere ridimensionati alla luce di quanto segue: tale presenza non è associata a un insegnamento obbligatorio del cristianesimo; secondo il Governo lo spazio scolastico è aperto ad altre religioni (il fatto di portare simboli e di indossare tenute a connotazione religiosa non è proibito agli alunni, le pratiche relative alle religioni non maggioritarie sono prese in considerazione, è possibile organizzare l'insegnamento religioso facoltativo per tutte le religioni riconosciute, la fine del Ramadan è spesso festeggiata nelle scuole...); non sussistono elementi tali da indicare che le autorità siano intolleranti rispetto ad alunni appartenenti ad altre religioni, non credenti o detentori di convinzioni filosofiche che non si riferiscano a una religione. La Corte nota inoltre che i ricorrenti non si lamentano del fatto che la presenza del crocifisso in classe abbia implicato delle pratiche di insegnamento volte al proselitismo o che i figli della ricorrente siano stati confrontati a un insegnamento condizionato da tale presenza. Infine la Corte osserva che il diritto della ricorrente, in quanto genitrice, di spiegare e consigliare i suoi figli e di orientarli verso una direzione conforme alle proprie convinzioni filosofiche è rimasto intatto”*. Così, la Sintesi della pronuncia della Corte Europea in http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/contentzioso_europeo/grande_camera/sintesi_Lautsi_c_Italia_18032011.pdf

⁶³⁴ In termini generali va affermato il principio secondo il quale “il diritto fondamentale dei genitori di provvedere alla educazione ed alla formazione dei figli trova il necessario componimento con il principio di libertà dell'insegnamento dettato dall'art. 33 della Cost. e con quello di obbligatorietà dell'istruzione inferiore. E' pertanto ravvisabile un potere dell'amministrazione scolastica di svolgere la propria funzione istituzionale con scelte di programmi e di metodi didattici potenzialmente idonei ad interferire ed anche eventualmente contrastare con gli indirizzi educativi adottati dalla famiglia senza che alle opzioni didattiche così assunte sia opponibile un diritto di veto dei singoli genitori” Così Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili. Ordinanza 6 febbraio 2008, n. 2656.

religione cattolica⁶³⁵ nel calcolo dei crediti formativi degli studenti degli istituti di istruzione superiore secondaria⁶³⁶.

L'occasione si è rivelata fruttuosa per evidenziare alcuni significativi aspetti concernenti sia l'attuale consistenza del principio di effettività di tutela di posizioni giuridiche fondamentali azionate non tanto *uti singuli* bensì *uti cives* sia le perplessità di ordine assiologico concernenti l'individuazione di criteri certi di composizione di valori, parimenti rilevanti, tra di loro in conflitto.

Sotto il primo profilo, è stato efficacemente rilevato come l'interesse al ricorso, pur non essendo collegato ad un'immediata utilità di carattere strumentale o economico delle associazioni religiose e laiche ricorrenti, che lamentavano la violazione del principio di laicità e l'illegittima pretermissione della libertà di culto, (in quanto enti esponenziali di interessi collettivi correlati a siffatti valori), si radica, indiscutibilmente, *“in relazione alla richiesta di tutela di valori di carattere morale, spirituale e/o confessionale che – sia pure numericamente minoritari nella nostra società -- sono tutelati direttamente dalla*

⁶³⁵ Per la disamina di un profilo differente e cocernente il “peso” dell'esperienza maturata nell'insegnamento della religione cattolica in vista della stabilizzazione del personale docente v. *Consiglio Stato, sentenza 29 gennaio 2010, n. 388* secondo cui *“il percorso formativo, relativo all'insegnamento della religione cattolica, giustifica la pari dignità del relativo personale docente, rispetto a quello addetto ad altre discipline. Tuttavia, non è possibile razionalmente escludere una diversa valutazione dell'esperienza didattica in questione, in rapporto a normative eccezionali di favore, attraverso le quali l'Amministrazione intende agevolare l'immissione nei ruoli di personale precario, che sia stato reclutato e abbia svolto attività di insegnamento secondo le regole dettate dallo Stato, per finalità strettamente inerenti alla formazione culturale e scientifica degli studenti. Di conseguenza, l'esperienza didattica acquisita nell'insegnamento della religione non può essere ritenuta del tutto equivalente a quella maturata nell'insegnamento delle altre discipline, evidenziandosi in caso contrario violazione dei principi costituzionali di uguaglianza e buon andamento dell'Amministrazione”*.

⁶³⁶ Con gravame introitato innanzi al T.A.R. Lazio, la Consulta Romana per la Laicità delle Istituzioni, altre associazioni laiche e atee, altre istituzioni cristiane ed alcuni studenti iscritti all'ultimo anno di istruzione superiore che avevano scelto di non avvalersi né della religione cattolica, né di insegnamenti sostitutivi, hanno chiesto l'annullamento delle ordinanze relative alla disciplina dell'attribuzione dei crediti scolastici per gli esami di maturità per l'anno scolastico 2006-2007 nella parte in cui si prevedeva: *“che i docenti che svolgono insegnamento della religione cattolica partecipino a pieno titolo alle deliberazioni del consiglio di classe concernente l'attribuzione del credito scolastico agli alunni che si avvalgono di tale insegnamento; che analoga posizione completa, sia riconosciuta in sede di attribuzione del credito scolastico ai docenti delle attività didattiche formative alternative all'insegnamento della religione cattolica, limitatamente agli alunni che abbiano seguito le attività medesime (all'art. 8, punto 13); -- che l'attribuzione al punteggio, nell'ambito della banda di oscillazione, tenga conto, oltre che degli elementi di cui all'articolo 14 comma 2 del d.p.r. 323 del 23 luglio 1998, del giudizio formulato dai docenti di cui al precedente comma 13 riguardante l'interesse col quale l'alunno ha seguito l'insegnamento della religione cattolica ed il profitto che ne ha tratto; ovvero le altre attività, ivi compreso lo studio individuale, che si sia tradotto in un arricchimento culturale disciplinare specifico, purché certificato valutato alla scuola secondo modalità deliberate dalla istituzione medesima; -- che gli alunni che abbiano scelto di assentarsi dalla scuola per partecipare alle iniziative formative in ambito scolastico potessero far valere tali attività esclusivamente come crediti formativi soltanto in presenza dei requisiti previsti dal D. M. 49 del 24 febbraio 2000 (art. 8, punto 14)”*. Cfr. *T.A.R. Lazio, sentenza 17 luglio 2009 n. 7076*.

*Costituzione*⁶³⁷ e che quindi come tali non possono restare estranei all'alveo della tutela del giudice amministrativo⁶³⁸.

Dal punto di vista sostanziale, poi, è evidente che l'insegnamento di una religione, qualunque essa sia, (sia cattolica che di altri culti) non possa essere assimilata a qualsiasi altra attività intellettuale o educativa in senso tecnico del termine⁶³⁹.

Qualsiasi religione – per sua natura – non è, infatti, né un'attività culturale, né artistica, né ludica, né un'attività sportiva né un'attività lavorativa ma attiene all'essere più profondo della spiritualità dell'uomo ed a tale stregua va considerata a tutti gli effetti⁶⁴⁰.

Orbene, pur se, in passato, “è stato autorevolmente sottolineato che, nelle società contemporanee, senza i valori religiosi anche molti non credenti perdono punti di

⁶³⁷ Diversa consistenza assume, invece, la posizione rivestita dai genitori (ritenuta di mero fatto) degli alunni frequentati un istituto d'istruzione presso il quale un docente, durante le ore di lezione di sua competenza, aveva rimosso il crocefisso dalla parete dell'aula giustificando tale condotta dalla necessità di appendere alle pareti il materiale elaborato dagli studenti in relazione allo studio delle religioni. Sul punto cfr. *T.A.R. Brescia Lombardia, sentenza 22 Maggio 2006*.

⁶³⁸ Così *T.A.R. Lazio, sentenza 17 luglio 2009 n. 7076* che prosegue altresì precisando che “le associazioni sono legittimate a difendere in sede giurisdizionale gli interessi dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale o di fatto, quando si tratti della violazione di norme poste a tutela della categoria stessa, ovvero di perseguire il conseguimento di vantaggi, di carattere puramente strumentale, giuridicamente riferibili alla sfera della categoria (arg. ex Consiglio Stato, sez. V, 07 settembre 2007, n. 4692; Consiglio Stato, sez. VI, 01 luglio 2008, n. 3326). In sostanza nel caso in esame si rinviene: -) sia la “legittimatio ad causam” in senso stretto, cioè l'astratta riferibilità del rapporto giuridico processuale al soggetto che agisce, ricavata dal processo civile e quindi, la corrispondenza fra l'attore ed il destinatario della sentenza; -) sia la “legittimazione a ricorrere”, cioè l'interesse attuale e concreto all'annullamento dell'atto e quindi al ripristino dello status quo ante, connesso con la diretta lesione alla situazione giuridica sostanziale, qui conseguente al notevole rilievo complessivo dei crediti scolastici sull'importo del voto finale”. Ha precisato, poi, il giudice di seconde cure che “ai fini dell'ammissibilità ciò che rileva è solo la constatazione che sia le associazioni ricorrenti (che perseguono ideali laici o professano religioni diversa da quella cattolica), sia gli studenti che non si avvalgono né dell'insegnamento della religione, né dei corsi alternativi si trovino in una posizione differenziata rispetto al quisque de populo rispetto alla contestazione di un provvedimento che essi assumono lesivo della propria libertà religiosa, perché, secondo la loro tesi, collocherebbe l'insegnamento della religione cattolica su un piano di superiorità, interferendo con il diritto (riconosciuto dalla Corte costituzionale) di scegliere, senza condizionamenti, non avvalersi di tale né di tale insegnamento né di corsi alternativi. L'utilità che essi sperano di trarre dall'accoglimento del ricorso è quindi di carattere ideale, immateriale, ed è certamente utilità che deve trovare spazio in sede giurisdizionale perché collegata ad un valore fondamentale della Carta costituzionale, quale è, appunto, quello della libertà religiosa. L'ascrizione della libertà religiosa tra i diritti civili di rango costituzionale (art. 19 Cost.) ne assicura, in definitiva, la tutela avverso gli interventi potenzialmente limitatori di matrice amministrative”. Così *Consiglio di Stato, sentenza 7 maggio 2010, n. 2749*.

⁶³⁹ Per un approfondimento in merito alla complessità delle questioni concernenti il processo d'integrazione culturale all'interno degli istituti di istruzione dovuti alla presenza di alunni di origine multietnica v. *PARISI, Formazione civile e formazione religiosa: la questione delle "scuole di tendenza" e l'Islam*, in *Dir. Famiglia*, 2008, 3, pp. 1458, secondo cui “il processo di secolarizzazione, la moltiplicazione dei contatti tra le diverse culture favorita dal processo di globalizzazione, l'affermazione di progetti esistenziali alternativi rispetto al messaggio cristiano, la presenza nello spazio sociale di culture anche radicalmente diverse da quella occidentale hanno reso, con il passare del tempo, sempre più complessa la condivisione di valori omogenei e hanno imposto, anche nel mondo della scuola, una serie di problematiche legate al soddisfacimento di specifiche esigenze identitarie (esercizio del culto, rispetto delle tradizioni religiose, abitudini alimentari, forme rituali di abbigliamento)”.
Cfr. *T.A.R. Lazio, sentenza 17 luglio 2009 n. 7076*.

problemi concernenti l'integrazione
⁶⁴⁰ Cfr. *T.A.R. Lazio, sentenza 17 luglio 2009 n. 7076*.

riferimento”⁶⁴¹, in ogni caso la sfera religiosa concerne aspetti che coinvolgono la dignità (riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2 Cost.) dell'essere umano e spetta indifferentemente tanto ai credenti quanto ai non credenti, siano essi atei o agnostici⁶⁴².

Così, *“proprio per questa ragione, sul piano giuridico, un insegnamento di carattere etico e religioso, strettamente attinente alla fede individuale, non può assolutamente essere oggetto di una valutazione sul piano del profitto scolastico, proprio per il rischio di valutazioni di valore proporzionalmente ancorate alla misura della fede stessa”*⁶⁴³.

Il fatto, poi, che l'amministrazione scolastica raramente preveda percorsi alternativi per gli studenti che scelgano di non frequentare gli insegnamenti della religione cattolica comporta, in definitiva, che *“le famiglie laiche o degli alunni stranieri appartenenti ad altre confessioni siano di fatto costretti o ad accettare cinicamente e subdolamente l'insegnamento di una religione cui non credono ovvero a subire un'ulteriore discriminazione di carattere religioso, che si accompagna e si aggiunge spesso a quelle di carattere razziale, economico, linguistico e culturale. Il sistema complessivo, in essere in concreto, ha dunque l'effetto di indurre gli studenti a rinunciare alle scelte dettate dalla propria coscienza, garantita dalla Carta*

⁶⁴¹ Cfr. T.A.R. Lazio, sentenza 17 luglio 2009 n. 7076

⁶⁴² Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 1996, n. 334.

⁶⁴³ Cfr. T.A.R. Lazio, sentenza 17 luglio 2009 n. 7076 che prosegue precisando che *“sotto tale profilo è dunque evidente l'irragionevolezza dell'Ordinanza che, nel consentire l'attribuzione di vantaggi curricolari, inevitabilmente collega in concreto tale utilità alla misura della adesione ai valori dell'insegnamento cattolico impartito. Tal circostanza, del resto, concerne anche gli stessi alunni che hanno aderito all'insegnamento della religione con un consapevole convincimento, ma il cui profitto potrebbe essere condizionato da dubbi teologici sui misteri della propria Fede. Infatti, lo Stato, dopo avere sancito il postulato costituzionale dell'assoluta, inviolabile libertà di coscienza nelle questioni religiose, di professione e di pratica di qualsiasi culto “noto”, non può conferire ad una determinata confessione una posizione “dominante” -- e quindi un'indiscriminata tutela ed un'evidentissima netta poeriorità – violando il pluralismo ideologico e religioso che caratterizza indefettibilmente ogni ordinamento democratico moderno (Corte europea dir. uomo , 25 maggio 1993, n. 260). In una società democratica, al cui interno convivono differenti credenze religiose, certamente può essere considerata una violazione del principio del pluralismo il collegamento dell'insegnamento della religione con consistenti vantaggi sul piano del profitto scolastico e quindi con un'implicita promessa di vantaggi didattici, professionali ed in definitiva materiali”*

*Costituzionale e dell'articolo 9 del Concordato*⁶⁴⁴, in vista di un punteggio più vantaggioso nel credito scolastico”⁶⁴⁵.

Invero, in passato, la questione concernente la compatibilità con il dettato costituzionale della previsione dell'insegnamento della religione cattolica all'interno degli istituti di istruzione statali era stata più volte sottoposta all'attenzione della Consulta che, chiamata a risolvere le perplessità sorte, ha avuto modo di evidenziare che dal principio di non discriminazione consacrato all'interno della Carta del 1948 deriva che *“la previsione come obbligatoria di altra materia per i non avvalentisi sarebbe patente discriminazione a loro danno, perché proposta in luogo dell'insegnamento di religione cattolica, quasi corresse tra l'una e l'altro lo schema logico dell'obbligazione alternativa, quando dinanzi all'insegnamento di religione cattolica si è chiamati ad esercitare un diritto di libertà costituzionale non degradabile, nella sua serietà e impegnatività di coscienza, ad opzione tra equivalenti discipline scolastiche. Lo Stato è obbligato, in forza dell'Accordo con la Santa Sede, ad assicurare l'insegnamento di religione cattolica. Per gli studenti e per le loro famiglie esso è facoltativo: solo l'esercizio del diritto di avvalersene crea l'obbligo scolastico di frequentarlo. Per quanti decidano di*

⁶⁴⁴ Una compiuta disamina dell'art. 9 comma 2 l. n. 121/89 è contenuta in *Corte Costituzionale, sentenza 11-12 aprile 1989 n. 203* secondo cui *“nella prima proposizione (“La Repubblica italiana, riconoscendo il valore della cultura religiosa e tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, continuerà ad assicurare, nel quadro delle finalità della scuola, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado”) sono individuabili quattro dati significativi: 1) il riconoscimento del valore della cultura religiosa; 2) la considerazione dei principi del cattolicesimo come parte del patrimonio storico del popolo italiano; 3) la continuità di impegno dello Stato italiano nell'assicurare, come precedentemente all'Accordo, l'insegnamento di religione nelle scuole non universitarie; 4) l'inserimento di tale insegnamento nel quadro delle finalità della scuola.... La seconda proposizione dell'art. 9, numero 2, della legge n. 121 del 1985 (“Nel rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori, è garantito a ciascuno il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi di detto insegnamento”) è di gran lunga la più rilevante dal punto di vista costituzionale. Vi si richiama, in tema di insegnamento della religione cattolica, il rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori, che trovano tutela nella Costituzione della Repubblica rispettivamente agli artt. 19 e 30. Ma dinanzi ad un insegnamento di una religione positiva impartito “in conformità alla dottrina della Chiesa”, secondo il disposto del punto 5, lettera a), del Protocollo addizionale, lo Stato laico ha il dovere di salvaguardare che non ne risultino limitate la libertà di cui all'art. 19 della Costituzione e la responsabilità educativa dei genitori di cui all'art. 30. Torna qui la logica strumentale propria dello Stato-comunità che accoglie e garantisce l'autodeterminazione dei cittadini, mediante il riconoscimento di un diritto soggettivo di scelta se avvalersi o non avvalersi del predisposto insegnamento della religione cattolica”*. Invero, secondo T.A.R. Brescia Lombardia, sentenza 22 Maggio 2006 *“Occorre peraltro considerare che lo stesso accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede all'art. 9 punto 2 contiene un significativo riconoscimento del valore storico della religione maggioritariamente praticata nel territorio nazionale (la Repubblica italiana, riconoscendo il valore della cultura religiosa e tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano ...). Questo riconoscimento giustifica l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, ma può essere utilizzato anche come criterio per regolare quelle situazioni in cui la visibilità dei simboli religiosi all'interno degli edifici scolastici (e pubblici in genere) fa parte di consuetudini radicate. A tali consuetudini può essere data rilevanza finché sono condivise da quanti utilizzano gli edifici pubblici, includendo nel numero non solo i funzionari ma anche i cittadini che abbiano un qualche collegamento con l'attività svolta all'interno dei suddetti edifici. L'estensione dei soggetti interessati vale in modo particolare nel settore della scuola, dove gli studenti e i loro genitori non sono semplici fruitori di un servizio ma componenti della comunità scolastica (art. 3 del Dlgs. 297/1994)”*.

⁶⁴⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, sentenza 17 luglio 2009 n. 7076. Tale preoccupazione è ben presente anche in Consiglio di Stato, sentenza 7 maggio 2010, n. 2749.

non avvalersene l'alternativa è uno stato di non-obbligo. La previsione infatti di altro insegnamento obbligatorio verrebbe a costituire condizionamento per quella interrogazione della coscienza, che deve essere conservata attenta al suo unico oggetto: l'esercizio della libertà costituzionale di religione”⁶⁴⁶.

Ne deriva che “il valore finalistico dello <<stato di non obbligo>>, è di non rendere equivalenti e alternativi l'insegnamento di religione cattolica ed altro impegno scolastico, per non condizionare dall'esterno della coscienza individuale l'esercizio di una libertà costituzionale, come quella religiosa, coinvolgente l'interiorità della persona. Non è pertanto da vedere nel minore impegno o addirittura nel disimpegno scolastico dei non avvalentisi una causa di disincentivo per le future scelte degli avvalentisi, dato che le famiglie e gli studenti che scelgono l'insegnamento di religione cattolica hanno motivazioni di tale serietà da non essere scalfite dall'offerta di opzioni diverse. Va anzi ribadito che dinanzi alla proposta dello Stato alla comunità dei cittadini di fare impartire nelle proprie scuole l'insegnamento di religione cattolica, l'alternativa è tra un sì e un no, tra una scelta positiva ed una negativa: di avvalersene o di non avvalersene. A questo punto la libertà di religione è garantita: il suo esercizio si traduce, sotto il profilo considerato, in quella risposta affermativa o negativa. E le varie forme di impegno scolastico presentate alla libera scelta dei non avvalentisi non hanno più alcun rapporto con la libertà di religione. Lo <<stato di non-obbligo>> vale dunque a separare il momento dell'interrogazione di coscienza sulla scelta di libertà di religione o dalla religione, da quello delle libere richieste individuali alla organizzazione scolastica”⁶⁴⁷.

Sulla scorta di tali premesse, di recente, la giurisprudenza amministrativa è nuovamente tornata ad occuparsi della legittimità delle ordinanze ministeriali concernenti il computo dei crediti, correlati all'insegnamento della religione cattolica, ai fini dell'ammissione agli esami di maturità (in uno con la correlata partecipazione degli insegnanti di religione cattolica agli scrutini) giungendo a conclusioni opposte a quelle cui era pervenuto il giudice amministrativo di prime cure.

Non si può affermare, infatti, che la valorizzazione dell'insegnamento della religione cattolica nel quadro del computo dei crediti formativi maturati dagli studenti vada ad “interferire con lo “stato di non obbligo”, condizionando la libertà di scelta di coloro che non decidono di non seguire alcuna attività alternativa, o discriminandoli in sede di giudizio scolastico. Non esiste al contrario alcun condizionamento, né alcuna discriminazione. Non esiste condizionamento, perché... si può certamente affermare che le famiglie e gli studenti che

⁶⁴⁶ Così Corte Costituzionale, sentenza 11-12 aprile 1989 n. 203.

⁶⁴⁷ Così Corte Costituzionale, sentenza 14 gennaio 1991 n. 13.

scelgono di non avvalersi dell'ora di religione e di non seguire alcuna attività formativa hanno motivazioni di tale serietà da non essere scalfite dal fatto che l'insegnante di religione (o l'insegnante di corsi alternativi) partecipi alle deliberazioni del consiglio di classe concernenti l'attribuzione del credito scolastico. Una scelta legata a valori così profondi, come quelli che vengono qui in esame, non può essere condizionata da valutazioni di stampo più marcatamente utilitaristico, legate al fatto che optando per l'insegnamento della religione si potrebbe avere un vantaggio (peraltro eventuale e di minima portata) in termini di valutazione del rendimento scolastico. E' senz'altro da escludere, insomma, che una valutazione così importante e profonda possa dipendere dalla mera possibilità di avere un vantaggio in sede di attribuzione del credito scolastico⁶⁴⁸. Vantaggio che, fra l'altro, è del tutto eventuale, sia perché, lo studente non avvalentesi che sia comunque meritevole in tutte le altre materie può raggiungere il massimo punteggio in sede di credito scolastico, sia perché il giudizio dell'insegnante di religione (o del corso complementare) potrebbe essere anche negativo (e quindi incidere negativamente credito scolastico). Del resto, afferma ancora la Corte costituzionale, l'insegnamento della religione è facoltativo solo nel senso che di esso si ci può non avvalere, ma una volta esercitato il diritto di avvalersi diviene un insegnamento obbligatorio. Nasce cioè l'obbligo scolastico di seguirlo, ed è allora ragionevole che il titolare di quell'insegnamento (a quel punto divenuto obbligatorio) possa partecipare alla valutazione sull'adempimento dell'obbligo scolastico. Le stesse considerazioni valgono per gli insegnamenti alternativi che, una volta scelti, diventano insegnamenti obbligatori. Insomma tutte l'attività scolastiche dell'alunno deve essere valutata ai fini del credito scolastico, che esprime appunto un punteggio per la carriera scolastica complessiva, ivi inclusa la condotta e il posto in essere e il profitto raggiunto nell'ambito di quei corsi che, originariamente facoltativi, diventano obbligatori in seguito alla scelta fatta.

⁶⁴⁸ "L'esperienza religiosa rappresenta uno dei fattori che può incidere maggiormente nel processo di crescita del minore e di costruzione della sua stessa personalità. I valori religiosi, infatti, sono in grado di investire le aree più "sensibili" della personalità (in fase evolutiva) del minore; sono in grado di penetrare nel sacrario della coscienza individuale del soggetto, influenzandone sia i convincimenti interiori, sia i comportamenti esteriori. Il sentimento religioso, ove vissuto con profondità d'animo, plasma la persona nella sua integralità, ne permea il percorso esistenziale così come il profilo relazionale, e ne può favorire (o, in certi casi, ostacolare) il pensiero e l'azione, il modo d'essere e il modo di agire. L'adesione ad una credenza religiosa incide particolarmente nello sviluppo del minore d'età - e, particolarmente, nella conquista di un equilibrio e di una sicurezza personale - in quanto può significativamente orientare (o condizionare) il suo progressivo e necessario cammino di apertura verso le vicende della vita e le dinamiche del mondo. Il carattere "sensibile" della libertà religiosa è ulteriormente avvalorato dal fatto che, ove i genitori siano "credenti", tendono ad inserire nel progetto educativo rivolto ai loro figli anche valori di natura religiosa; tendono cioè a trasmettere alla prole un'educazione basata - soprattutto - su riferimenti valoriali di carattere religioso. E impartire un'educazione familiare di tipo religioso non rappresenta soltanto una prerogativa riconosciuta ai genitori a livello costituzionale (artt. 2, 19 e 30 Cost.), ma rappresenta anche, in alcuni casi, un preciso dovere giuridico e morale, prescritto - siccome vincolante e obbligatorio - da specifiche norme confessionali". Così LILLO, op. cit., 1930 ss.

Se si parte dal presupposto (non seriamente dubitabile alla luce proprio delle sentenze costituzionali) secondo cui l'insegnamento della religione (o di altro corso alternativo) diviene obbligatorio dopo che è stata effettuata la scelta, allora non si vede la ragione per la quale la valutazione dell'interesse e del profitto con il quale l'alunno ha seguito l'insegnamento della religione non debba essere valutato. Non vi è neanche alcuna discriminazione a carico dei non avvalentisi che non optano per insegnamenti alternativi, in quanto questi hanno le stesse possibilità di raggiungere il massimo punteggio in sede di attribuzione del credito scolastico rispetto agli studenti che seguono l'ora di religione o gli insegnamenti alternativi”⁶⁴⁹.

3. Conclusioni

Riconoscere e garantire la libertà di culto significa consentire la libera esplicazione della personalità di ciascuno ed il compiuto processo di maturazione della persona in assenza di condizionamenti eterodiretti capaci di annullare (*rectius*: annichilire) la più intima essenza dell'individuo.

Riconoscere e garantire la libertà di coscienza (circa la natura trascendente dell'uomo) significa, poi, assicurare l'effettività del diritto all'autodeterminazione della persona riguardo ai valori di fondo che orientano l'esistenza di ciascuno.

Per tali ragioni, libertà di culto e di coscienza sono sinonimo di civiltà.

Naturalmente, alla stregua di qualunque posizione di libertà fondamentale e/o inviolabile, esse non sono certo espressione di “anarchia dei valori” ma il loro concreto esplicarsi va necessariamente conformato ai principi supremi dell'ordinamento⁶⁵⁰ (posti a garanzia delle diverse libertà di ciascuno) secondo buon senso e ragionevolezza, parametri questi che, pur non essendo formalmente codificati, (essendo maturati più che altro in sede pretoria), ciononostante rappresentano i criteri di fondo che orientano “l'arte” del bilanciamento tra diritti parimenti rilevanti e, occasionalmente, tra di loro in conflitto.

⁶⁴⁹ Così Consiglio di Stato, sentenza 7 maggio 2010, n. 2749.

⁶⁵⁰ Invero, se la lesione dei diritti fondamentali dell'individuo ben può autorizzare, sussistendone i presupposti, il ricorso al rimedio dell'autotutela, suscettivo di tradursi in comportamenti che, altrimenti, sarebbero in sé illegittimi (o addirittura illeciti), nessun rilievo scriminante può essere riconosciuto al potenziale pregiudizio arrecato a posizioni soggettive aventi la consistenza di meri interessi diffusi e/o collettivi, (ancorché occasionalmente connessi a diritti di libertà) difettando, all'uopo, salvo i casi espressamente previsti dalla legge, un inequivoco titolo di legittimazione. Per un approfondimento sul punto v. Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza 14 marzo 2011 n. 5924 in merito alla conferma della sanzione disciplinare inflitta in capo ad un magistrato ritenuto responsabile di aver ingiustificatamente omesso di esercitare lo *ius dicere* motivando il diniego a causa della presenza, nelle aule giudiziarie in genere (e non solo in quella in cui avrebbe dovuto tenere udienza), del crocifisso, asseritamene fonte di pregiudizio del fondamentale diritto soggettivo di libertà religiosa e di opinione.

IV SEZIONE

NOTE MINIME IN TEMA DI POTESTÀ AMMINISTRATIVA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI ALL'INTERNO DELLE AULE GIUDIZIARIE: PROFILI SOSTANZIALI E DI GIURISDIZIONE CON PARTICOLARE RIGUARDO AL DIRITTO ALLA SALUTE

1. Premesse 2. Potestà amministrativa, discrezionalità, modalità e tecniche di composizione del controverso rapporto tra interesse pubblico e diritti fondamentali. 3. L'effettività del diritto alla salute dalla difesa dell'integrità psicofisica dell'individuo alla pretesa alla somministrazione delle cure: profili sostanziali e di giurisdizione. 3.1 La doppia anima del diritto alla salute tra autodeterminazione del singolo e diritto alla somministrazione delle cure. 3.2 Potestà amministrativa ed organizzazione del servizio sanitario: profili sostanziali e di giurisdizione. 3.3 Potestà amministrativa e giudizio di indispensabilità terapeutica concernente la somministrazione di farmaci ovvero la sottoposizione a pratiche mediche: profili sostanziali e di giurisdizione. 4. Salubrità dell'ambiente e diritto alla salute dei cittadini: profili sostanziali e di giurisdizione.

1. Premesse

Com'è noto, i diritti fondamentali della persona, così come positivizzati all'interno della Carta Costituzionale, rappresentano un patrimonio assiologico inestimabile perché espressione dell'*idem sentire* di una collettività consapevole dell'intangibilità dei diritti inalienabili dell'uomo da parte del potere sovrano⁶⁵¹ deputato, viceversa, a garantire la loro più ampia tutela e promozione.

I diritti fondamentali costituiscono, cioè, la tavola di proiezione di un ordinamento giuridico, specchio fedele del grado di civiltà maturata all'interno di una data comunità storicamente determinata⁶⁵².

Il tipo e l'intensità delle forme e degli strumenti di salvaguardia dei diritti inalienabili dell'individuo sono direttamente correlati, infatti, al particolare rapporto intercorrente tra due

⁶⁵¹ Invero, secondo PALOMBELLA, *Diritti fondamentali, cit.*, "I diritti di libertà, verso lo Stato, non sono veramente identificabili anche quali diritti "contro" lo Stato, come invece altrettanto tradizionalmente e quasi universalmente si dice. Ciò per la ragione che essi non sempre comportano solo o essenzialmente obblighi generali di astensione, e che dal punto di vista teleologico non sempre lo Stato è il vero o l'unico antagonista. Anzi, la ragione per istituire poteri pubblici non è certamente quella di imporre loro il rispetto dei nostri diritti di libertà, ma caso mai di proteggere e sostenere questi diritti: il che implica una serie di attività positive".

⁶⁵² Cfr. D'ALOIA, *Introduzione*, in D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. XXII

elementi fondanti lo Stato di diritto; è dal binomio autorità/libertà, infatti, (*rectius*: dal suo concreto atteggiarsi secondo multiformi tecniche di bilanciamento e commisurazione) che ben può desumersi quale sia l'effettiva consistenza del valore riconosciuto alla persona all'interno di un ordinamento giuridico positivizzato.

Invero, al pari di qualunque norma giuridica, nel quadro di un ordinamento di ispirazione marcatamente democratica, la reale attitudine dei diritti inviolabili dell'individuo⁶⁵³, così come consacrati all'interno di disposizioni formali, a conformare la condotta dei consociati (e dello Stato-Comunità nel suo complesso) si misura attraverso il grado di effettività proprio del precetto all'interno del quale vengono enunciati i diritti di libertà.

Al contempo, però, pur se riconosciuta a livello teorico l'invulnerabilità di determinate posizioni giuridiche soggettive, espressione di relevantissimi interessi umani, il semplice spontaneo rispetto del precetto da parte della generalità degli individui non appare di per sé solo sufficiente a garantirne reale ed incondizionata tutela.

È compito dello Stato, infatti, in ossequio al contratto sociale idealmente stipulato con i propri cittadini, predisporre misure e tecniche di salvaguardia adeguate la cui attivazione ben possa preservare la consistenza dei valori sottesi ai diritti fondamentali della persona.

Ne deriva una costante tensione tra la naturale ottemperanza alle prescrizioni formalmente dettate e la perimetrazione dei limiti di intervento dello Stato in vista della prevenzione (ovvero della repressione cui si accompagna, se possibile, il ripristino dello *status quo ante*) di possibili fonti di pregiudizio.

Al contempo, però, è compito precipuo del potere sovrano non solo limitarsi a difendere, (staticamente), da potenziali lesioni, posizioni giuridiche soggettive consolidate, bensì attivare, sotto il profilo dinamico, meccanismi di promozione, in positivo, dei diritti fondamentali di modo da contribuire ad arricchirne la consistenza.

Naturalmente, multiforme e cangiante nel tempo rileva il sistema di protezione, positivizzato all'interno dell'ordinamento, in ragione della assoluta eterogeneità dei diritti inviolabili dell'individuo che, chiaramente, giammai possono essere racchiusi, in via definitiva, all'interno di un catalogo immodificabile, ma, al contrario, appaiono contraddistinti da un naturale processo evolutivo, chiara espressione del particolare percorso culturale, ideologico ed assiologico proprio di una data comunità.

⁶⁵³ “Il riconoscimento dei diritti inviolabili è il frutto del costituzionalismo moderno che ha proceduto alla formulazione di un catalogo di diritti affermando la concezione dell'anteriorità logica e della preesistenza dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto a ogni potere costituito. Le costituzioni moderne hanno, in particolare, proceduto a strutturazioni di valori e le libertà, ovvero i diritti, sono stati commisurati e relativizzati rispetto a predeterminati valori pubblici o sociali”. Così MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 02, 388.

In tal senso, se, in prima battuta, a fronte delle c.d. libertà negative, si assiste ad una mera istanza di astensione dall'ingerenza all'interno della sfera giuridica dell'individuo⁶⁵⁴, riguardo ai diritti c.d. sociali⁶⁵⁵, per contro, si richiede la predisposizione di azioni positive volte ad implementarne il contenuto o, più semplicemente, a renderne effettivo l'esercizio⁶⁵⁶.

Naturalmente, però, i diritti non possono vivere autonomamente senza un'autorità che li riconosca, moderi, distribuisca e protegga⁶⁵⁷ mediante la predisposizione di adeguati strumenti di tutela e valorizzazione sulla cui certezza il cittadino possa sempre contare.

Orbene, se, da un lato, garantire appunto l'effettività dei diritti fondamentali del cittadino (*rectius*: dell'individuo) costituisce compito precipuo dello Stato-Apparato mediante la diretta predisposizione di rimedi giuridici adeguati allo scopo, (che possano davvero assicurare la fruizione delle prestazioni correlate alle posizioni di libertà positive di volta in volta rilevanti), al contempo, a fronte della possibile inerzia del pubblico potere, chiaramente pregiudizievole di interessi umani contraddistinti da una particolare valenza, è necessario apprestare adeguati strumenti di tutela (giudiziaria) che, in via suppletiva, possano soddisfare pienamente le pretese avanzate dal cittadino.

⁶⁵⁴ Invero, l'enumerazione, più o meno dettagliata, dei diritti inalienabili dell'individuo all'interno di documenti costituzionali non è di per sé sinonimo di effettività; ed infatti, *"i diritti debbono essere non solo codificati, ma anche convalidati dalla cultura giuridica e politica di un determinato paese"*. Così ROLLA, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2010, p. 7.

⁶⁵⁵ Per un approfondimento sulla categoria dogmatica dei diritti sociali v. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., 1989, 1 ss e MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, (voce), in *Enc. Dir.*, XII vol., 1964, 802 ss. Per una disamina sulla correlazione tra diritti sociali e libertà negative v. POGGIO, *Il rapporto tra difesa dei diritti sociali e tutela della libertà di (1-4) iniziativa economica alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 04, 1030 ss. Sottolinea PRINCIPATO, *I diritti sociali*, cit., 896, che *"fra le due categorie di diritti esiste [...] un'implicazione reciproca: la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali dello Stato possano essere oggetto di diritti individuali; la garanzia dei diritti sociali è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche"*. Più propriamente, *"le "libertà sociali" (o se si vuole i diritti sociali di libertà o di autonomia) condividono, con le libertà civili ed economiche, la fondamentale caratteristica strutturale di attribuire, ai rispettivi beneficiari, una sfera di agere licere, tale per cui il loro "svolgimento, una volta che siano stat[e] effettivamente garantit[e], dipende innanzitutto da comportamenti o condotte del titolare"*. Così GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 2-3, 365.

⁶⁵⁶ *"Per negare l'eguale dignità dei diritti di libertà e dei diritti sociali la dottrina si è in genere avvalsa di due argomenti. L'uno faceva capo alla tesi del diverso valore dei principi su cui poggiavano le due categorie dei diritti: mentre la prima si radicava sul principio di libertà, la seconda era fondata su quello di uguaglianza, immediatamente destinato ad essere subordinato e cedevole al primo, in uno Stato liberale di diritto. L'altro argomento si appellava all'origine storico-politica dello Stato di diritto: nato come mero servitore della società, gli sarebbe stato precluso qualunque intervento sul suo funzionamento che potesse interferire con il libero commercio (giuridico) tra gli attori sociali. È proprio questo, invece, sarebbe avvenuto se tra i suoi compiti fosse stata inserita la difesa dei diritti sociali vantati (meglio, reclamati) dai soggetti più deboli"*. Così LUCIANI, *Diritto alla Salute – Dir. Cost.* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII vol, 1991, 2. Invero, *"diritti fondamentali e diritti sociali, in altri termini, operano su piani differenti: costituzionale, i primi, concorrendo alla determinazione della forma di Stato; amministrativo, i secondi, poiché proprio attraverso «l'amministrazione lo stato sociale ha trovato accesso alla scienza del diritto pubblico»"*. Così PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 02, 886.

⁶⁵⁷ In tal senso PRISCO, *Ruolo e prospettive del difensore civico*, in D'ALOIA, (a cura di), *op. cit.*, p. 238.

Quali siano tali strumenti e in che termini possa l'esercizio dello *ius dicere* svolgere una funzione di supplenza a fronte dell'ingiustificata inerzia nell'attuazione del dettato costituzionale da parte sia del Legislatore che del Potere Esecutivo costituisce, invero, un problema ancor oggi non chiaramente risolto e che, pertanto, merita il giusto approfondimento.

2. Potestà amministrativa, discrezionalità, modalità e tecniche di composizione del controverso rapporto tra interesse pubblico e diritti fondamentali.

In ossequio al principio di legalità⁶⁵⁸, la P.A. persegue i fini determinati dall'ordinamento mediante la spendita di poteri pubblicistici il cui concreto esercizio ben può incidere, sia in senso ampliativo che, per converso, sacrificativo, sulle posizioni giuridiche soggettive vantate dai privati in vista del perseguimento del pubblico interesse alla cui tutela e promozione l'apparato amministrativo risulta essere istituzionalmente preordinato.

Si suole affermare, cioè, che l'*agere* della P.A. sia teleologicamente orientato nel senso del soddisfacimento del pubblico interesse in ragione della cui salvaguardia l'ordinamento conferisce la titolarità di potestà pubblicistiche e l'attitudine del loro concreto esercizio ad incidere, eventualmente, se necessario, pregiudicandone la consistenza, sugli interessi pubblici (secondari) e/o privati rilevanti in ordine ad una data fattispecie.

I limiti entro cui perimetrare l'azione amministrativa, legalmente statuiti, conformano il concreto esercizio del pubblico potere conferendo, a seconda dei casi, in base ad una scelta di fondo riservata appunto alla legge, un più o meno significativo margine di discrezionalità coniugata, nelle sue diverse accezioni, nei termini di discrezionalità amministrativa c.d. pura, discrezionalità tecnica e discrezionalità c.d. mista⁶⁵⁹.

Orbene, com'è noto, la discrezionalità amministrativa c.d. pura si muove entro un giudizio di natura assiologica che si traduce nella potestà di apprezzamento, commisurazione, temperamento e bilanciamento dei diversi interessi (pubblici e/o privati) eventualmente

⁶⁵⁸ Inteso nella sua accezione formale, il principio di legalità esige che l'attribuzione del potere alla pubblica amministrazione trovi il suo fondamento - e quindi il suo limite - in una norma di rango primario la cui violazione comporta l'illegittimità dell'azione amministrativa. *“Diversamente interpretato nel suo significato sostanziale, esso richiede che l'intervento del legislatore sia diretto a determinare in concreto i presupposti, le modalità e le condizioni in presenza dei quali possano essere limitati da parte della pubblica autorità i diritti e le libertà dei singoli individui. Il principio di legalità rappresenta, dunque, un limite al potere esecutivo nell'esercizio della sua funzione amministrativa.”* Così e per un approfondimento v. CASALENA .P.G., *Riserva di legge*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica, Vol. XIII*, Milano, 2007, p.610. Sul punto v. anche CARLASSARE L., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani, XX Vol.*, 1990 e FOIS S., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur., XXIII Vol.*, 1973, pp. 659 ss.

⁶⁵⁹ Per un'ampia disamina si rinvia a CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo, Tomo II*, Milano, 2005, 1207 ss. e GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 755 ss.

compresenti in relazione ad una data fattispecie⁶⁶⁰ e capaci di interferire o, comunque, interagire, a vario titolo, con l'interesse pubblico primario direttamente perseguito dalla P.A. agente⁶⁶¹.

In tal contesto, adeguato l'esercizio, in concreto, delle potestà pubblicistiche, di volta in volta conferite dalla legge, ai tradizionali canoni di imparzialità⁶⁶², ragionevolezza⁶⁶³, proporzionalità⁶⁶⁴, precauzione⁶⁶⁵, legittimo affidamento⁶⁶⁶, buon andamento⁶⁶⁷, pubblicità⁶⁶⁸,

⁶⁶⁰ “Nelle controversie in cui si configura una contrapposizione tra due diritti, aventi entrambi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il cd. criterio di "gerarchia mobile", dovendo il giudice procedere di volta in volta, ed in considerazione dello specifico "thema decidendum", all'individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di un'equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico”. Così Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 05 agosto 20101, n. 18297.

⁶⁶¹ “La discrezionalità amministrativa consiste in «una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie». La discrezionalità, dunque, può essere considerata come la ponderazione comparativa tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari, siano essi pubblici, collettivi o privati. È evidente che, in tal modo, la decisione della pubblica amministrazione si attegga ad attività di scelta tra diverse possibili soluzioni, ma sempre tenendo ben presente gli schemi che impongono il perseguimento dell'interesse primario, che è naturalmente in questo caso sempre pubblico”. Così CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Giur. Merito*, 2010, 05, 1412.

⁶⁶² Cfr., *ex multis*, in materia di appalti, Consiglio Stato, sez. III, 25/08/2011, n. 4809; Consiglio Stato, sez. V, 25 agosto 2011, n. 4806; Consiglio Stato, sez. V, sentenza 05 agosto 2011, n. 4713; Consiglio Stato a. plen., sentenza 28 luglio 2011, n. 13. Per un approfondimento sul rapporto tra imparzialità della P.A. e parità di genere v., poi, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, sentenza 25 luglio 2011, n. 6673. Per una casistica concernete l'applicazione del principio di imparzialità in materia di concorsi pubblici v., *ex multis*, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, sentenza 06 giugno 2011, n. 5028; Consiglio Stato, sez. V, sentenza 12 maggio 2011, n. 2826; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, sentenza 01 aprile 2011, n. 2881; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, sentenza 01 aprile 2011, n. 1907.

⁶⁶³ Per un'applicazione concreta del canone di ragionevolezza v., *ex multis*, Corte costituzionale, 25/07/2011, n. 242; Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2011, n. 232; Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 30 giugno 2011, n. 3891; T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, sentenza 16 giugno 2011, n. 626.

⁶⁶⁴ “In applicazione del principio di proporzionalità dell'attività amministrativa, le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi sia con atti amministrativi, restrizioni alla libertà del cittadino in misura superiore, vale a dire sproporzionata, rispetto a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare. La proporzionalità e adeguatezza dell'attività amministrativa costituiscono un parametro e una misura della legittimità stessa dell'operato dell'amministrazione. Invero, qualora la p.a., pur agendo nell'ambito astratto dei poteri conferiti, sacrifichi in concreto un interesse del privato in modo eccessivo rispetto all'interesse pubblico perseguito, può essere sanzionata con l'annullamento dell'atto amministrativo stesso”. Così T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 24 giugno 2011, n. 399.

⁶⁶⁵ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 31 agosto 2010, n. 5145; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, sentenza 23 gennaio 2003, n. 260; Tribunale I grado C.E., sez. II, sentenza 19 novembre 2009; Corte giustizia C.E., sentenza 14 luglio 1998, causa C-248/95; id. 3 dicembre 1998, causa C-67/97, Bluhme; Corte giustizia C.E., sez. IV, sentenza 4 marzo 2010, n. 297; Corte giustizia CE, sez. II, sentenza 22 dicembre 2010, n. 77; T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, sentenza 08 luglio 2010, n. 171.

⁶⁶⁶ Cfr., *ex multis*, Corte costituzionale, sentenza 25 luglio 2011, n. 243; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, sentenza 22 giugno 2011, n. 3297; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, sentenza 08 giugno 2011, n. 842; Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 27 aprile 2011, n. 2491; Consiglio Stato, sez. V, sentenza 20 aprile 2011, n. 2446; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, sentenza 15 febbraio 2011, n. 389.

⁶⁶⁷ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, sentenza 25 luglio 2011, n. 6673; T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, sentenza 09 luglio 2011, n. 749; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, sentenza 07 luglio 2011, n. 387; Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 30 giugno 2011, n. 3902; Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 30 giugno 2011, n. 3882; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, sentenza 20/ giugno 2011, n. 907. Per un approfondimento v., inoltre,

partecipazione⁶⁶⁹, responsabilità⁶⁷⁰, è compito del legislatore perimetrare i confini entro cui poter effettuare quel giudizio di bilanciamento attribuito tipico della potestà amministrativa discrezionale.

Così, tradizionalmente, la discrezionalità può investire l'*an* (se adottare o meno un provvedimento amministrativo e, quindi, di conseguenza, concretamente disporre circa il pubblico interesse ad esso sotteso), il *quando* (modulare, cioè, temporalmente l'esercizio del pubblico potere), il *quid* (determinare, in concreto, il contenuto del provvedimento e, quindi, effettuare una scelta in ordine all'effettiva consistenza del pubblico interesse sotteso) e, infine, il *quomodo* (profilo, quest'ultimo, afferente alla procedimentalizzazione dell'esercizio di pubbliche potestà)⁶⁷¹.

Variamente, a seconda dei casi, (ed in vista di particolari finalità), il Legislatore ben può circoscrivere la discrezionalità entro specifici confini, disponendo, ad esempio, che l'azione amministrativa sia vincolata in ordine all'*an* (al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge, cioè, l'amministrazione è chiamata, di necessità, ad esercitare il potere conferito) ma non anche ad esempio con riferimento al *quid* (potendo, cioè, la P.A. modulare variamente il contenuto dispositivo del provvedimento emanato); specularmente, potrebbe essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento in ordine all'*an* (potendo cioè l'amministrazione di volta in volta soppesare l'opportunità di esercitare o meno un certo potere al ricorrere di determinati presupposti) a cui, però, opporre stretti vincoli in ordine al *quid* (l'amministrazione è, cioè, tendenzialmente libera di esercitare o meno il potere ma laddove si persuada nel senso di far uso delle potestà legalmente conferite non può che conformare il potere esercitato al contenuto *ex lege* imposto).

Più in generale, si osserva, il legislatore è libero, entro i consueti limiti della ragionevolezza e dell'adeguatezza, di modulare l'effettiva consistenza del potere di apprezzamento della P.A.,

IANNUCILLI, DE TURA, *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni.../STU_212.pdf.

⁶⁶⁸ Cfr. *ex multis*, Consiglio Stato, sez. V, sentenza 25 agosto 2011, n. 4806; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, sentenza 01 agosto 2011, n. 6885; Consiglio Stato a. plen., sentenza 28 luglio 2011, n. 13; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, sentenza 29 giugno 2011, n. 1024; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, sentenza 03 giugno 2011, n. 5010; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, sentenza 03 giugno 2011, n. 5005.

⁶⁶⁹ "Le disposizioni in tema di partecipazione al procedimento risultano dettate per consentire ai destinatari dell'azione amministrativa di rappresentare fatti e argomenti, da valutare per la corretta formazione degli atti autoritativi, nella misura in cui questi ultimi -potendo incidere negativamente su diritti di libertà e interessi dei soggetti amministrati - debbono non solo rispondere al principio di legalità, ma anche offrire le maggiori possibili garanzie di perseguimento dell'interesse pubblico, nel caso concreto, con approfondito bilanciamento di tutti gli interessi concorrenti". Così Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 15 giugno 2009, n. 3807.

⁶⁷⁰ "Nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall'art. 97 Cost., la P.A. è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento, che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento". Così T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, sentenza 22 giugno 2011, n. 3297.

⁶⁷¹ Sul punto v. CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento*, cit., 1413.

(scelta e selezione, nonché bilanciamento dei diversi interessi in gioco e concrete modalità di disposizione degli stessi), secondo combinazioni eterogenee ma sempre concepite in vista del miglior perseguimento dell'interesse pubblico (principale) la cui tutela costituisce il fine ultimo e la *ratio* giustificatrice sottesa alla potestà conferita⁶⁷².

È compito dell'interprete, quindi, valutare quale sia, di volta in volta, in ossequio a quanto legalmente statuito, l'effettiva ampiezza del potere attribuito e in che termini, quindi, possa la P.A. concretamente incidere su posizioni giuridiche soggettive vantate dai privati ed aventi diversa consistenza di diritto soggettivo perfetto ovvero di interesse legittimo.

E se, com'è noto, tradizionalmente in passato si riteneva che alla spendita di potestà amministrativa discrezionale corrispondesse una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo, mentre, a fronte di attività vincolata, il privato avrebbe potuto vantare la titolarità di un diritto soggettivo perfetto (con le diverse conseguenze che da tale distinzione si soleva ritrarre, in particolare, in punto di giurisdizione), oggi, secondo una differente opzione ricostruttiva, anche a fronte dell'esercizio di potestà amministrativa vincolata ben può essere postulata, in capo al privato, la titolarità di un mero interesse legittimo. Sinteticamente, cioè, si suole affermare che la natura della posizione giuridica soggettiva vantata dal privato sia condizionata dall'accertamento della natura dell'interesse in vista della cui tutela è apposto da parte dell'ordinamento il limite alla potestà di apprezzamento discrezionale riferibile in capo alla P.A. Se, cioè, il limite appare preordinato, all'esito dell'interpretazione della disciplina di settore, alla tutela dell'interesse privato, da ciò necessariamente consegue la riferibilità di una posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo perfetto; diversamente, laddove il vincolo sia concepito in vista della salvaguardia e/o promozione del pubblico interesse, ciò comporterà, di necessità, la titolarità, in capo al privato, di un mero interesse legittimo.

Va però precisato come, pur se, ontologicamente, diritti soggettivi ed interessi legittimi siano categorie dogmatiche connotate da tratti caratteristici del tutto peculiari, (che postulano, di certo, una differente consistenza assiologica e tecniche di tutela diversificate), ciononostante vanno sempre più attenuandosi i tratti differenziali in passato ritenuti insuperabili, talchè oggi ben può essere evidenziato come la spendita di potere pubblicistico giammai comporta, ineludibilmente, di necessità, un sacrificio dell'interesse privato ma postula, ordinariamente, la ricerca di un bilanciamento il più possibile rispettoso dei diversi interessi compresenti la cui illegittima pretermissione ben può essere efficacemente censurata davanti al G.A. ormai

⁶⁷² Per una disamina delle problematiche afferenti l'esercizio della potestà amministrativa c.d. di II° grado con riferimento ai limiti concernenti la perimetrazione della discrezionalità della P.A. v. D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 537 ss.

munito, anche in sede di giurisdizione generale di legittimità, di strumenti processuali sufficienti ed idonei a soddisfare appieno le istanze di tutela introitate mediante la proposizione di ricorso giurisdizionale⁶⁷³.

Si parla, invece, di discrezionalità tecnica laddove, lungi dal postulare un potere di commisurazione dei diversi interessi in gioco⁶⁷⁴, all'amministrazione compete una potestà di apprezzamento (concernente elementi rilevanti in relazione alla spendita di pubblici poteri) in base all'applicazione di regole di carattere eminentemente tecnico/scientifico⁶⁷⁵.

Si suole in tal contesto poi distinguere tra mero accertamento tecnico (accertamento condotto in base a regole tecnico/scientifiche che, se correttamente applicate, non possono che condurre ad un unico risultato) e valutazione tecnica (che, ancorché postula l'applicazione di regole tecniche, non conduce, di necessità, ad un unico risultato, bensì offre una soluzione tendenzialmente opinabile)⁶⁷⁶.

Invero, parlare di accertamento tecnico ovvero di valutazione tecnica rifluisce non tanto e solo ai fini della configurabilità, in capo al privato, di posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di interessi legittimi ovvero di diritti soggettivi⁶⁷⁷, bensì assume uno specifico

⁶⁷³ Invero, con riferimento all'esercizio della potestà di ordinanza sindacale, il cui contenuto possa incidere su posizioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di diritto soggettivi fondamentali, di recente è stato precisato che *"l'ordinanza sindacale che stabilisce le modalità di riunione in luogo pubblico, e delle pratiche religiose aperte al pubblico fuori dai luoghi destinati al culto, prevedendo altresì che tutte le riunioni devono essere tenute in lingua italiana, introduce norme che incidono direttamente su diritti soggettivi fondamentali e perfetti (libertà di riunione, libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero), di talché la controversia sulla loro violazione o meno rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario. Rientra invece nella giurisdizione del g.a. laddove si contesta il cattivo esercizio della funzione amministrativa sotto il rispettivo profilo dell'incompetenza ad assumere il provvedimento che ne è esplicazione e della violazione di norme di relazione: non solo infatti vengono, qui, formalmente dedotti tipici vizi di legittimità dell'atto amministrativo, ma la posizione fatta valere in giudizio dai ricorrenti è quella di chi rivendica il corretto esercizio dell'azione amministrativa, cioè propriamente di interesse legittimo"*. Così T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, sentenza 15 gennaio 2010, n. 19.

⁶⁷⁴ *"La discrezionalità tecnica, infatti, in quanto importa la valutazione di un fatto o di una situazione alla stregua di regole tecniche e specialistiche, non implica scelte di opportunità amministrativa, in quanto l'amministrazione non opera alcuna comparazione tra interesse primario ed interessi secondari ma è vincolata ad adottare il provvedimento predeterminato nel suo contenuto dalla disciplina di legge, pur se all'esito dell'applicazione di regole che presentano margini di opinabilità"*. Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

⁶⁷⁵ *"Contrariamente alla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica è l'esame dei fatti o delle situazioni rilevanti per l'azione amministrativa che richiedono il ricorso a cognizioni tecniche di carattere specialistico, di qui l'univocità della soluzione. Pertanto, mentre la discrezionalità amministrativa si estrinseca in un giudizio nel quale vengono raccolti ed analizzati dei fatti, la discrezionalità tecnica si esaurisce nel momento stesso del giudizio, connotato dai profili di tecnicità"*. Così CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento*, cit., 1413.

⁶⁷⁶ Per un approfondimento v. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 04, 791 ss.

⁶⁷⁷ *"La controversia avente ad oggetto una domanda di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposta in data anteriore al 20 aprile 2005, e quindi disciplinata dagli art. 5, comma 6, e 19 d.lg. n. 286 del 1998 e dall'art. 28, lett. d, d.P.R. n. 394 del 1999, è devoluta alla giurisdizione del g.o., in quanto la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo, che va annoverato tra i diritti umani fondamentali che godono della protezione apprestata dall'art. 2 cost. e dall'art. 3 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, e non può essere degradato ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che*

rilievo in ordine ai limiti concernenti il sindacato giurisdizionale (esteso ad accertare non solo l'illegittimità di provvedimenti amministrativi, ma anche a riscontrare, nei casi previsti, l'eventuale responsabilità amministrativa del pubblico dipendente⁶⁷⁸) relativo agli atti e provvedimenti amministrativi emanati all'esito di giudizi di carattere eminentemente tecnico⁶⁷⁹.

Ricorre, infine, la categoria dogmatica della discrezionalità c.d. mista laddove la spendita, in concreto, di pubbliche potestà sia il frutto, *in parte qua*, di discrezionalità amministrativa e, *in parte qua*, di discrezionalità tecnica⁶⁸⁰, talché le eventuali censure afferenti ai possibili vizi di legittimità dell'azione amministrativa devono essere conformate entro i limiti ordinariamente previsti dal legislatore onde impedire lo sconfinamento del giudice nella sfera della c.d. "riserva dell'amministrazione"⁶⁸¹.

Orbene, se, come visto, nei limiti fissati dall'ordinamento, l'amministrazione, di norma, ben può incidere, in misura più o meno dirompente, su posizioni giuridiche soggettive vantate dal privato (sia di interesse legittimo che di diritto soggettivo) in dottrina e giurisprudenza si è posta però la questione concernente l'individuazione dei confini entro i quali l'esercizio della potestà amministrativa possa condizionare, naturalmente in senso sacrificativo, la consistenza dei diritti fondamentali dell'individuo non a caso qualificati, di volta in volta, inviolabili, intangibili, indegradabili, inaffievolibili e/o resistenti a tutt'oltranza⁶⁸².

Com'è noto, la teorica dei diritti inaffievolibili postula l'esistenza di posizioni giuridiche soggettive fondamentali non suscettive di degradazione in conseguenza della spendita di potestà pubblicistiche; a fronte, cioè, di diritti inviolabili la P.A. risulterebbe essere carente di

legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato esclusivamente al legislatore". Così Corte di Cassazione, sez. un., 09 settembre 2009, n. 19393. Nello stesso senso v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza 04 febbraio 2011, n. 1047; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 24 gennaio 2011, n. 163; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza 20 gennaio 2011, n. 553; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, sentenza 20 dicembre 2010, n. 543.

⁶⁷⁸ Sul punto v. D'AURIA, *Discrezionalità tecnica, sindacato giudiziario e responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 05, 829 ss.

⁶⁷⁹ Sul punto v. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. Merito*, 2010, 03, 823 ss. Per un approfondimento in ordine al sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'A.G.C.M., contraddistinti da un elevato tasso di discrezionalità tecnica, v. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in FRATINI, (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, 2011, 851 ss.

⁶⁸⁰ "Entrambe esprimono due esigenze, l'una (la discrezionalità amministrativa) la fissazione del valore degli interessi politici, l'altra (la discrezionalità tecnica) la espressione di regole tecniche". Così CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento*, cit., 1413.

⁶⁸¹ Per una approfondita disamina v. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 01, 1 ss.

⁶⁸² Per una disamina della teorica dell'affievolibilità dei diritti soggettivi v. LANDI, POTENZA, ITALIA, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Milano, 1999, 156. Per un recente commento v. anche CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 02, 483 ss.

potere e, per tale ragione, il provvedimento (sacrificativo) eventualmente adottato dovrebbe essere tacciato di nullità.

Invero, sulla scorta di tale premessa, secondo un primo approccio, in passato si riteneva che non solo fosse preclusa all'amministrazione la possibilità di incidere, sotto il profilo giuridico, sulla consistenza dei diritti inviolabili, bensì ne era anche vietato di pregiudicarne, anche solo indirettamente, in via di mero fatto, l'ampiezza, determinando ciò l'integrazione di un fatto illecito.

Acclarata la nullità del provvedimento amministrativo lesivo dei diritti c.d. "resistenti a tutt'oltranza", per carenza di potere in astratto ovvero difetto assoluto di attribuzione, in punto di giurisdizione ne conseguiva non solo la devoluzione della cognizione in capo al G.O. (essendo intonsa la consistenza di diritto soggettivo vantato dal privato)⁶⁸³ ma anche una rimeditazione circa l'effettiva consistenza dei poteri esercitabili in concreto dal G.O. in siffatte occasioni⁶⁸⁴.

S riteneva cioè, che, in tali casi, l'esercizio dello *ius dicere* non potesse essere ristretto entro gli angusti confini dettati dagli artt. 4 e 5 della L.A.C., ma dovesse essere riconosciuto al giudice naturale dei diritti la facoltà di ordinare un *facere* specifico, di stampo marcatamente pubblicistico⁶⁸⁵, alla P.A. di modo da soddisfare integralmente l'istanza di tutela avanzata dal privato mediante la proposizione dell'azione innanzi al G.O.⁶⁸⁶ Ciò perché, ritraendo i diritti

⁶⁸³ "La giurisdizione sui diritti umani fondamentali, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, spetta al g.o.". Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 settembre 2009, n. 19393.

⁶⁸⁴ Sul punto v. Così MARTINI, *Potere e diritti fondamentali*, cit., 428 ss.

⁶⁸⁵ "Ora, il diritto leso, nella vicenda concreta, diritto denominato "alla salute" ma meglio definibile "di salute", cioè il diritto di star bene, "fondamentale" per natura costituzionale e dalla tutela completa (artt. 2 e 32, comma primo, della Costituzione della Repubblica), è esso sovrastante all'Amministrazione, di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo (Cass. S.U. 23 giugno 1989 n. 2999) ma neanche di pregiudicarlo nel fatto, indirettamente. È un diritto "primario" (Corte Cost. 18 dicembre 1987 n. 559) ed "assoluto" dell'individuo (Corte Cost. 27 luglio 1979 n. 88), nei cui riguardi l'Amministrazione, spoglia delle prerogative pubblicistiche, non soltanto non ha potere ablatorio ma può essere possibile di provvedimento inibitorio da parte del giudice naturale dei diritti (Cass. S.U. 6 ottobre 1975 n. 3164). Nei confronti, e anche soltanto per i riflessi di quel diritto, non sono configurabili opzioni di scelte amministrative, quelle che solo il giudice amministrativo può sindacare. Verso di esso l'Amministrazione non ha facoltà di scelta; deve assoluto, incondizionato rispetto. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa, come si suol dire, "agisce nel fatto", abbia o meno emessi apparenti provvedimenti. "Agisce nel fatto" perché, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa, per il diritto, "non provvede", esplica comunque e soltanto attività materiale illecita. "Agisce nel fatto" perché, allora, ciò che soltanto rileva è il suo mero "fatto" illecito, comportamento privo, per definizione, del crisma di provenienza da legittimazione soggettiva della Pubblica Amministrazione. Nella ipotesi, dunque, non vi sono, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare ma semplicemente si tratta di emettere condanna a un fare, di segno opposto al fatto lesivo del diritto di salute dell'individuo e tale pronuncia compete al giudice ordinario". Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 20 febbraio 1992 n. 2092.

⁶⁸⁶ Invero, di recente, con riguardo ad una controversia sorta in ordine alla denunciata natura ritorsiva del provvedimento con cui un Comune - dopo l'istituzione di un c.d. "bonus bebè" riservato a famiglie con almeno un genitore italiano, ed a seguito di ordine giudiziale di estensione del beneficio anche alle famiglie composte da genitori stranieri - aveva, viceversa, deliberato di revocarlo per tutte le famiglie, sia italiane che straniere, è stato precisato che la cognizione appartiene alla giurisdizione del g.o., sia nella fase cautelare rivolta all'ottenimento di un provvedimento anticipatorio urgente, sia nella successiva fase della cognizione piena, così come previsto nell'art. 44 d.lg. n. 286 del 1998, in considerazione del quadro normativo costituzionale (art. 3 cost.),

fondamentali la loro legittimazione direttamente all'interno della Carta Costituzionale, in ossequio al principio di gerarchia delle fonti, non sarebbe stato possibile immaginare un tutela depotenziata, secondo gli ordinari limiti sanciti all'interno del r.d. 2248/1865, con riferimento a posizioni giuridiche soggettive contemplate da norme di rango superprimario e contraddistinte, quindi, da una forza attiva e passiva superiore rispetto alla disciplina processuale testè citata⁶⁸⁷.

Siffatta opzione ermeneutica è stata inaugurata dalla Suprema Corte sul finire degli anni '70; invero, pur avendo per un certo periodo trovato significativi riscontri e conferme⁶⁸⁸, essa è stata, però, progressivamente affiancata (e, quindi, definitivamente superata) da differenti ricostruzioni dogmatiche⁶⁸⁹ che, nel tempo, si sono tradotte in soluzioni interpretative composite frutto, probabilmente, della necessità di commisurare interessi, di chiara rilevanza, tra di loro difficilmente armonizzabili.

Ne è derivata una situazione di incertezza che, com'è facile intendere, si traduce nella negazione del principio di effettività e che, quindi, incide in senso deteriore circa la garanzia di concreta tutela e promozione di libertà fondamentali che, al contrario, dovrebbero maturare, in senso assoluto, entro una cornice normativa (ed essere contraddistinte da una latitudine applicativa) chiaramente definita.

sovranzionale (direttiva 2000/43/Ce) ed interno (art. 3 e 4 d.lg. 9 luglio 2003 n. 215 nonché l'art. 44 d.lg. 25 luglio 1998 n. 286) di riferimento, che configura il diritto a non essere discriminati come un diritto soggettivo assoluto. In tal contesto, *“il g.o. deve limitarsi a decidere la controversia valutando il provvedimento amministrativo denunciato, disattendendolo, “tamquam non esset” e adottando i conseguenti provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti, ove confermato lesivo del principio di non discriminazione od integrante gli estremi della illegittima reazione, senza tuttavia interferire nelle potestà della p.a., se non nei consueti e fisiologici limiti ordinamentali della disapplicazione incidentale ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi”*. Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 15 febbraio 2011, n. 3670.

⁶⁸⁷ Per una disamina, in chiave storica, del sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi da parte del G.O., con particolare riferimento al problema della possibile configurabilità della giurisdizione esclusiva del giudice naturale dei diritti, v. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005, 271 ss. Per una disamina del contenuto dell'azione introitata davanti al G.O. avverso gli atti e i comportamenti della P.A. v. LANDI, POTENZA, ITALIA, *Manuale di diritto*, cit., 615 ss.

⁶⁸⁸ Per lungo tempo, infatti, si è costantemente ritenuto che l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute o l'integrità personale. Sul punto v., *ex multis.*, Corte di Cassazione, sentenza 7 febbraio 1997 n. 1187; Corte di Cassazione, sentenza 8 agosto 1995 n. 8681; Corte di Cassazione, sentenza 29 luglio 1995 n. 8300; Corte di Cassazione, sentenza 20 novembre 1992 n. 12386; Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 13 giugno 2006 n. 13659 e Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 13 giugno 2006 n. 13660.

⁶⁸⁹ Da ultimo, a d esempio, si veda CHIEPPA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 149 s. secondo cui la tesi della nullità del provvedimento per il solo fatto che questo incida su diritti fondamentali o resistenti a tutt'oltranza è oggi, *per tabulas*, sconfessata dalle riforme introdotte con l. n. 15/05 che hanno circoscritto, introducendo l'art. 21 septies l. n. 241/90, l'ambito della nullità, per il profilo che qui interessa, al solo difetto assoluto di attribuzione. Ciò implica, in sostanza, che *“solo laddove l'atto amministrativo abbia operato in concreto la limitazione del diritto individuale in mancanza di una norma di legge che tale potere di compressione abbia previsto, la fattispecie andrà valutata alla stregua di un'ipotesi di carenza di potere in astratto, con correlativa giurisdizione del G.O. In presenza della norma attributiva del potere, invece, - e no ricorrendo gli estremi della nullità strutturale o testuale - l'atto sortisce effetti degradatori e radica la giurisdizione del G.A.”*.

Il vero banco di prova, in materia, è stato storicamente rappresentato dal diritto alla salute e dal complesso intreccio di diritti di libertà ad esso direttamente, o anche solo mediatamente, correlati⁶⁹⁰.

3. L'effettività del diritto alla salute dalla difesa dell'integrità psicofisica dell'individuo alla pretesa alla somministrazione delle cure: profili sostanziali e di giurisdizione

3.1 La doppia anima del diritto alla salute tra autodeterminazione del singolo e diritto alla somministrazione delle cure.

Il diritto alla salute, espressione, al contempo, di una posizione giuridica soggettiva fondamentale dell'individuo⁶⁹¹ e di un primario interesse della collettività⁶⁹², si inquadra all'interno della categoria delle libertà positive⁶⁹³ che, cioè, lungi dal richiedere una semplice astensione del pubblico potere da indebite ingerenze all'interno della sfera giuridica privata, esige la predisposizione di prestazioni positive finalizzate a garantire effettiva soddisfazione dell'interesse sotteso⁶⁹⁴.

In tal contesto, il Legislatore è chiamato a conformare, nel rispetto non solo del dettato costituzionale ma anche delle direttive consacrate all'interno delle norme di diritto internazionale generale e pattizio immediatamente efficaci all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale⁶⁹⁵, la consistenza del diritto alla salute del singolo, da un lato, in relazione al tradizionale limite (materiale) della scarsità di risorse disponibili e, dall'altro, in base a possibili interferenze con ulteriori interessi (pubblici o privati) anch'essi fondamentali⁶⁹⁶.

L'effettivo riconoscimento del diritto alla salute presuppone così la predisposizione dei mezzi necessari ad assicurare la salvaguardia dell'integrità psicofisica dell'individuo⁶⁹⁷ nel rispetto

⁶⁹⁰ Per una disamina del rapporto tra l'art. 32 Cost. e le altre disposizioni costituzionali ad esso direttamente o anche solo mediatamente connesse v. DE CESARE, *Sanità (Diritto Amministrativo)* (voce), in *Enc. Dir.*, *XLI vol.*, 1989, 247 s.

⁶⁹¹ "Il riconoscimento al diritto alla salute della qualifica della fundamentalità comporta anche precise conseguenze giuridiche. Come tutti i diritti fondamentali inviolabili, infatti, lo si deve ritenere inalienabile, intrasmissibile, indisponibile (anche se l'indisponibilità dei diritti fondamentali non è da intendere come assoluto divieto della facoltà di disporre ma come della presenza della necessariamente costante volontarietà della disposizione) e irrinunciabile". Così LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 4.

⁶⁹² Che, come si avrà modo di evidenziare nel proseguo del presente contributo, investe anche ulteriori interessi solo parzialmente connessi al diritto alla salute *stricto sensu* inteso quale, ad esempio, la salubrità dell'ambiente.

⁶⁹³ Invero, secondo LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 1 "non è facile trovare, nelle costituzioni contemporanee, la previsione di un'ab tutela diretta di una situazione soggettiva di vantaggio avente ad oggetto il bene salute".

⁶⁹⁴ Sulla valenza programmatica, ovvero immediatamente precettiva, dell'art. 32 Cost. v. DE CESARE, *Sanità cit.*, 246.

⁶⁹⁵ Sul punto v. LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 1 s. Per una disamina della valenza del diritto alla salute all'interno del Trattato U.E. e della Carta di Nizza v. CATELANI, *La sanità pubblica*, in SANTANIELLO, (a cura di), *Trattato di diritto Amministrativo*, *XL vol.*, Padova, 2010, 19 ss.

⁶⁹⁶ Per una disamina dell'evoluzione nel pensiero giuridico delle tecniche di tutela del diritto alla salute nel quadro del diritto civile v. GIUSTI, SANTILLI, *Tutela della Salute – Dir. Civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, *XVII vol.*, 1991, 1 ss.

⁶⁹⁷ Invero, spesso "si confonde la nozione di integrità fisica con quella di salute, che ha un ambito operativo ben più ampio e tende, in vario modo, a ricomprendere anche la prima. E tuttavia la distinzione appare netta:

dei limiti (interni ed esterni) entro i quali ne viene riconosciuta piena ed integrale copertura costituzionale⁶⁹⁸.

In quanto diritto (fondamentale)⁶⁹⁹ della persona (e non solo del cittadino)⁷⁰⁰ la salute è, innanzitutto, espressione di una posizione di libertà che, pertanto, presuppone il connotato e/o attributo della disponibilità che, però, al pari di qualunque posizione giuridica soggettiva, non assume certo una valenza assoluta ma viene temperata con ulteriori (e parimenti rilevanti) interessi.

Da qui, ad esempio, la soggezione a trattamenti sanitari obbligatori⁷⁰¹, (nei casi e modi previsti dalla legge)⁷⁰², concepiti, naturalmente, in vista del perseguimento di un interesse generale

l'integrità fisica richiama gli aspetti, per così dire, esteriori della condizione del soggetto, (caratterizzata dall'assenza di menomazioni), è valore statico, da proteggere e tutelare, la salute si configura al contrario come concetto relativo, in funzione dello sviluppo della società, non meno che della condizione del singolo, coinvolgendo peraltro di essa soprattutto gli aspetti interiori, come avvertiti e vissuti in concreto dal soggetto, è valore dinamico, in continua trasformazione, non solo da garantire, ma da promuovere ed accrescere". Così DOGLIOTTI, *La vita e l'integrità fisica*, in RESCIGNO (a cura di) *Trattato di diritto privato, Persone e Famiglia, Tomo Primo*, Milano, 1982, 87.

⁶⁹⁸ "A ben vedere, nessun diritto fondamentale è tale (è cioè davvero diritto) se non può contare su di un intervento sociale che ne abbia istituzionalizzato la protezione". Così LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 3.

⁶⁹⁹ "Si ricordi che il riferimento alla fundamentalità del diritto alla salute non era presente nel progetto originario presentato all'Assemblea per la discussione, e che esso fu introdotto proprio per rafforzare ed elevare la garanzia data dalla Costituzione alla salute". Così LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 4.

⁷⁰⁰ "Lo straniero, anche se irregolare, ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti, trattandosi di un diritto fondamentale della persona che deve essere garantito, così come disposto in linea generale dall'art. 2 d.lg. n. 286 del 1998, con una valutazione dello stato di salute del soggetto e dell'indifferibilità ed urgenza delle cure che deve essere effettuata caso per caso, secondo il prudente apprezzamento medico; pertanto, di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione si deve, qualora vengano invocate esigenze di salute dell'interessato, preventivamente valutare tale profilo - tenuto conto dell'intera disciplina contenuta nel d.lg. n. 286 del 1998 - se del caso ricorrendo ai mezzi istruttori che la legge, pur in un procedimento caratterizzato da concentrazione e da esigenze di rapidità, certamente consente. Non può essere disposta l'espulsione di uno straniero qualora dall'esecuzione di detto provvedimento egli possa subire un irreparabile pregiudizio al suo diritto alla salute, costituzionalmente garantito. Infatti, lo straniero presente irregolarmente nel territorio italiano ha diritto di fruire di tutte le prestazioni sanitarie indifferibili ed urgenti, secondo i parametri indicati dall'art. 35 comma 3 d.lg. n. 286 del 1998, con esclusione dei trattamenti di mantenimento e di controllo, per i quali il medesimo potrà eventualmente attivarsi per ottenere il permesso di soggiorno per cure mediche, ai sensi dell'art. 36 d.lg. citato". Così Consiglio di Stato, 26 luglio 2010, n. 4863. In ordine alla posizione rivestita dallo straniero all'interno dell'ordinamento giuridico italiano circa la tutela del diritto alla salute v. ex multis: Cassazione civile, sez. I, sentenza 04 aprile 2011, n. 7615; Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2010, n. 269; T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, sentenza 25 febbraio 2010, n. 71; T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, sentenza 04 novembre 2009, n. 1569; Tribunale Milano, sez. X, sentenza 14 aprile 2009, n. 4991; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, sentenza 30 maggio 2008, n. 1902. Per un approfondimento v. ROMANO, *Condizione giuridica dell'immigrato clandestino, diniego del permesso di soggiorno, tutela della salute e riparto di giurisdizione*, in *Giur. Merito*, 2011, 7-8, 1965 ss. e MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 04, 3238 ss.

⁷⁰¹ Invero, "il trattamento deve essere previsto (sia pure entro i confini di una riserva che è solo relativa) dalla legge o da questa consentito; deve essere assicurato il rispetto della persona umana; il trattamento deve servire alla protezione dell'interesse della collettività alla salute generale e non può essere finalizzato al perseguimento di qualunque interesse pubblico". Così LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 11. Sul punto v. anche AICARDI, *La sanità*, in CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo speciale, Tomo I*, Milano, 2000, 379.

⁷⁰² Secondo PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 01, 137, "l'intendimento principale del costituente è all'epoca quello di proteggere l'individuo dagli abusi del potere esecutivo nell'imposizione di pratiche sanitarie per motivi di salute collettiva. In questa prospettiva si intendevano rendere possibili unicamente prescrizioni come quelle delle vaccinazioni obbligatorie

che, però, chiaramente, non può certo esso stesso giustificare il travalicamento dei limiti intimamente connessi con il rispetto della dignità dell'individuo⁷⁰³.

È il caso, ad esempio, della sottoposizione a vaccinazioni obbligatorie ovvero ad altre prestazioni sanitarie imposte⁷⁰⁴ in vista della salvaguardia dalla pubblica incolumità⁷⁰⁵; in tali ipotesi, al contempo si assiste alla tutela dell'integrità del singolo⁷⁰⁶ in funzione della

per scongiurare i pericoli di epidemia, escludendo invece trattamenti in contrasto con la dignità e la libertà personale come la sterilizzazione coattiva, praticata in diversi Paesi europei a partire dagli anni trenta. Di qui il doppio vincolo della riserva di legge e del limite posto al legislatore con riferimento al rispetto della persona umana”.

⁷⁰³ “Il punto controverso del comma 2 dell’art. 32 puntualizza invece la necessità del concetto di dignità umana dipendente dall’essere il trattamento sanitario in questione basato o meno su indiscussi principi scientifici; è evidente che è difficile far coesistere una norma costituzionale, che vieta alla legge espressamente di varcare in limiti imposti dalla dignità umana, e altre norme costituzionali che consentono, anzi favoriscono, l’applicazione di conquiste scientifiche dirette al bene sociale e la difesa dei diritti fondamentali della persona umana”. Così DE CESARE, *Sanità cit.*, 246.

⁷⁰⁴ Naturalmente, laddove il cittadino dovesse subire un pregiudizio in conseguenza della soggezione a trattamenti sanitari imposti *ex lege*, è compito precipuo dello Stato riconoscere in favore dell’individuo un indennizzo che possa, almeno *in parte qua*, alleviare le conseguenze deteriori subite. Invero, si tratta “di un obbligo avente uno speciale carattere. Per la collettività è in questione non soltanto il dovere di aiutare chi si trova in difficoltà per una causa qualunque, ma l’obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall’intera collettività. Sarebbe contrario al principio di giustizia, come risultante dall’art. 32 della Costituzione, alla luce del dovere di solidarietà stabilito dall’art. 2, che il soggetto colpito venisse abbandonato alla sua sorte e alle sue sole risorse o che il danno in questione venisse considerato come un qualsiasi evento imprevisto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza, ovvero ancora si subordinasse la soddisfazione delle pretese risarcitorie del danneggiato all’esistenza di un comportamento negligente altrui, comportamento che potrebbe mancare”. Così Corte Costituzionale, 18 aprile 1996 n. 118. Per un commento, in dottrina, v. ESPOSITO, *Indennizzo per violazione del diritto alla salute o indennizzo per espropriazione?*, in *Giur. cost.* 2006, 05, 3403 ss. La ratio costituzionale del diritto all’equo indennizzo, riconosciuto in base agli art. 32 e 2 cost., sta, cioè, nell’esistenza di un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario, il quale, per conseguenza, viene (e può essere) dalla legge assunto ad oggetto di obbligo legale, sicché è l’interesse collettivo alla salute la ragione determinante del diritto all’indennizzo e non già l’obbligatorietà in quanto tale del trattamento, che è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse. In tal senso v. Corte Costituzionale, 22 giugno 2000, n. 226 e Corte Costituzionale, 26 febbraio 1998, n. 27. In ordine all’indennizzo corrisposto in favore di soggetti che abbiano riportato un *vulnus* alla propria integrità psicofisica conseguente alla somministrazione di farmaci, emoderivati ovvero più in generale, alla soggezione a trattamenti terapeutici o sanitari obbligatori, nel tempo si è assistito ad una presa di posizione da parte della Consulta che ha avuto modo di ricondurre la legislazione di settore, non sempre ritenuta adeguata e ragionevole, a più chiari tratti di coerenza. Sul punto, ad esempio, si veda Corte Costituzionale, 06 febbraio 2009, n. 28, a tenore della quale “è costituzionalmente illegittimo l’art. 1, comma 3, l. 25 febbraio 1992 n. 210, nella parte in cui non prevede che i benefici indennitari riconosciuti da tale legge spettino anche ai soggetti che presentino danni irreversibili derivanti da epatite contratta a seguito di somministrazione di derivati del sangue. Premesso che il beneficio previsto dall’art. 1, commi 2 e 3, l. n. 210 del 1992 - riconosciuto sempre ai soggetti che abbiano contratto infezioni da HIV, siano esse derivate dalla somministrazione di sangue ovvero di emoderivati, e solo nel caso in cui la malattia sia conseguita a trasfusione, ovvero, se si tratta di operatori sanitari, nelle ipotesi di contatto con il sangue o suoi derivati, ai soggetti che abbiano contratto l’epatite - consiste in una misura di sostegno economico fondata sulla solidarietà collettiva garantita ai cittadini, alla stregua degli art. 2 e 38 cost., a fronte di eventi generanti una situazione di bisogno, il mancato riconoscimento dell’indennizzo a favore di coloro che abbiano contratto l’epatite a seguito di somministrazione di emoderivati non trova alcuna ragionevole giustificazione, dal momento che, del tutto immotivatamente, tale fattispecie resta priva di tutela (sentt. n. 118 del 1996, 226 del 2000, 476 del 2002, 342 del 2006)”.

⁷⁰⁵ “Talora, in un prospettiva ben più arretrata, il trattamento obbligatorio non sembrava neppure ispirato alla tutela della salute collettiva, ma piuttosto alla difesa della società e dell’ordine pubblico. La l. 14 febbraio 1904

valorizzazione anche dell'interesse generale⁷⁰⁷ a fronte del quale un eventuale rifiuto (irragionevole ed ingiustificato) non può che recedere⁷⁰⁸.

Ma, si osserva, la disponibilità dell'interesse sotteso al diritto alla salute viene confermata vieppiù non solo in ragione dell'esigenza di immediata e diretta tutela della collettività (impedire un'epidemia o la diffusione di malattie contagiose) bensì anche a fronte di un generale apprezzamento dell'integrità psicofisica dell'individuo⁷⁰⁹ intesa quale bene primario inviolabile anche da parte dello stesso titolare⁷¹⁰.

In tal contesto si inserisce la previsione codicistica dettata in materia di atti di disposizione del proprio corpo per la quale il rispetto dei limiti previsti dalla legge, ovvero imposti in funzione dell'ordine pubblico o del buon costume, contribuisce a delineare l'effettiva consistenza di tale inaffievolibile diritto⁷¹¹.

Naturalmente, però, la volontà del singolo non può certo essere relegata ad un ruolo del tutto marginale (se non all'interno, probabilmente, di uno Stato contraddistinto da evidenti tratti

n. 36 non si preoccupava, se non marginalmente, dell'esigenza di cura del malato mentale, quanto piuttosto di quella di custodia e controllo sociale". Così e per un approfondimento v. DOGLIOTTI, *La vita, cit.*, in RESCIGNO (a cura di) *Trattato di diritto privato, cit.*, 85.

⁷⁰⁶ Per una ricostruzione in chiave storica del dogma dell'integrità fisica dell'individuo la cui tutela avrebbe potuto essere modellata sullo schema formale della proprietà v. DOGLIOTTI, *Il diritto alla salute tra pubblico e privato*, in *Dir. Famiglia*, 2001, 03, 878 ss.

⁷⁰⁷ Per una disamina della giurisprudenza costituzionale maturata in materia v. *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/.../STU185_principi.pdf.

⁷⁰⁸ "È manifestamente inammissibile la q.l.c. dell'art. 1 lett. c) l. 5 marzo 1963 n. 292, introdotta dall'art. 1 l. 20 marzo 1968 n. 419, e modificata dall'art. 1 l. 27 aprile 1981 n. 166, sollevata in riferimento all'art. 32 cost., in quanto sancisce la obbligatorietà della vaccinazione antitetanica per i nuovi nati, per i quali prevede tre somministrazioni del vaccino, la prima al terzo mese di vita, la seconda dopo 6 - 8 settimane dalla precedente, la terza al decimo - undicesimo mese di vita. Il giudice "a quo" non chiarisce, infatti, se l'opposizione dei genitori alla vaccinazione sia motivata solo dalla convinzione della illegittimità del relativo obbligo legale o dalla allegata pericolosità in concreto, per il minore, della somministrazione del vaccino, nè può ritenersi sufficiente il riferimento al solo carattere non diffusivo della malattia, in quanto alla valutazione rimessa al giudice non può essere estranea la considerazione del rischio derivante allo stesso minore dall'omissione della vaccinazione, posto che, nel caso del minore, non è in gioco la sua autodeterminazione, ma il potere - dovere dei genitori di adottare le misure e le condotte idonee a evitare pregiudizi o concreti pericoli alla sua salute, non potendosi ammettere una totale libertà dei genitori di effettuare anche scelte che potrebbero essere gravemente pregiudizievoli al figlio, sicché l'ordinanza risulta carente in punto di motivazione sulla rilevanza della questione." Così Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2004, n. 262.

⁷⁰⁹ Sul punto v. LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 5 s.

⁷¹⁰ È il caso, ad esempio, dei trattamenti sanitari obbligatori previsti dagli artt. 33, 34 e 35 della l. n. 833/78 erogati nei confronti di pazienti che, a causa di patologie mentali, non siano in condizioni di manifestare un valido consenso e si debba, a seconda dei casi, intervenire mediante il ricovero ospedaliero ovvero provvedere alla somministrazione di cure e all'adozione di tempestive ed idonee misure sanitarie extra-ospedaliere. Sul punto v. COSENTINI, *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura ed autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*, in *Giur. Merito*, 2009, 11, 2700 ss.

⁷¹¹ Invero, "l'espressione diritto alla salute deve considerarsi formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate tra di loro. Possiamo così identificare: il diritto alla propria integrità psicofisica; il diritto all'ambiente salubre; il diritto a trattamenti sanitari preventivi; il diritto di essere curato; il diritto (degli indigenti) a cure gratuite; il diritto a non essere curato". Così LUCIANI, *Diritto alla Salute, cit.*, 5.

autoritari) ma va ricondotta ad un piano che ne esalti la funzione in vista della migliore promozione delle condizioni di benessere psicofisico della persona⁷¹².

Così, semplicemente, ciascuno ha diritto, innanzitutto, se lo chiede, di essere curato e la somministrazione delle prestazioni sanitarie erogate non può che configurare esercizio di un servizio pubblico o, secondo alcuni, di pubblica necessità⁷¹³.

Non sempre, però, si dimostra semplice stabilire con chiarezza le condizioni al ricorrere delle quali l'attività medica sia da ritenere giuridicamente lecita oltre che socialmente adeguata⁷¹⁴.

Per lungo tempo, infatti, dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto (ed, invero, tuttora dibattono) in merito alla precisazione del fondamento giuridico della prestazione medica⁷¹⁵ e, in tal contesto, sulla portata da riconoscere al consenso legittimamente espresso dal paziente alla sottoposizione ad un determinato trattamento sanitario⁷¹⁶.

⁷¹² “Se l'integrità fisica e la libertà di decidere del proprio corpo sono entrambi da ritenere valori costituzionalmente garantiti, nessuna questione ovviamente sorge allorché tutti e due siano insieme perseguibili, mentre il problema si presenta allorché essi si pongano concretamente in contrasto tra loro, ossia quando un determinato atto tendente alla realizzazione di uno dei due valori viene, o sembra che venga, inevitabilmente a collidere con l'altro”. Così GIUSTI, SANTILLI, *Tutela della Salute*, cit., 5.

⁷¹³ Cfr. Tribunale Lecce, sentenza 05 dicembre 1986.

⁷¹⁴ Per una riflessione circa l'obiezione di coscienza in relazione a determinate pratiche, alla prescrizione di alcune cure e terapie ovvero alla somministrazione di alcuni farmaci, v. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0148_mangiameli.pdf.

⁷¹⁵ Per un approfondimento sul punto v. LA MONACA, SARTEA, ANZILOTTI, *Tra autonomia professionale e autonomia del paziente: discrezionalità nelle scelte terapeutiche e posizioni di garanzia. limiti e doveri del medico alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. famiglia*, 2010, 03, 1391 ss.

⁷¹⁶ Sul punto, ci si limita a ricordare che il diritto alla salute costituisce interesse fondamentale dell'individuo talché ogni possibile attività capace di pregiudicarne (anche solo potenzialmente) la sua effettiva consistenza necessita dell'esplicito assenso del titolare con l'unica eccezione rappresentata dai casi (previsti *ex lege*) di trattamento sanitario obbligatorio. Il consenso (informato) è espressione, così, esso stesso di un diritto fondamentale che trova il proprio fondamento non solo ex art. 32 cost. bensì si radica, in particolare, all'interno degli artt. 2 e 13 cost. perché coincide con la libertà di autodeterminazione (morale e fisica) dell'individuo. Qualsiasi prestazione medica (non obbligatoria per legge) deve essere accompagnata dall'esplicita dichiarazione di volontà del paziente costituendo questa presupposto ineludibile di liceità della condotta medica. Per assumere, però, un'effettiva consistenza il consenso prestato deve essere qualificato da specifici attributi anch'essi, naturalmente, ineludibili. Una prima questione attiene alla natura giuridica dell'assenso. Sul punto si contrappongono la tesi negoziale, che inquadra il consenso nell'ambito del negozio giuridico (pubblico o privato), e la diversa opzione che qualifica l'assenso prestato alla stregua di mero atto giuridico. Si sottolinea, in particolare, comunque, che, indipendentemente dalla classificazione accolta, la prestazione del consenso invero non comporta l'insorgenza di un rapporto di tipo relazionale, capace di includere precise posizioni di diritto e d'obbligo, tra l'autore del consenso e il destinatario di questo; vieppiù, si rimarca, in ogni caso, la revocabilità dello stesso fintantoché l'azione consentita non sia esaurita o comunque possa essere efficacemente arrestata. Altro profilo problematico attiene alla individuazione delle condizioni soggettive al ricorrere delle quali si ritiene possa essere prestato un valido consenso. Ci si riferisce, in particolare, alla capacità soggettiva da riconoscere al titolare del diritto di liberamente disporre dello stesso. Esclusa, naturalmente, la capacità dell'infermo totale di mente, sono sorte nel tempo perplessità in ordine alla posizione rivestita da parte del tutore proprio con riferimento alla somministrazione (e, per converso, all'interruzione) di cure mediche in favore di soggetto incosciente. Non essendo questa la sede per approfondire un così complesso dibattito, ci si limita a sottolineare che le obiezioni tradizionalmente sollevate in ordine alla possibilità di sostituzione del tutore all'infermo, in ragione della natura “personalissima” della situazione giuridica soggettiva fatta valere, sono state da ultimo superate dalla giurisprudenza che ha avuto modo di precisare come la risposta al quesito di erogare (ovvero interrompere) prestazioni sanitarie in favore di soggetto incosciente (al di là delle ipotesi tipiche dello stato di necessità: è il caso, ad esempio, della vittima di incidente che arrivi incosciente in ospedale e sia sottoposto alle conseguenti necessarie cure del caso) sia da rinvenire nella ricostruzione dell'effettiva (non solo eventualmente

In merito, numerosi appaiono essere gli spunti di riflessione; non potendo, però, in questa sede, adeguatamente sviluppare tematiche suscettibili di essere solo accennate, in quanto ultronee rispetto alle finalità immediatamente perseguite dal presente contributo, ci si limita semplicemente a rilevare come ormai consolidato sia, in dottrina e giurisprudenza, il rilievo secondo il quale il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario risultando, in sua assenza, l'intervento del medico, al di fuori dei casi di

presumibile) volontà del destinatario del trattamento, consistendo la funzione assolta dal tutore in tale operazione nell'apporto di un contributo utile alla migliore (e più efficiente possibile) indagine rivolta allo scopo. Orbene, al di là di tale ipotesi, comunque, la capacità soggettiva di prestare consenso assume poi un peso specifico nel caso di cure mediche erogate in favore di soggetti minori. Ad un tesi che propugna la necessità di riferire la capacità di prestare un valido consenso solo al compimento della maggiore età c'è chi, diversamente, ritiene opportuno richiamare la disciplina dettata in materia di imputabilità ovvero il regime giuridico proprio della proposizione della querela. V'è poi, infine, chi propende per una soluzione differenziata a seconda della particolare natura dell'interesse sotteso presupponendo la possibilità di riconoscere al minore un'effettiva attitudine a liberamente disporre, in proporzione alla consapevolezza maturata con l'età, solo di interessi patrimoniali minori. Nello specifico campo medico, in particolare, da più parti si ritiene comunemente che la volontà del minore vada comunque presa in considerazione anche in ragione della gravità delle possibili conseguenze correlate ad un dato trattamento sanitario. Naturalmente, poi, affinché assuma efficacia scriminante, il consenso prestato deve essere libero, cioè non coartato, ed esente da vizi. Deve altresì essere informato. Il paziente, cioè, deve essere reso compiutamente edotto di tutti i profili rilevanti connessi all'attività medica erogata o, più propriamente, ancora da prestare. Il complesso delle informazioni fornite deve, cioè, essere esaustivo e comprendere tutti i possibili profili problematici relativi al peculiare caso di specie. In particolare, ciò assume uno specifico rilievo sin dallo svolgimento dell'attività diagnostica che, *ex se*, può richiedere ad esempio l'impiego di strumenti o tecniche idonee ad incidere, in modo significativo, sull'integrità psicofisica dell'individuo (e, pertanto, per definizione necessitare del preventivo consenso in ordine alle modalità di svolgimento della stessa diagnosi). Anche a prescindere da tali ipotesi, comunque, il consenso dovrà essere formato sulla scorta di una corretta rappresentazione delle risultanze dell'attività diagnostica compiuta; il paziente dovrà essere reso edotto, cioè, della natura e gravità della patologia riscontrata, delle sue conseguenze immediate, delle tecniche chirurgiche e terapeutiche a disposizione, degli specifici rischi riconnessi a ciascuna di queste o, anche, al più, dei rischi correlati alla mera inerzia terapeutica. A seconda, poi, dei tratti caratteristici del trattamento sanitario da erogare, il consenso dovrà investire tutti gli aspetti rilevanti dell'intervento che, naturalmente, potrà assumere una diversa consistenza in caso di terapia farmacologica ovvero di trattamento chirurgico. Nella prima ipotesi, le informazioni dovranno comprendere natura, efficacia e possibili effetti collaterali, oltre che eventuali farmaci alternativi; nel secondo caso, ci si dovrà impegnare nel rendere intelligibile gli elementi essenziali dell'operazione chirurgica anche in favore dei non addetti ai lavori. Con riferimento, poi, proprio agli interventi chirurgici la giurisprudenza, supportata da accorta dottrina, ha avuto modo nel tempo di precisare che il consenso informato debba investire non tanto e solo l'operazione nel suo complesso, bensì, puntualmente, ogni singolo segmento della stessa (ovvero ogni atto preparatorio o successivo) che sia contraddistinto da una specifica rilevanza autonoma. L'esempio di scuola è rappresentato dal trattamento anestesilogico (che, com'è noto, può assumere diversa portata) prodromico alla realizzazione dell'intervento chirurgico. Naturalmente, la consistenza delle informazioni deve poi essere adeguata alla particolare intrinseca natura dell'intervento programmato; così, nel caso di intervento c.d. di routine si assiste solitamente ad una descrizione puntuale, perché sostanzialmente riconnessa alla facilità tecnica dell'atto operatorio, grazie alla quale il paziente può essere tranquillizzato in relazione alle diverse fasi dell'intervento. Quanto, poi, alle modalità di esternazione del consenso, sul rilievo, in particolare, della natura non negoziale dello stesso, si ritiene che non sia necessario ottemperare ad una particolare forma solenne; anche il consenso tacito, ancorché espresso mediante *facta concludentia* univoci, può quindi essere apprezzato positivamente. È utile allo scopo, inoltre, la prassi invalsa proprio in capo medico consistente nella sottoscrizione di appositi moduli e formulari; tale metodologia, genericamente valida, non può però esimere dal calibrare le informazioni da rendere e l'anamnesi e la diagnosi da effettuare sulla base della particolare storia clinica del paziente e, più in generale, su tutte le possibili peculiarità proprie del singolo caso di specie. Non è mai ammesso, poi, un consenso presunto che, cioè, l'operatore sa di non essere stato prestato ma che ritiene, per una propria personale convinzione, che sarebbe stato rilasciato qualora il titolare del diritto sarebbe stato messo in grado di conoscere la realtà, mentre assume efficacia scriminante il consenso putativo, l'assenso che cioè, pur non essendo stato realmente prestato, l'operatore ritenga, per errore, che esista. Per un

trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando praticato nell'esclusivo interesse del paziente⁷¹⁷.

Il consenso informato, liberamente prestato, cioè, rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi e si traduce nella facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.⁷¹⁸

Va da sé, però, che la dimensione (per così dire) "personalista" del diritto alla salute⁷¹⁹, (*rectius*: la dimensione del diritto alla salute inteso alla stregua di libertà negativa), costituisce, come in precedenza già accennato, solo un aspetto della posizione di libertà sancita ex art. 32 Cost.⁷²⁰.

approfondimento di tutti i suddetti profili si rinvia, in particolare, a GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2008, 459 ss.

⁷¹⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748. .Sul punto v. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 2008, 06, 4970 ss.

⁷¹⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748. .Sul punto v. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 2008, 06, 4970 ss.

⁷¹⁹ Per un approfondimento sul punto v. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 01, 126 ss.

⁷²⁰ Invero, il diritto alla salute "come "valore costituzionale" primario o fondamentale, implica un bilanciamento nel rapporto con altri Beni e/o valori altrettanto meritevoli di tutela costituzionale. Il giudice costituzionale, al riguardo, non manca di rilevare come la tutela della salute, quale "diritto primario e fondamentale", venga a scomporsi in una pluralità di situazioni giuridiche soggettive diverse di cui solo il profilo della "difesa dell'integrità fisio-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi" si configura come un diritto erga omnes, perciò direttamente e immediatamente tutelabile e azionabile nei confronti di chi abbia posto in essere, in proposito, una condotta illecita. Riguardato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, invece, esso è "soggetto alla <determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione> della relativa tutela da parte del legislatore ordinario", apparendo comunque "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti". Si tratta di un ambito, pertanto, nel quale l'eventuale inerzia del legislatore verrebbe a configurarsi come violazione di un vincolo costituzionale al solo problematicamente potrebbe opporre rimedio l'impegno interpretativo del giudice". Così BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in <http://rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Baldini.pdf>, 7.

Se, da un lato, infatti, ciascuno ha diritto di rifiutare, consapevolmente, la sottoposizione a trattamenti sanitari⁷²¹, salvo, come visto, l'ipotesi in cui confluiscono nella fattispecie interessi pubblici preminenti, dall'altro lato, ciascuno ha il diritto, all'interno di una società civile, di poter accedere alle cure necessarie al fine di salvaguardare la propria integrità psicofisica⁷²² e, specularmente, è compito precipuo dello Stato-apparato predisporre, all'interno di uno Stato sociale⁷²³, adeguate misure legislative⁷²⁴ (e disporre i conseguenti puntuali provvedimenti applicativi necessari) per far fronte alle richieste di prestazioni sanitarie da parte della collettività⁷²⁵.

Si introduce, per tale via, la delicata e complessa questione del diritto al conseguimento di prestazioni sanitarie (a titolo gratuito)⁷²⁶ alla stregua del principio di effettività del diritto alla salute apprezzato nella sua declinazione di libertà positiva⁷²⁷.

⁷²¹ Sul punto v. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in http://www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/Tripodina_Argomento_originalista.pdf, 39 ss.

⁷²² Sottolinea la "doppia anima" del diritto alla salute AICARDI, *La sanità*, cit., in CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 378.

⁷²³ Assurge ad attributo tipico dello Stato Sociale la funzione amministrativa nel suo divenire, da potere, servizio; in tal senso e per un approfondimento v. FRANCO, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della P.A.*, 199, Padova, 7 ss.

⁷²⁴ Per un approfondimento in ordine ai profili problematici concernenti i criteri di riparto tra potestà legislativa statale e regionale in materia di diritto alla salute v. D'ANGELOSANTE, *La tutela della salute è competenza concorrente... ma riservata allo Stato*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 01, 30 ss. secondo cui (44) "i principi fondamentali delle materie concorrenti dopo la riforma del Titolo V sono stati identificati sulla base di un criterio funzionale, anzi che contenutistico-oggettivo, oppure sulla base della necessità di ricerca di un punto di equilibrio fra interessi contrapposti. In sostanza, e con specifico riferimento alla tutela della salute, è spesso accaduto che « la disciplina statale sia stata salvaguardata in toto qualificando le relative disposizioni come norme di principio, necessariamente uniformi « stante la loro finalità di protezione di un bene, quale la salute della persona, ugualmente pregiudicato su tutto il territorio della Repubblica ». È altresì accaduto che la disciplina statale sia stata salvaguardata, come si accennava, sulla base della circostanza che essa rappresentasse la « mediazione tra più interessi contrapposti e coinvolgenti, a vario titolo, anche lo Stato »". In merito alla configurazione del diritto alla salute quale posizione giuridica soggettiva fondamentale suscettiva di essere ricompresa all'interno della categoria dogmatica dei livelli esenzionali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117 comma 2 lett. m Cost., v. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2002, 03, 2034 ss.

⁷²⁵ "L'insieme dei soggetti governati è quindi senz'altro tenuto ad attivarsi per far sì che quel bene non corra pericoli di compromissione (se già posseduto) e sia concretamente conquistato dai singoli e dalla collettività (se assente). L'interesse dell'ordinamento coincide peraltro in via di principio con l'interesse dei singoli che, nel caso di inerzia o di cattivo uso della discrezionalità spettante a quello tra i pubblici poteri cui per primo compete dare attuazione alla norma costituzionale – il legislatore – potrebbe trovare protezione davanti alla Corte Costituzionale" Così LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 2.

⁷²⁶ Invero, il problema della erogazione di prestazioni sanitarie a titolo gratuito, com'è facile intuire, si misura con gli stretti vincoli di bilancio che contingentemente possono condizionare l'accesso a determinati percorsi terapeutici. Compete al legislatore, di certo, selezionare, nell'esercizio della propria discrezionalità, soggetta, però, ad uno stretto scrutinio di ragionevolezza, i casi, le condizioni ed i limiti di accesso a cure gratuite, tenendo comunque ben presente il rilievo secondo il quale privare il cittadino della possibilità di fruire gratuitamente di trattamenti sanitari incide non tanto e solo nei suoi interessi economico/patrimoniali ma ben può tradursi in una irrimediabile compromissione di un bene personalissimo ed inviolabile. Per un approfondimento sul punto v. LUCIANI, *Diritto alla Salute*, cit., 9.

⁷²⁷ Richiama la qualificazione del diritto alla salute, nella sua accezione positiva, alla stregua di "dover essere", ovvero istanza da promuovere, per garantirne piena effettività, in capo al Legislatore, GIUSTI, SANTILLI, *Tutela della Salute* – cit., 3.

Invero, se appare chiaro che il grado di civiltà giuridica e sociale di una data comunità si misura attraverso il livello di benessere della collettività espresso non solo in termini meramente economico/patrimoniali ma, in primo luogo, in termini di qualità della vita correlata ai servizi di interesse generale erogati dalla pubblica amministrazione⁷²⁸, al contempo, ragionevole appare, anche nell'ottica della massima valorizzazione dei diritti fondamentali della persona, modulare l'erogazione di prestazioni *lato sensu* sociali in ossequio ai canoni dell'efficienza e dell'efficacia (oltre che in proporzione alle risorse concretamente disponibili) richiedendo ciò, di necessità, un'opera di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco (tra loro, anche solo occasionalmente, confliggenti).

In ordine all'effettività del diritto alla salute ciò essenzialmente si traduce nella necessità di calmierare l'erogazione delle prestazioni sanitarie (a titolo gratuito) con ulteriori specifici interessi (non solo economici ma anche, *lato sensu*, sociali) in vista del perseguimento di un giusto temperamento⁷²⁹ tenendo, però, sempre bene a mente che la selezione e la commisurazione degli interessi non può in ogni caso giammai pregiudicare il contenuto minimo ovvero il nucleo essenziale del diritto in questione dovendo, per converso, essere sempre garantita una soglia minima ed inderogabile di prestazioni sufficienti a soddisfare la pretesa di tutela dell'integrità psicofisica dell'individuo⁷³⁰.

⁷²⁸ È il caso affrontato, in un recente passato, in giurisprudenza con riferimento ad un provvedimento di soppressione di una struttura sanitaria ospedaliera da parte della competente A.U.S.L., la cui efficacia era stata sospesa dal G.A., e del conseguente provvedimento cautelare emesso dal G.O. avente ad oggetto l'immediato ricovero di una partoriente presso il reparto di ginecologia ed ostetricia dell'ospedale in questione. In merito, in realtà erano state sollevate in dottrine perplessità in ordine al profilo della giurisdizione e, in particolare, della potestà del G.O. di ordinare un *facere* pubblicistico nei confronti della P.A. Invero, “*nel caso particolare delle prestazioni sanitarie, come detto, la fruizione del servizio non è condizionata dall'espletamento di un procedimento amministrativo, in quanto il diritto ad utilizzare le strutture sanitarie pubbliche, per la sua natura di situazione soggettiva costituzionalmente garantita, discende direttamente dall'ordinamento e non può essere condizionata da alcun atto discrezionale. Di conseguenza, tutte le controversie promosse da singoli soggetti privati, al fine di ottenere l'erogazione delle prestazioni cui il Servizio sanitario nazionale è istituzionalmente preposto, devono ritenersi attinenti al rapporto individuale di utenza e, in quanto tali, comunque devolute alla giurisdizione del giudice ordinario (Cassazione Su, 558/00; Tar Basilicata, 766/01; Tar Piemonte, 62/2002, Tar Friuli V.G. 355/02). D'altra parte, il rapporto tra l'ente gestore del servizio e il singolo utente, una volta espletato l'eventuale procedimento amministrativo di ammissione al servizio, si sviluppa secondo moduli di tipo strettamente privatistico; per cui, agendo l'ente pubblico gestore secondo tali moduli, deve escludersi che il giudice ordinario che gli ordini l'espletamento della prestazione incorra nel divieto di imporre un *facere* alla Pa, previsto dall'articolo 4 della legge 2248/1865”.*

Così MARI, *Il diritto alla salute non si affievolisce*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2004, 12, 81.

⁷²⁹ Invero, “*l'idea che i principi costituzionali sono sempre oggetto di ponderazione anziché di applicazione, o peggio che possono essere ponderati con principi morali inventati dai giudici, genera evidentemente un pericolo, del quale non sempre i suoi sostenitori sembrano consapevoli, per l'indipendenza della giurisdizione e per la sua legittimazione politica. Se infatti si sostiene che i giudici non devono limitarsi a interpretare le norme di diritto positivo ma sono abilitati a crearle essi stessi, sia pure attraverso il bilanciamento dei principi, allora viene minata la separazione dei poteri. E in tempi come gli attuali - di crescente tensione tra potere politico e potere giudiziario e di insofferenza del primo per i controlli di legalità esercitati dal secondo - la teorizzazione di una simile potestà normativa dei giudici rischia di offrire un potente argomento a sostegno della loro investitura politica, tramite la loro elezione, o peggio la loro collocazione alle dipendenze dal potere esecutivo”.*

Così FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 03, 2791.

⁷³⁰ In tal senso v. AICARDI, *La sanità*, cit., in CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 383.

Esemplificativa è, in tal senso, la vicenda di recente sottoposta innanzi all'attenzione della Consulta ed avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 5, della legge 23 ottobre 1985, n. 595 nella parte in cui si riteneva non applicabile alle ipotesi di prestazioni sanitarie ottenute presso strutture estere, diverse dai centri di altissima specializzazione, nei casi in cui tali prestazioni siano l'unica possibilità per evitare un danno grave e irreversibile alla salute.

Orbene, la norma impugnata consente il recupero, da parte dei cittadini italiani, delle spese sostenute per prestazioni di assistenza sanitaria ottenute all'estero a condizione che le stesse siano state erogate da centri di «altissima specializzazione» e che riguardino «prestazioni che non siano ottenibili nel nostro Paese tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico», ma, secondo l'opzione ermeneutica dominante, di per sé, non avrebbe potuto costituire la base giuridica nel caso di sottoposizione a trattamenti sanitari ottenuti presso strutture estere diverse dai centri di altissima specializzazione nei casi in cui tali prestazioni siano l'unica possibilità per evitare un danno grave e irreversibile alla salute.

Invero, secondo una prima opzione ricostruttiva, il principio generale – il quale prevede che i presupposti, il tipo e le modalità di erogazione delle prestazioni assistenziali, dirette a tutelare il diritto alla salute, siano stabiliti dal legislatore nell'esercizio della discrezionalità di apprezzamento che gli compete nel contemperamento tra le esigenze degli assistiti e quelle di bilancio – subisce deroga qualora si tratti del nucleo essenziale del diritto alla salute⁷³¹ e la prestazione in questione sia indispensabile e indifferibile per la sua tutela⁷³².

In tal contesto, consolidato è l'indirizzo secondo il quale la tutela del diritto alla salute, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni, «non può non subire i condizionamenti

⁷³¹ «In relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, che configura un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile soltanto un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni. in assenza, però, di dette condizioni e allorquando non vengano denunciati pregiudizi alla salute - anche in termini di aggravamenti o di non adeguata guarigione - la domanda volta a ottenere le dovute prestazioni con modalità di più comoda ed agevole praticabilità per il paziente di quelle apprestate dalla pubblica amministrazione, ha come presupposto una situazione soggettiva di interesse legittimo stante la discrezionalità riconosciuta alla autorità amministrativa di soddisfare tempestivamente le esigenze del richiedente scegliendo tra le possibili opzioni praticabili - anche attraverso una opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate - la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario». Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 1 agosto 2006 n. 17462.

⁷³² A tal proposito, il giudice *a quo* richiamava la sentenza della Corte Costituzionale n. 309 del 1999, con la quale, scrutinando una questione sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., fu dichiarata «l'illegittimità costituzionale degli articoli 37 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del Servizio sanitario nazionale), e 1 e 2 del d.P.R. 31 luglio 1980, n. 618 (Assistenza sanitaria ai cittadini italiani all'estero), nella parte in cui, a favore dei cittadini italiani che si trovano temporaneamente all'estero, non appartengano alle categorie indicate nell'art. 2 del medesimo decreto e versano in disagiate condizioni economiche, non prevedono forme di assistenza sanitaria gratuita da stabilirsi dal legislatore». Sul punto cfr. Corte Costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354.

che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone» ancorché, però, le «esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»⁷³³. Ne deriva, quindi, che è compito precipuo dello Stato-apparato provvedere alla predisposizione dei mezzi necessari per consentire una tutela effettiva del diritto alla salute dei propri cittadini all'interno del proprio territorio.

Diversamente, però, l'assistenza sanitaria agli italiani all'estero costituisce oggetto di una disciplina specifica rispetto a quella che regola l'assistenza a favore di coloro che si trovano nel territorio dello Stato. Specificità che deriva dal fatto che il servizio sanitario, come in genere i servizi pubblici, incontra di norma i limiti territoriali propri dello Stato, sicché le prestazioni vengono erogate direttamente mediante strutture pubbliche organizzate nel territorio oppure da soggetti con i quali le pubbliche amministrazioni stipulano convenzioni⁷³⁴. Ciò non può non riflettersi sulla disciplina delle condizioni al ricorrere delle quali è subordinato il diritto alle prestazioni e sul tipo, entità e modalità della loro erogazione e, quindi, anche sui criteri cui ci si attiene nell'operare il bilanciamento di cui si è detto tra tutela del diritto alla salute ed esigenze dello Stato di natura finanziaria e, più in generale, organizzativa⁷³⁵.

Tali considerazioni spiegano perché il legislatore, nel disciplinare l'assistenza agli italiani all'estero, abbia richiesto che la presenza all'estero fosse motivata da ragioni di lavoro o da particolari motivi di studio (fruizione di borse di studio) ritenendo che, in tali casi, l'espatrio realizzasse non soltanto l'interesse individuale dei singoli, ma anche un interesse generale e, come tale, meritevole di trattamenti idonei a non ostacolarlo.

Ragioni diverse, ma pur sempre ispirate a valutazioni di interesse generale, sono alla base della normativa impugnata rispetto alla quale, mediante l'ordinanza di rimessione alla Consulta, si postulava l'opportunità dell'integrazione del precetto al fine di renderlo conforme ai valori scolpiti all'interno della Carta Fondamentale⁷³⁶.

Orbene, dalla disamina del tenore letterale della disciplina oggetto di censura, emerge chiaramente che il legislatore, preso atto della impossibilità o della eccessiva onerosità di predisporre nel territorio nazionale strutture di altissima specializzazione in grado di fornire

⁷³³ In questo senso, *ex plurimis*: Corte Costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354; Corte Costituzionale sentenza 26 settembre – 16 ottobre 1990, n. 455; Corte Costituzionale sentenza 7 – 17 luglio 1998 n. 267; Corte Costituzionale sentenza 13 – 20 novembre 2000 n. 509; Corte Costituzionale sentenza 5 – 17 luglio 2001 n. 252; Corte Costituzionale sentenza 07 dicembre 2005 n. 432.

⁷³⁴ Cfr. artt. 19 e 25 della l. n. 833/78.

⁷³⁵ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354.

⁷³⁶ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354.

particolari prestazioni o della impossibilità di assicurare un'organizzazione tale da fornire, per ogni evenienza, in tempo utile, le necessarie terapie, ha previsto la facoltà per i cittadini residenti in Italia di recarsi all'estero in luoghi dove sia possibile fruire delle prestazioni richieste dal caso sotto i profili qualitativo e temporale, sia pure entro determinati limiti e a precise condizioni⁷³⁷.

Secondo un diverso approccio, desumibile dalla sentenza della Consulta n. 309 del 1999, rileverebbe, invece, un principio generale secondo il quale, ogni qual volta sia in pericolo il nucleo essenziale del diritto alla salute, il cittadino italiano, anche se si trovi all'estero, quali che siano le ragioni che l'abbiano indotto all'espatrio, abbia comunque diritto ad ottenere che il costo delle necessarie prestazioni sanitarie sia sostenuto dal servizio sanitario nazionale o, quanto meno, sia in parte coperto con il contributo di questo.

In realtà, è stato chiarito, *“la suddetta pronuncia è stata emessa sul fondamento che l'art. 32, comma primo, Cost. «garantisce cure gratuite agli indigenti» e in considerazione del fatto che, per costoro, l'insufficienza delle condizioni economiche, unitamente alla mancata previsione del diritto di ottenere il rimborso delle spese necessarie, potrebbe determinare l'impossibilità di procurarsi le indispensabili prestazioni sanitarie e risolversi, quindi, in un pregiudizio diretto e immediato del diritto alla salute. Infatti, in essa la Corte ha precisato come il richiedere, anche per gli indigenti (nel senso suddetto), che la presenza all'estero fosse motivata da ragioni di lavoro o da particolari ragioni di studio avrebbe costituito «aggravamento di una condizione materiale negativa; aggravamento che al legislatore è vietato introdurre»*⁷³⁸.

In definitiva, da ciò deriva che, alla stregua dell'art. 32 Cost., non può essere affermato in modo assoluto il principio secondo il quale, in caso di gravità della malattia e di urgenza dell'intervento terapeutico, il costo di quest'ultimo deve essere rimborsato pure a coloro che non si trovino in una condizione di indigenza anche in senso relativo⁷³⁹.

In una diversa prospettiva opera, invece, il diritto al conseguimento del rimborso delle spese sostenute da parte dell'individuo (che versi in una condizione di sofferenza psicofisica e non possa usufruire delle cure necessarie all'interno del proprio Paese in tempi ragionevoli) secondo il giudice comunitario⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354.

⁷³⁸ Così Corte Costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354, che continua precisando: *“Per altro verso, dalla sentenza richiamata non si ricava l'equiparazione dei motivi del soggiorno al di fuori del territorio nazionale diversi da quelli di lavoro o di studio a questi ultimi, ma soltanto che ai primi non è consentito «collegare una aprioristica valutazione negativa», tale da escludere qualsiasi intervento pubblico anche nel caso di persona indigente”*.

⁷³⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 31 ottobre 2008, n. 354.

⁷⁴⁰ È pur vero, però, che usualmente la giurisprudenza nazionale si allinea all'orientamento maturato in sede comunitaria; in tal senso va segnalato come la giurisprudenza della Suprema Corte, in materia di tutela del

A prescindere, cioè, dalle personali condizioni economico/patrimoniali dei pazienti, l'attenzione si focalizza su di un diverso profilo attinente, in particolare, all'accertamento, in concreto, della situazione di emergenza sanitaria in cui versi il richiedente ovvero della necessità, in alcun altro modo sopperibile, della somministrazione del farmaco ai fini terapeutici.

Ed infatti, seppur è vero che il diritto comunitario consente agli Stati membri di limitare la libera prestazione dei servizi medico-ospedalieri, “*qualora la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica o addirittura per la sopravvivenza della popolazione e che, a tale scopo, può essere imposto l'obbligo di una previa autorizzazione per la fruizione di cure all'estero*”⁷⁴¹, ciononostante, un rifiuto di autorizzazione da parte dell'autorità sanitaria dello Stato membro d'origine, però, non può essere fondato sulla sola esistenza di liste d'attesa destinate a programmare e a gestire l'offerta ospedaliera in funzione di priorità cliniche prestabilite in termini generali, senza che ci sia stata una specifica valutazione medica della situazione clinica del paziente⁷⁴².

In particolare, un regime di previa autorizzazione deve essere comunque basato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali⁷⁴³.

Da ciò comunque consegue che quando il tempo di attesa derivante da tali liste è eccessivo, l'istituzione competente non può in alcun modo rifiutare l'autorizzazione, fondandosi su

malato, ricalchi in grandi linee quella comunitaria che - pur riconoscendo che gli artt. 59 e 60 del Trattato CE (coincidenti, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, con gli artt. 49 e 50) non sono violati dalla normativa di uno Stato membro, che subordina alla previa autorizzazione della cassa malattia di appartenenza il rimborso delle spese sostenute dall'assicurato per il ricovero presso un Istituto ospedaliero situato in altro stato membro - ha affermato che l'autorizzazione non può essere negata quando risulti che il trattamento sanitario considerato assuma i caratteri dell'"usualità" (nel senso che sia adeguatamente provato e riconosciuto dalla scienza medica internazionale), e dalla "necessità" (nel senso che non sia possibile ottenere definitivamente un trattamento identico che presenti lo stesso grado di efficacia presso un istituto che abbia concluso una convenzione con la cassa malattia cui fa parte l'assicurato). Sul punto v. *Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 2001, causa C-157/99; Corte di Cassazione., Sez. Un., sentenza 30 maggio 2005 n. 11334*. Sul punto, è stato peraltro precisato che la suddetta autorizzazione non possa essere rifiutata sempre che le cure in questione figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiede l'interessato e sempre che un trattamento identico (o con lo stesso grado di efficacia) non possa essere tempestivamente ottenuto nel territorio dello Stato. In tal senso v *Corte di Giustizia, sentenza 23 ottobre 2003, causa C-56/01*.

⁷⁴¹ Così *Corte di Giustizia delle Comunità Europee – Grande Sezione – Sentenza 16 maggio 2006 - -Causa C-372/04*.

⁷⁴² Cfr. *Corte di Giustizia delle Comunità Europee – Grande Sezione – Sentenza 16 maggio 2006 - -Causa C-372/04*. Per un commento sulla vicenda v. CASTELLANETA, *I tempi non possono essere prefissati ma vanno calcolati sul singolo caso*, in *Guida al Diritto*, 2006, n. 23, 114 ss.

⁷⁴³ Invero, “*l'autorizzazione alle cure in centri extra regionali o non convenzionati non è atto automatico e dovuto, bensì è espressione di discrezionalità decisionale, poiché comporta comunque una valutazione dei presupposti per la concessione dell'autorizzazione. Il potere autorizzatorio del soggetto pubblico ha per effetto di attribuire alla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio l'indubbia consistenza di interesse legittimo, così radicando la giurisdizione del giudice amministrativo per tutte le controversie aventi ad oggetto l'illegittimità dei dinieghi di autorizzazione al rimborso di spese sanitarie*”. Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, *sentenza 25 settembre 2009, n. 1526*.

motivi relativi alle esigenze di equilibrio finanziario del sistema interno, perché ciò si tradurrebbe in un'ingiustificata pretermissione di un diritto inviolabile della persona a fronte del quale certamente recedono interessi di natura squisitamente economico/patrimoniale.

Sotto il profilo della giurisdizione⁷⁴⁴, poi, nel tempo, è stato possibile registrare la confluenza di differenti opzioni ermeneutiche che hanno radicato ora il capo al G.O., ora innanzi al G.A., la cognizione delle controversie sorte tra l'amministrazione ed il cittadino aventi ad oggetto, essenzialmente, l'accesso e/o comunque la fruizione di trattamenti sanitari, somministrazione di farmaci e percorsi terapeutici in genere⁷⁴⁵.

Si sono così sovrapposte almeno tre diverse soluzioni⁷⁴⁶; in base alla prima impostazione, risalente nel tempo e coerente con la teorica dei diritti inaffievolibili, il contenzioso in cui sia direttamente investito il diritto alla salute del singolo non può che essere devoluto alla cognizione del G.O., giudice naturale dei diritti, perché la salute è, per definizione, una posizione giuridica soggettiva fondamentale insuscettiva di subire alcun effetto di degradazione a mero interesse legittimo a fronte della spedita di potere pubblicistico.

Diversamente, secondo altra opzione, la giurisdizione dovrebbe essere determinata secondo che il diritto alla salute venga in considerazione nella sua declinazione di libertà negativa, ovvero positiva; più nel dettaglio, laddove si controverta in ordine al diritto del singolo a non essere sottoposto a trattamenti sanitari per i quali non voglia manifestare valido consenso, appare evidente come si assista alla configurabilità del diritto alla salute alla stregua di posizione giuridica soggettiva intangibile, vero e proprio diritto resistente a tutt'oltranza la cui tutela, per tale ragione, non può che competere, appunto, al giudice naturale dei diritti⁷⁴⁷. Laddove, invece, la controversia abbia ad oggetto il conseguimento di prestazioni sanitarie richieste dal cittadino e negate dalla P.A., il diritto alla salute non appare insuscettivo di

⁷⁴⁴ Com'è noto, secondo un consolidato orientamento, *“la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, a tal fine, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il cosiddetto "petitum sostanziale", il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico di cui essi sono manifestazione e dal quale la domanda viene identificata. L'applicazione, ai fini del riparto della giurisdizione, del suddetto criterio implica senza dubbio l'apprezzamento di elementi che attengono anche al merito (con la conseguenza che la Corte di cassazione è in materia anche giudice del fatto) ma non comporta che la statuizione sulla giurisdizione possa confondersi con la decisione sul merito né, in particolare, che la decisione possa essere determinata "secundum eventum litis"*. Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 01 agosto 2006, n. 17461.

⁷⁴⁵ Per una approfondita disamina, in termini generali, dei criteri di riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A. v. CHIEPPA, GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2011, Milano, 109 ss.

⁷⁴⁶ Per un'ampia disamina della questione v. GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto, cit.*, 1770 ss. Per una sintesi delle diverse opzioni ricostruttive v. NATALINI, *Emergenza rifiuti in Campania e diritto alla salute: sulle scelte commissariali in materia di discariche decide (sempre) il giudice amministrativo*, in *Diritto & Giustizia*, 2008, 02, 5 ss.

⁷⁴⁷ Per una disamina dei problemi correlati al rapporto tra modalità di prestazione del consenso ed organizzazione dei servizi sanitari pubblici, v. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari, cit.*, 180 ss.

affievolimento perché, in considerazione della compresenza di ulteriori interessi (costituzionalmente rilevanti) in gioco, (ad esempio connessi agli stringenti vincoli di bilancio), si assiste, in ossequio al principio di legalità, all'esercizio di un potere discrezionale di apprezzamento a fronte del quale la posizione giuridica soggettiva vantata dal privato non può che assumere la consistenza di mero interesse legittimo⁷⁴⁸.

Da qui la giurisdizione generale di legittimità del G.A.⁷⁴⁹.

Più propriamente, si è detto che, partendo dal presupposto della incontestabilità dell'esistenza di un nucleo di diritti che la carta Costituzionale considera, a ragione, "fondamentali", in quanto collegati alla sfera personale dell'individuo (salute, libertà e integrità personali, riservatezza), la teoria di un diritto resistente a oltranza all'intervento di qualsivoglia influenza esterna, (prima tra tutte quella della Pubblica Amministrazione), si basa su un duplice erroneo presupposto: quello, sostanziale, dell'esistenza di una contrapposizione tra diritti fondamentali e possibilità della Pubblica Amministrazione di esercitare la propria potestà discrezionale; quello, formale, della inesistenza, all'interno della Costituzione, di meccanismi di contemperamento tra i suddetti diritti asseritamente incompressibili e altri "interessi", pubblici o privati⁷⁵⁰.

Trattasi di presupposti, come detto, ritenuti erronei, in quanto basati sulla mancata considerazione che anche un diritto fondamentale ben può soggiacere a (relativa) compressione in ragione della tutela, concorrente, di un altro diritto ritenuto, al pari del primo, altrettanto fondamentale; è del tutto evidente, infatti, che il carattere di assolutezza è dato anche, (e soprattutto), dalla valenza che una determinata situazione assume in un preciso e contingente momento storico, sicché *“se c'è l'interesse dello Stato al perseguimento di determinate finalità di interesse pubblico, non vi è diritto fondamentale che tenga, così che, in una società pluralistica come quella attuale, è impensabile ritenere che esistano diritti*

⁷⁴⁸ Critico, sul punto, è DOGLIOTTI, *Il diritto alla salute cit.*, 988, secondo il quale non si tratterebbe di *“una sorta di diritto soggettivo bifronte, che sostanzialmente degrada ad interesse legittimo ogni volta che vengano in considerazione e acquistino rilevanza l'organizzazione interna del Servizio sanitario e le relative politiche economico-sociali a livello nazionale e locale. Se un interesse del soggetto è qualificato come diritto soggettivo perfetto, l'organizzazione interna della pubblica Amministrazione e le scelte politiche dovrebbero evidentemente contare ben poco!”*.

⁷⁴⁹ In termini generali, secondo consolidata opinione maturata in seno alla giurisprudenza amministrativa, può dirsi che *“qualora, deducendo vizi tipici dell'atto, venga richiesto l'annullamento di un atto amministrativo emesso da una Regione nell'ambito di una attività discrezionale, sussiste la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo anche quando venga prospettata la violazione di diritti fondamentali della persona e anche qualora il privato abbia a disposizione la speciale procedura avverso atti e comportamenti discriminatori di cui all'art. 4 d.lg. 9 luglio 2003 n. 215: detta procedura infatti non è sostitutiva dei mezzi di tutela ordinari, ma rappresenta uno strumento aggiuntivo e ulteriore che va a rafforzare la protezione nel caso di discriminazione”*. Così T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, sentenza 16 luglio 2009, n. 4392.

⁷⁵⁰ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

*inviolabili del singolo tali da rendere quest'ultimo intoccabile anche di fronte a necessari interventi dello Stato a tutela di situazioni diverse, riferibili anche ad altri individui*⁷⁵¹.

Del resto, è stato anche osservato, la stessa Carta Costituzionale ha in più punti previsto il confronto tra diritti fondamentali e altri interessi attribuendo al Legislatore ordinario il potere e il compito di bilanciare la tutela del singolo con quella dell'interesse pubblico, così aprendo la porta all'esercizio del potere esecutivo dell'Amministrazione che, *“lungi dal regredire e scomparire in presenza dei diritti cd. inviolabili, si dispiega anche fino al punto di comprimere le posizioni dei singoli, con le medesime caratteristiche e i medesimi contenuti che possiede quando va a scontrarsi, limitandole, con posizioni soggettive non assunte - secondo l'orientamento qui criticato - al rango di diritti fondamentali”*⁷⁵².

Non vi sarebbe dunque alcuna differenza, se non da un punto di vista del concreto atteggiarsi del potere amministrativo, tra l'azione della Pubblica Amministrazione quando interviene in materia di salute del cittadino e quando lo fa in ambiti tradizionalmente considerati al di fuori della sfera protetta dei diritti fondamentali incompressibili, come, ad esempio, quella dei diritti patrimoniali⁷⁵³.

Per vero, tale ultima ricostruzione è stata sottoposta a revisione critica; ferma restando, infatti, la cognizione del G.O. in ordine alla tutela del diritto alla salute con riferimento alla sua componente c.d. “oppositiva”, occorre effettuare un distinguo nel caso in cui si debba accertare la legittimità della pretesa avanzata dal privato avente ad oggetto l'erogazione di un determinato trattamento sanitario ovvero la somministrazione di uno specifico farmaco.

In tali ipotesi, cioè, si ritiene che laddove si versi in uno stato di pericolo di vita, ovvero di esposizione del cittadino ad un inutile e perdurante stato di sofferenza conseguente al ritardo ovvero al diniego opposto dalla P.A., la posizione giuridica soggettiva vantata non potrà che assumere la consistenza di diritto soggettivo (inaffievolibile) perfetto, conseguendo da ciò la giurisdizione, anche a fronte della componente c.d. pretensiva del diritto alla salute, del G.O. e residuando la cognizione del G.A. con riferimento alle sole ipotesi in cui non ricorra un pregiudizio imminente ed irreparabile⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

⁷⁵² Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

⁷⁵³ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

⁷⁵⁴ “Al riguardo è noto l'ormai consolidato indirizzo nomofilattico del Supremo Collegio, puntualmente ricordato dalla Usl nei suoi atti difensivi, secondo cui la discrezionalità amministrativa in materia viene meno ogniqualvolta il richiedente alleghi una situazione d'urgenza, superabile soltanto con la somministrazione di cure immediate non erogate dal servizio sanitario pubblico, trattandosi in tal caso di assicurare tutela ad un diritto assoluto della persona, non suscettibile - in quanto diritto soggettivo perfetto - di esser degradato da eventuali provvedimenti negativi dell'autorità amministrativa (in termini, si veda la recente ordinanza delle Sezioni Unite n. 13548 del 24.6.2005, sul "protocollo Di Bella", nonché i precedenti arresti del Supremo Giudice della giurisdizione: 26.9.1997, n. 5297; 28.10.1998, n. 10737; 19.2.1999, n. 858; 29.11.1999, n. 837; 10.5.2001, n. 194; 8.8.2001, n. 10965), quand'anche adottati in ossequio ad altri (recessivi) interessi di rilevanza costituzionale (come quello alla corretta gestione del denaro pubblico; in argomento, v. l'ordinanza

Tale assunto è stato, però, di recente sconfessato dalla Suprema Corte che ha statuito il principio secondo il quale la giurisdizione spetta al giudice ordinario, sia nel caso in cui siano addotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostantive alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione⁷⁵⁵, sia nel caso in cui l'autorizzazione sia stata chiesta e si assuma illegittimamente negata⁷⁵⁶, giacché viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla salute⁷⁵⁷, non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica riconosciuta alla P.A. in ordine all'apprezzamento della sussistenza dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni⁷⁵⁸.

Tale conclusione appare suffragata da un articolato ragionamento, ricco di argomentazioni, che merita, ancorché brevemente, di essere evidenziato.

Nel tempo, la giurisdizione del giudice ordinario, relativamente alle domande di rimborso delle spese sanitarie sostenute da un cittadino italiano all'estero senza aver ottenuto una preventiva autorizzazione dalla competente amministrazione, è stata quasi sempre correlata al rilievo che, *“in caso di ricovero per motivi di urgenza rappresentati dal pericolo di vita o da possibilità di aggravamenti della malattia o di non adeguata guarigione, oggetto della domanda è la tutela del diritto primario e fondamentale alla salute garantito dall'art. 32*

delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 11334 del 30.5.2005”. Così Consiglio di Stato, sentenza 11 gennaio 2006 n. 35.

⁷⁵⁵ *“Costituisce ius receptum la regola di riparto della giurisdizione secondo cui la domanda dell'assistito dal Servizio sanitario nazionale di rimborso di spese effettuata presso una struttura privata o all'estero, senza preventiva autorizzazione, per cure o interventi in tesi (con salvezza, evidentemente, dell'accertamento sul fondamento di merito della domanda) urgenti e non ottenibili dal servizio pubblico, fa valere una posizione creditoria correlata al diritto alla salute, per sua natura non suscettibile di essere affievolito dal potere di autorizzazione, ed inoltre, quanto al requisito dell'urgenza, coinvolge meri apprezzamenti tecnici della P.A., non valutazioni discrezionali in senso stretto, cosicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario (in termini, da ultimo, Cass. S.u. 15897/del 2006; vedi anche Cass. S.u. 23735/2006 e 17461/2006)”*. Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 marzo 2007 n. 5402.

⁷⁵⁶ *“In sede di richiesta di autorizzazione per cure da prestare all'estero, l'autorità sanitaria competente è unicamente tenuta a verificare dopo aver verificato esattamente la natura della prestazione sanitaria richiesta, se quest'ultima sia offerta dal Servizio sanitario nazionale, accordando in caso contrario all'assistito, in assenza di altre circostanze ostantive, l'autorizzazione a recarsi all'estero per ivi ottenere le cure necessarie. Non è invece compito dell'autorità sanitaria sindacare in via autonoma l'efficacia della terapia prescelta, a meno che essa non esorbitsi manifestamente dal novero delle cure riconosciute dalla scienza medica al momento della domanda”*. Così Consiglio di Stato, sentenza 11 gennaio 2006 n. 35.

⁷⁵⁷ Per una ricostruzione dell'ampio dibattito maturato nel corso del tempo sul punto v. VAGLI, *Cure ed interventi sanitari eseguiti all'estero in centri di alta specializzazione: diritto soggettivo od interesse legittimo?*, in www.lexitalia.it.

⁷⁵⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 06 febbraio 2009, n. 2867. Invero, la giurisprudenza amministrativa sembra però perorare una diversa opzione ricostruttiva secondo la quale *“in materia di diritti non affievolibili, il criterio di riparto della giurisdizione non dipende dalla natura inviolabile della posizione soggettiva, quanto piuttosto dalla esistenza di una disposizione legislativa che stabilisca condizioni, contenuti e limiti di intervento della p.a., anche in ambiti di materia tradizionalmente ritenuti prettamente tecnici: infatti, in presenza di un criterio di comportamento tra diritti fondamentali e potere dell'amministrazione si da attribuire all'interesse vantato dal privato natura pretensiva, non può che ritenersi che il provvedimento sia in grado di produrre l'effetto degradatorio da diritto soggettivo ad interesse legittimo, così radicando la giurisdizione del giudice amministrativo secondo l'ordinario criterio di riparto allorché il ricorrente prospetti che la sua lesione costituisca l'effetto della mancata attivazione di poteri tecnico discrezionali spettanti alla p.a.”*. Così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, sentenza 25 settembre 2009, n. 1526.

*Cost., il cui necessario contemperamento con altri interessi, pure costituzionalmente garantiti, come le risorse disponibili del servizio nazionale sanitario, non vale a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto*⁷⁵⁹.

Coerentemente, s'è anche affermato che, negli altri casi, (ovvero solo se non ricorra una situazione di necessità ed urgenza) alla pubblica amministrazione è riconosciuto “*un potere autorizzativo discrezionale nel valutare sia le esigenze sanitarie di chi chieda una prestazione del Servizio sanitario nazionale sia le proprie disponibilità finanziarie, si che il richiedente risulta titolare di un mero interesse legittimo*”⁷⁶⁰

Così, anche le pronunce che, secondo la massima ufficiale, sembrerebbero avallare a prima lettura la tesi dell'esclusione dell'affievolimento del diritto tutte le volte che venga in considerazione il diritto alla salute, concernono in realtà fattispecie nelle quali sussisteva, in tesi, l'urgenza che aveva impedito la richiesta di preventiva autorizzazione⁷⁶¹.

Invero, il fulcro di tali pronunce va, però, essenzialmente ravvisato nel rilievo secondo il quale il contemperamento del primario e fondamentale diritto alla salute con altri interessi, a loro volta costituzionalmente protetti, non è sufficiente a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto e che quella consistenza non può essere alterata neppure

⁷⁵⁹ Cfr. *Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 30 maggio 2005 n. 11333; Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 30 maggio 2005 n. 11334; Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 28 giugno 2006 n. 14848.*

⁷⁶⁰ Cfr. *Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 24 giugno 2005 n. 13548.*

⁷⁶¹ E' il caso di *Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 marzo 2007 n. 5402*, nella quale si afferma che l'allegazione dell'urgenza “è sufficiente, in base al criterio del *petitum* sostanziale, per ritenere che sia stato azionato un diritto soggettivo di credito, siccome costituisce *ius receptum* la regola di riparto della giurisdizione secondo cui la domanda dell'assistito dal Servizio sanitario nazionale di rimborso di spese effettuata presso una struttura privata o all'estero, senza preventiva autorizzazione, per cure o interventi in tesi (con salvezza, evidentemente, dell'accertamento sul fondamento di merito della domanda) urgenti e non ottenibili dal servizio pubblico, fa valere una posizione creditoria correlata al diritto alla salute, per sua natura non suscettibile di essere affievolito dal potere di autorizzazione, ed inoltre, quanto al requisito dell'urgenza, coinvolge meri apprezzamenti tecnici della P.A., non valutazioni discrezionali in senso stretto, cosicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario l'in termini, da ultimo, *Cass, S.U. 15897/2006; vedi anche Cass. S.U. 23735/2006 e 17461/2006*”. Nello stesso senso v. *Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 agosto 2000 n. 558*, nella quale testualmente si afferma: “che, poi, l'amministrazione adita dal privato per il rimborso della spesa sostenuta debba apprezzare la gravità e l'urgenza, eventualmente secondo criteri di discrezionalità tecnica, non basta ad alterare la consistenza del diritto soggettivo, giacché l'inosservanza di criteri tecnici nell'accertamento della concreta sussistenza di una posizione soggettiva non esprime alcun potere di supremazia, tanto da essere consueta anche nei rapporti interprivati, e non comporta, quindi, in quelli pubblici, alcun fenomeno di affievolimento. Il che è da confermare, con riguardo al diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 *Cost.*, che la Corte Costituzionale definisce (v. *sent. n. 992 del 1988*) come diritto primario e fondamentale, senza tuttavia escludere che esso debba essere temperato con altri interessi, a loro volta costituzionalmente protetti, quali le risorse finanziarie disponibili dal Servizio nazionale, e possa essere, quindi, limitato con leggi, regolamenti o atti amministrativi generali (*sent. n. 247 del 1992*), che non sono, comunque, sufficienti a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto. Quest'orientamento (a conferma del quale cfr. altresì *Cass., sez. un., 29 novembre 1999, n. 837, Id., 19 febbraio 1999, n. 85, Id., 28 ottobre 1998, n. 10737, Id., 26 settembre 1997, n. 9477, Id., 12 giugno 1997, n. 5297*, applicative di identici principi anche alle spese sostenute all'estero), deve essere confermato, non emergendo elementi che inducano a discostarsene. Esso, inoltre, appare di persistente coerenza con la normativa di settore, pur dopo la riforma attuata col *D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dal D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229*”.

dall'apprezzamento della gravità ed urgenza da parte della pubblica amministrazione secondo criteri di discrezionalità tecnica⁷⁶².

Dalla disciplina di settore⁷⁶³, poi, si desume chiaramente che, in ordine alla possibilità che gli interventi terapeutici siano adeguatamente e tempestivamente erogati in Italia dalle strutture sanitarie pubbliche o convenzionate con il servizio sanitario nazionale, per il tipo di valutazioni da compiere (sussistenza dei presupposti sanitari e per la qualifica di chi è chiamato a farle (medici), l'apprezzamento dell'amministrazione sia esclusivamente tecnico e non discrezionale in senso stretto⁷⁶⁴, non implicando l'esercizio di alcun potere di supremazia⁷⁶⁵.

“Ne discende univoca la conclusione che, in materia di richiesta di rimborso delle spese sanitarie sostenute dai cittadini residenti in Italia presso centri di altissima specializzazione all'estero per prestazioni che non siano ottenibili in Italia tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico⁷⁶⁶, la giurisdizione spetta al giudice ordinario sia nel caso che siano adottate situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, sia nel caso che l'autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata, giacchè viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla salute, non suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni”⁷⁶⁷.

3.2 Potestà amministrativa ed organizzazione del servizio sanitario: profili sostanziali e di giurisdizione.

Sempre in ordine, poi, alla delimitazione della linea di confine tra la giurisdizione del G.A. e quella del G.O. in materia di diritto alla salute, un importante banco di prova è stato sicuramente rappresentato dalla controversia introitata davanti al giudice amministrativo ed

⁷⁶² Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 06 febbraio 2009, n. 2867.

⁷⁶³ Cfr. D.M. Sanità 3 novembre 1989.

⁷⁶⁴ Invero, secondo Tribunale di Lunesei, sentenza 01 aprile 2008, “rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non solo quei rapporti che abbiano una fonte provvedimentale, ma anche quelli che siano sottratti all'applicabilità integrale del diritto privato e presuppongano un provvedimento autorizzatorio, seppur di natura vincolata. - Pertanto - rientra nella giurisdizione esclusiva del g.a. la controversia avente ad oggetto il preteso concorso pubblico nella spesa sanitaria sostenuta all'estero, preceduta da un'istanza in tal senso formulata, in base ad un meccanismo legale predisposto dalla legislazione regionale, coinvolgente profili misti di diritto e di interesse alla legittimità della procedura, in cui il "petitum" - accertamento del diritto previo esame dell'illegittimità del provvedimento negativo - attiene all'assunto cattivo uso del potere”. Per un commento sulla vicenda v. Aciri, *In tema di autorizzazione ad usufruire di cure all'estero e riparto di giurisdizione. la tutela dei diritti fondamentali può essere affidata al giudice amministrativo?*, in *Giur. Merito*, 2008, 12, 3276 ss.

⁷⁶⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 06 febbraio 2009, n. 2867.

⁷⁶⁶ Cfr. L. 23 ottobre 1985, n. 595 e D.M. Sanità 3 novembre 1989.

⁷⁶⁷ Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 06 febbraio 2009, n. 2867.

avente ad oggetto l'impugnazione dell'atto di indirizzo (c.d. linee guida Sacconi) adottato sul finire del 2008 dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali pro tempore, rivolto a richiamare principi di carattere generale, al fine di garantire uniformità di trattamenti di base su tutto il territorio nazionale e di rendere omogenee le pratiche in campo sanitario (con riferimento a profili essenziali come la nutrizione e l'alimentazione) nei confronti delle persone in Stato Vegetativo Persistente.

In particolare, partendo dal presupposto secondo il quale alle persone che versano in Stato Vegetativo Persistente va garantito il sostentamento ordinario di base, ovvero la nutrizione e l'idratazione, sia che siano fornite per vie naturali che per vie non naturali o artificiali, si invitavano le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano ad adottare le misure necessarie affinché le strutture sanitarie pubbliche e private dislocate all'interno dei rispettivi territori si uniformassero al suddetto indirizzo.

Impugnato davanti al T.A.R. Lazio il citato provvedimento ministeriale da parte del Movimento Difesa del Cittadino Mdc, sono state sollevate da parte resistente numerose eccezioni processuali fra le quali anche quella di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo sotto vari profili: in senso assoluto, per insussistenza della natura provvedimentale dell'atto impugnato e di una situazione soggettiva tutelabile; in senso relativo, per l'assoluta discrezionalità del potere esercitato e perché il ricorso era volto alla tutela del diritto soggettivo della salute, assoluto ed inviolabile⁷⁶⁸.

Orbene, pur considerando che, secondo la prevalente giurisprudenza, nell'ordine di esame delle questioni pregiudiziali, quella attinente la giurisdizione deve precedere ogni altra questione poiché anche le statuizioni sul rito costituiscono manifestazione di esercizio del potere giurisdizionale, di pertinenza esclusiva del giudice dichiarato competente a conoscere della controversia⁷⁶⁹, il giudice di prime cure ha ritenuto opportuno valorizzare un diverso orientamento, secondo il quale non mancano in giurisprudenza esempi in cui sono state esaminate questioni preliminari (ad esempio, attinenti all'interesse a ricorrere) prima della verifica della (ed a prescindere dalla) sussistenza della giurisdizione⁷⁷⁰ e, per tale ragione, ha affrontato in prima battuta il problema dell'accertamento della legittimazione processuale dell'associazione ricorrente a censurare un provvedimento amministrativo in tesi non riconducibile alla sfera di competenza (*rectius*: alle materie ed agli ambiti di interessi tutelati in base allo statuto da parte) del Movimento Difesa del Cittadino.

⁷⁶⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650.

⁷⁶⁹ Cfr. *ex multis*: Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 30 gennaio 2009 n. 519; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 20 settembre 2006 n. 5528; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 27 dicembre 2006 n. 7877; TAR Lazio RM, sez. III, sentenza 05 novembre 2007 n. 10894; TAR Valle d'Aosta, sentenza 22 gennaio 1999 n. 5.

⁷⁷⁰ Cfr. *ex multis*: TAR Lazio Latina, sentenza 14 febbraio 2006 n. 145; TAR Lazio Latina, sentenza 22 giugno 2005 n. 557; TAR Liguria, sez. II, sentenza 12 giugno 1997 n. 216.

L'occasione si è rivelata propizia per affermare, ancora una volta, come la tutela degli interessi diffusi e/o collettivi da parte di formazioni sociali intermedie tra Stato e cittadino costituisce un valore primario dell'ordinamento perché, in definitiva, conferisce uno strumento ulteriore di difesa dei diritti fondamentali della persona a fronte di possibili pregiudizi correlati all'esercizio dei pubblici poteri, l'unico limite essendo rappresentato dalla coerenza delle finalità statutarie perseguite da parte della singola formazione sociale rispetto all'assetto di interessi potenzialmente inciso dal provvedimento amministrativo ritenuto lesivo⁷⁷¹.

Interessante, è poi, la disamina della questione concernente la natura giuridica dell'atto impugnato; ed infatti, secondo parte resistente, il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile perché il provvedimento censurato avrebbe dovuto essere apprezzato alla stregua di atto meramente ricognitivo delle disposizioni esistenti ovvero interpretativo dei principi e delle previsioni esistenti; in entrambe le ipotesi avrebbe comunque dovuto essere considerato inidoneo a produrre una qualunque lesione di interessi giuridicamente rilevanti.

Invero, il giudice di prime cure ha ritenuto che l'atto censurato, con il quale si richiama la necessità di comportamenti uniformi, che l'amministrazione sosteneva essere già esattamente previsti all'interno di provvedimenti colà menzionati, fosse in realtà un atto prescrittivo e innovativo sul piano dell'ordinamento positivo atteso che trasforma in obbligo di comportamento il contenuto di pareri e di proposte di disposizioni non ancora entrate nel quadro normativo di settore invitando le Regioni ad agire di conseguenza⁷⁷².

In ogni caso, anche laddove lo si volesse intendere come atto interpretativo di principi esistenti teso a garantire uniformità di trattamento su tutto il territorio nazionale, l'atto rivelerebbe il suo contenuto potenzialmente lesivo. Richiamare, infatti, soltanto uno dei significati estraibili dai suddetti principi e pervenire alla loro applicazione omogenea sul

⁷⁷¹ "Iscritta nell'elenco istituito ex articolo 137 del D. Lgs. n. 206 del 2005 presso il Ministero delle attività produttive, il Movimento di difesa del cittadino opera, ex articolo, 2 lettera g) del suo Statuto, per "la tutela e la salute delle persone e del rispetto dei diritti del malato e della sua famiglia, anche nei rapporti con le strutture sanitarie pubbliche e private e con le aziende produttrici e distributrici di prodotti e servizi destinati alla salute delle persone". Agendo la medesima, nel caso di specie, avverso un atto indirizzato alle Regioni e teso a garantire un'uniformità di azione nel campo dell'assistenza sanitaria da parte di tutte le strutture sanitarie pubbliche e private, avverso un atto destinato, quindi, ad incidere direttamente sulle prestazioni che riguardano il malato che ne resta immediatamente coinvolto, lo stesso deve ritenersi rientrante nell'ipotesi contemplata nella lettera g) prima esposta. Ne consegue che l'associazione ricorrente risulta titolare della legittimazione ad agire". Così, più in generale, in materia di difesa degli interessi diffusi e/o collettivi v. *ex multis*: LOPOMO, *La tutela degli interessi diffusi nella più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale con particolare riferimento alle associazioni di consumatori*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 04, 1511 ss.; PAU, *Brevi note sulla legittimazione ad agire delle organizzazioni sindacali per la tutela di interessi collettivi*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 03, 611 ss.; CONTALDO, *Gli interessi diffusi: legittimazione attiva al procedimento amministrativo ma non al processo*, in *Giur. Merito*, 1997, 02, 366 ss.

⁷⁷² "Deve ritenersi, allora, che lo stesso non possa essere ritenuto "inidoneo a produrre alcuna lesione" in quanto meramente ricognitivo". Così T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650.

territorio vuol dire che soltanto uno dei possibili significati viene prescelto divenendo, in tal modo operativo per tutti i soggetti operanti nell'ambito del comparto Sanità⁷⁷³.

Acclarata la natura di atto innovativo e prescrittivo (e, quindi, potenzialmente lesivo) del provvedimento impugnato, il G.A. affronta, quindi, l'eccezione di difetto di giurisdizione introducendo per tale via valutazioni che contribuiscono di certo ad arricchire il già ben nutrito panorama ermeneutico entro cui si iscrive la più generale problematica dell'individuazione delle tecniche e degli strumenti di difesa dei diritti fondamentali della persona a fronte dell'esercizio di potestà d'imperio o, comunque, a fronte della spendita di pubblici poteri che, anche solo in via di fatto, possono pregiudicare la consistenza dei diritti inviolabili e/o resistenti a tutt'oltranza.

Invero, sulla base della legislazione emanata in ambito sanitario⁷⁷⁴ e sulla scorta del più recente orientamento maturato in giurisprudenza, *“il sistema giuridico si caratterizza attualmente in materia di autodeterminazione consapevole del paziente per una soglia particolarmente elevata dei consensi ai trattamenti sanitari, sostenuta da uno scopo di rango elevato qual è il diritto alla salute. È proprio questa soglia che qualifica il rapporto fra medico e paziente imponendo al medico di non attribuire alle sue valutazioni e decisioni, per quanto oggettivamente dirette alla salvaguardia del diritto alla salute del paziente, una forza di giustificazione dell'intervento che esse di per sé sole non hanno o, meglio, non hanno più come in passato - giacché devono rapportarsi con un altro diritto di rango costituzionale qual è quello della libertà personale che l'art. 13 qualifica come inviolabile”*⁷⁷⁵.

Ritenuto, altresì, che *“nel caso del diritto alla salute o di altri diritti essenziali di pari rango a causa del carattere esistenziale di inerenza alla persona che essi rivestono, la rilevanza centrale del principio di autodeterminazione vale a qualificarli come veri e propri diritti di libertà – e che da ciò – ne discende che ogni soggetto leso nella sua integrità psico-fisica non ha solo il diritto di essere curato, ma vanta una pretesa costituzionalmente qualificata di essere curato nei termini in cui egli stesso desidera, spettando solo a lui decidere a quale terapia sottoporsi o, eventualmente, a quale struttura più idonea affidare le sue aspettative di celere e sicura guarigione”*⁷⁷⁶, il giudice di prime cure giunge ad affermare che anche la

⁷⁷³ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650.

⁷⁷⁴ Cfr. art. 33, l. n. 833/78 che qualifica i trattamenti sanitari come, di norma, volontari.

⁷⁷⁵ Così Tribunale Milano, sez. V, sentenza 16 dicembre 2008, n. 14883.

⁷⁷⁶ Così Tribunale Nola, sez. II, sentenza 22 gennaio 2009, n. 213 che continua precisando che *“tali principi, già direttamente evincibili dalla nostra carta costituzionale, hanno trovato piena attuazione nel D.lgs. n. 502 del 1992 di riforma del nostro sistema sanitario, laddove, essendosi aperto definitivamente il mercato delle prestazioni sanitarie ai produttori privati attraverso il sistema dell'accreditamento, si è proprio inteso valorizzare ed attuare, in un'ottica costituzionalmente orientata, la libertà di scelta curativa del paziente, attraverso il passaggio da una visione monopolistico/pubblicistica del settore sanitario ad una visione liberista ed elastica del medesimo, fondata sul pluralismo dell'offerta”*.

configurazione della tutela del diritto che si pretende leso rientri nella cognizione del giudice ordinario trattandosi ancora una volta di posizione qualificabile quale diritto soggettivo⁷⁷⁷.

E, si badi, ciò anche in considerazione del fatto che, in termini generali, *“le controversie relative alle prestazioni erogate nell'ambito del S.S.N., nascenti da una posizione creditoria collegata al diritto del cittadino alla salute, per sua natura non comprimibile ad opera dell'attività autorizzativa dell'Amministrazione, sono devolute alla cognizione del giudice ordinario, ai sensi del criterio generale di riparto della giurisdizione”*⁷⁷⁸.

Sempre in ordine, poi, alla questione della sospensione del sostegno vitale (idratazione ed alimentazione artificiale di cui goda un ammalato in stato vegetativo permanente il quale, tramite manifestazione di volontà del tutore ed autorizzazione del giudice tutelare, intenda rifiutare tale trattamento), è interessante notare come, impugnato davanti al G.A. un provvedimento con il quale una Regione ha vietato al personale del servizio sanitario regionale di procedere, all'interno di una delle sue strutture, ad eseguire tale richiesta, la giurisprudenza si è orientata, in tale caso, diversamente dal precedente, nel senso di devolvere la questione alla cognizione del G.A. in sede di giurisdizione esclusiva.

Ed invero, premesso che il diritto costituzionale di rifiutare le cure è un diritto di libertà assoluto, il cui dovere di rispetto si impone *erga omnes*, nei confronti di chiunque intrattenga con l'ammalato il rapporto di cura, non importa se operante all'interno di un struttura sanitaria pubblica o privata, la manifestazione di tale consapevole rifiuto rende doverosa la sospensione di mezzi terapeutici il cui impiego non dia alcuna speranza di uscita dallo stato vegetativo in cui versa il paziente e non corrisponda con il mondo dei valori e la visione di vita dignitosa che è propria del soggetto direttamente interessato⁷⁷⁹.

Ne deriva che, qualora l'ammalato decida di rifiutare le cure, (ove incapace, tramite rappresentante legale debitamente autorizzato dal Giudice Tutelare), tale ultima manifestazione di rifiuto fa immediatamente venire meno il titolo giuridico di legittimazione del trattamento sanitario, (ovvero il consenso informato), costituente imprescindibile presupposto di liceità del trattamento sanitario medesimo, venendo a sorgere l'obbligo

⁷⁷⁷ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650.

⁷⁷⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12 settembre 2009 n. 8650; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, sentenza 9 aprile 2009, n. 1883. Più in particolare, *“a seguito della sentenza della C. cost. n. 204 del 2004, risulta caducata la previsione dell'art. 33 comma 2, lett. e, d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, nel testo di cui alla l. 21 luglio 2000 n. 205, art. 7), che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie “riguardanti le attività e prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario ...”. Pertanto, le controversie relative alle prestazioni erogate nell'ambito del Servizio sanitario nazionale nascenti da una posizione creditoria correlata al diritto del cittadino alla salute, per sua natura non suscettibile di essere affievolito dal potere di autorizzazione della amministrazione, sono devolute alla competenza del giudice ordinario, ai sensi del criterio generale di riparto delle giurisdizioni”*. Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 09 marzo 2007, n. 5402.

⁷⁷⁹ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

giuridico, (prima ancora che professionale o deontologico), del medico di interrompere la somministrazione di mezzi terapeutici indesiderati⁷⁸⁰.

*“È chiaro, poi, che tale obbligo giuridico sussiste anche ove si tratti di trattamento di sostegno vitale il cui rifiuto conduca alla morte, giacché tale ipotesi non costituisce, secondo il nostro ordinamento, una forma di eutanasia (per tale dovendo intendersi soltanto il comportamento eziologicamente inteso ad abbreviare la vita e che causa esso positivamente la morte) bensì la scelta insindacabile del malato a che la malattia segua il suo corso naturale fino all'inesorabile exitus”*⁷⁸¹.

Da ciò inesorabilmente consegue che rifiutare il ricovero ospedaliero, dovuto in linea di principio da parte del SSN a chiunque sia affetto da patologie mediche, solo per il fatto che il malato abbia preannunciato la propria intenzione di avvalersi del suo diritto alla interruzione del trattamento, *“significa di fatto limitare indebitamente tale diritto”*⁷⁸².

L'accettazione presso la struttura sanitaria pubblica non può infatti essere condizionata alla rinuncia del malato ad esercitare un suo diritto fondamentale.

Né il rifiuto opposto dall'Amministrazione alla richiesta del paziente può giustificarsi in base a ragioni attinenti l'obiezione di coscienza.

Spetta infatti alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro cui possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca comunque la doverosità del *“satisfacere officio”*⁷⁸³.

Ne deriva, in tal contesto, che il provvedimento regionale con il quale si inibisce al personale del servizio sanitario regionale di procedere, all'interno di una delle sue strutture, alla sospensione del sostegno vitale (idratazione ed alimentazione artificiale di cui goda un ammalato in stato vegetativo permanente il quale, tramite manifestazione di volontà del tutore ed autorizzazione del giudice tutelare, intenda rifiutare tale trattamento), ancorché investe diritti fondamentali dell'individuo, costituisce comunque espressione dell'esercizio di pubbliche potestà reso dal soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del servizio sanitario regionale⁷⁸⁴, *“avente ad oggetto l'identificazione dei compiti allo stesso pertinenti, il quale si inserisce in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento prettamente organizzativo del servizio pubblico, concretatesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato”*⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

⁷⁸¹ Così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

⁷⁸² Così. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

⁷⁸³ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

⁷⁸⁴ In tema di organizzazione del servizio sanitario si veda, per una ricostruzione storica, DE CESARE, *Sanità (Diritto Amministrativo)*, cit., 248 ss.; IANNOTTA, *Sanità pubblica* (voce), in *Enc. Giur. Traccani*, XXVII vol, 1991, 1 ss.; RABAGLIETTI, *Sanità pubblica* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI vol, 1976, 488 ss.

⁷⁸⁵ Così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

Invero, nessun rilievo, sul punto, può essere riconosciuto al rango costituzionale della posizione soggettiva dedotta, dal momento che, anche in tema di diritti fondamentali tutelati dalla Carta Costituzionale, ove si versi nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva⁷⁸⁶ (come, per l'appunto, in caso di servizio pubblico), compete ai giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati ed al contemperamento degli stessi in rapporto all'interesse generale pubblico⁷⁸⁷ sempreché, beninteso, la loro incisione sia dedotta come effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi di cui si denunci la contrarietà alla legge⁷⁸⁸.

Nessun principio o norma, infatti, riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti⁷⁸⁹.

Legittimamente, cioè, possono essere riconosciuti esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione⁷⁹⁰. E ciò appare conforme al generale criterio di riparto della giurisdizione scolpito all'interno dell'art. 103 cost. che abilita il legislatore a devolvere alla cognizione del G.A., appunto in particolari materie, (particolari perché, a fronte della spendita di pubbliche potestà, rileva un inestricabile intreccio di posizioni giuridiche soggettive di diversa consistenza), controversie in relazione alle quali siano incisi diritti soggettivi (fondamentali) perfetti⁷⁹¹.

3.3 Potestà amministrativa e giudizio di indispensabilità terapeutica concernente la somministrazione di farmaci ovvero la sottoposizione a pratiche mediche: profili sostanziali e di giurisdizione.

Sempre in relazione, poi, alla perimetrazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, laddove si controverta in ordine a questioni afferenti al diritto alla salute quale posizione giuridica soggettiva inviolabile dell'individuo,

⁷⁸⁶ “Nel caso in cui si faccia questione su controversia appartenente a materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non sfugge affatto al giudice amministrativo il sindacato sull'atto amministrativo (autoritativo o comunque discrezionale) lesivo di diritti soggettivi, ossia dei diritti fondamentali, qual'è il diritto alla salute, presidiati direttamente dalla Costituzione e non suscettibili di degradazione”. Così T.A.R. Liguria Genova, sez. II, sentenza 13 maggio 2010, n. 2529.

⁷⁸⁷ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, sentenza 26 gennaio 2009 n. 214.

⁷⁸⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27187.

⁷⁸⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 27 aprile 2007 n. 140.

⁷⁹⁰ In merito v. MARTINI, *Potere e diritti fondamentali*, cit., 390 ss.

⁷⁹¹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 05 – 06 luglio 2004, n. 204; Corte Costituzionale, sentenza 27 aprile 2007 n. 140.

significativa è la pronuncia resa di recente dal T.A.R. Lombardia ed avente ad oggetto l'accoglimento della domanda proposta in via cautelare da un utente del S.S.N. volta ad ottenere la erogazione gratuita di un medicinale "salva-vita" non ancora inserito nel Prontuario terapeutico nazionale da parte della Agenzia italiana del farmaco, ma autorizzato alla immissione in commercio a norma dell'art. 13 regolamento Ce n. 726 del 2004 ed in relazione a patologie rispetto alle quali non sono state prospettate valide alternative terapeutiche nell'ambito dei medicinali attualmente inclusi in detto prontuario, *“atteso che i tempi necessari alla definizione del giudizio di merito non possono pregiudicare il diritto a prolungare la durata della sua vita”*⁷⁹².

Orbene, in ossequio al principio secondo il quale la giurisdizione del G.A. sussiste nei casi in cui il diritto alla salute venga fatto valere in chiave pretensiva, allorché il ricorrente prospetti che la sua lesione costituisca l'effetto della mancata attivazione di poteri tecnico-discrezionali spettanti alla P.A., si osserva come il giudice amministrativo possa esercitare lo *ius dicere*, nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, anche con riferimento a domande finalizzate alla tutela di diritti fondamentali, non comprimibili ad interessi legittimi, quando questi si confrontino non con semplici comportamenti materiali della P.A. ma con poteri da essa illegittimamente esercitati⁷⁹³.

Ancor più complessa è, poi, la questione concernente la somministrazione diretta, ovvero la rimborsabilità del costo sostenuto dal paziente per l'acquisto di un farmaco indispensabile nella cura di gravi affezioni non compreso nel prontuario farmaceutico nazionale ma commercializzato all'estero.

Ed invero, si può tranquillamente osservare che il diritto all'assistenza farmaceutica, quale articolazione del diritto alla salute, comprende, in ossequio al principio di solidarietà sociale, la somministrazione di farmaci che, sebbene non inclusi tra quelli già compresi nel prontuario terapeutico del S.S.N., risultino comunque indispensabili per il trattamento di gravi condizioni o sindromi morbose che esigono terapie di lunga durata.

Tale postulato continua a rimanere valido (e non può essere revocato in dubbio) pur laddove si assista alla sostituzione del principio della gratuità con l'opposto principio della compartecipazione dell'assistito alle spese sanitarie - introdotto dalle diverse leggi finanziarie dello Stato succedutesi nel tempo - e alla riclassificazione dei farmaci erogabili a carico del S.S.N. ed anche qualora il farmaco prescritto non sia stato autorizzato alla immissione in commercio e risulti, in concreto e per un determinato assistito, l'unico strumento terapeutico capace di tutelarne il diritto alla salute.

⁷⁹² Così T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, ordinanza 22 maggio 2008, n. 791.

⁷⁹³ Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, ordinanza 22 maggio 2008, n. 791.

In tali casi, in passato, in ordine alle controversie insorte in materia di rimborso delle somme anticipate dal cittadino, è stata perorata la giurisdizione del G.O. con conseguente esercizio del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo che non abbia incluso tra i farmaci erogabili del S.S.N. il medicamento necessario alla cura di una specifica patologia⁷⁹⁴. Orbene, atteso che il principio del necessario temperamento del diritto alla salute con le esigenze di bilancio del S.S.N. consente al legislatore ordinario ed alla p.a. di scegliere - in base al criterio della economicità - con quali strumenti, tra i diversi a disposizione, assicurare un adeguato livello di tutela della salute dei cittadini⁷⁹⁵, si osserva, però, che quando si accerti che la salvaguardia di questo bene, in casi di particolare gravità, può essere soddisfatta unicamente con un determinato intervento, non altrimenti sostituibile, allora il diritto del cittadino riacquista tutta la sua pienezza, non tollerando limiti e condizionamenti di sorta⁷⁹⁶. Più nel dettaglio, poi, è stato precisato che *“il diritto alla somministrazione dei farmaci è attribuito agli utenti del S.s.n. dall'art. 8, commi 9 ss., l. 24 dicembre 1993 n. 537, con la mediazione del provvedimento, a carattere generale e conformativo (espressione di discrezionalità amministrativa e non meramente tecnica, considerata la valutazione del rapporto costi - benefici demandata all'amministrazione), dell'organo collegiale del Ministero della sanità (ora della salute) denominato Commissione unica del farmaco, competente alla formulazione del giudizio circa il carattere essenziale di un farmaco o la sua significativa efficacia terapeutica ai fini dell'inserimento nelle classi a) o b), comportante, rispettivamente, la somministrazione gratuita e il concorso dell'assistito alla metà della spesa, ovvero c), comportante, in linea generale e salva diversa previsione delle normative regionali, l'onere economico a carico dell'assistito. Pertanto, nel sistema delineato dalla legge - rispettoso del disposto dell'art. 32 cost., nella parte in cui, imponendo alla Repubblica la tutela della salute anche garantendo cure gratuite agli indigenti, contempla un diritto fondamentale condizionato, ai fini della determinazione dei suoi contenuti, alle scelte del*

⁷⁹⁴ “Ha consistenza di diritto soggettivo, la cui tutela è devoluta alla giurisdizione dell'a.g.o., la pretesa del cittadino che, avendo necessità di disporre - per la cura di determinate affezioni morbose - di prodotti farmaceutici esclusi dal prontuario terapeutico nazionale non sostituibili con altri di pari efficacia inseriti in tale prontuario, e debba perciò provvedersi direttamente dei farmaci indispensabili, chiedi, previa disapplicazione del decreto ministeriale che esclude la possibilità di prescrivere medicinali non contenuti nel prontuario, il rimborso delle spese sostenute”. Così Corte di Cassazione, sentenza 20 febbraio 1985 n. 1504.

⁷⁹⁵ “La sintesi normativa comporta un temperamento tra i margini invalicabili della spesa sanitaria derivabili dal patto di stabilità finanziaria e la individuazione dei percorsi assistenziali che, secondo canoni di efficacia, appropriatezza e sicurezza, vengono ritenuti in quel momento dalla scienza medica idonei a garantire la tutela della salute. Il diritto alla salute ex art. 32 cost. pone sì in capo al titolare la pretesa ai trattamenti sanitari necessari per la sua tutela, ma è garantito ad ogni persona come un diritto condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui l'apparato dispone.”. Così T.A.R. Lazio Roma, sez. III, sentenza 18 novembre 2002, n. 10101. Per un approfondimento sul punto v. PESARESI, *In tema di effettività del diritto alla salute*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2003, 03, 991 ss.

⁷⁹⁶ Cfr. Cassazione civile, sez. lav., sentenza 23 febbraio 2000, n. 2034.

legislatore, rispettose del nucleo irriducibile del diritto alla salute - il provvedimento amministrativo a carattere generale può essere disapplicato, ai sensi dell'art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, a tutela del diritto soggettivo alla prestazione dedotta in giudizio, ove risulti affetto da vizi di legittimità, restando preclusa alla giurisdizione, tanto ordinaria quanto amministrativa, la sostituzione delle valutazioni dell'amministrazione mediante un sindacato non circoscritto alla legittimità".⁷⁹⁷.

Ancora più stringenti, poi, rilevano i limiti all'apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione nel consentire ovvero limitare l'accesso, a titolo gratuito, a determinate prestazioni sanitarie laddove essa muti improvvisamente orientamento.

Ed infatti, se l'Amministrazione delibera di negare, al soggetto che prima ne usufruiva, la prestazione sino ad allora riconosciuta indispensabile per la terapia, deve necessariamente dimostrare che sono venuti meno, in base a nuove emergenze sperimentali e scientifiche concretamente riferibili al caso in esame, i requisiti della indispensabilità di quella specifica prestazione o perché la stessa è risultata in effetti priva di efficacia terapeutica o perché è risultata fungibile con altra di pari efficacia e di minor costo. Opinare diversamente, implicherebbe vanificare la tutela del diritto alla salute, in relazione alle specifiche esigenze che in concreto la definiscono⁷⁹⁸.

In realtà, il vero interrogativo concernente il diritto alla salute, inteso quale diritto alla somministrazione gratuita di farmaci ovvero all'erogazione di trattamenti sanitari e/o terapie di varia natura, tuttavia, è se lo Stato possa e/o debba garantire l'erogazione di prestazioni sanitarie anche con riferimento a cure la cui efficacia non sia provata scientificamente⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Così Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 26 aprile 2004, n. 7912 che continua: "Ne discende che l'errore tecnico, imputato alla Commissione unica del farmaco nell'esercizio del potere di classificazione, può essere fatto valere dall'interessato solo per il tramite di un vizio di legittimità dell'atto (per il cui accertamento, con particolare riguardo all'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento di potere, ovvero sotto quello sintomatico, dell'esattezza materiale dei fatti, o dell'errore manifesto di valutazione, potrebbe rendersi indispensabile una consulenza tecnica d'ufficio), ma non direttamente, domandando al giudice che, eventualmente a mezzo di consulente tecnico, operi un sindacato di merito di tipo sostitutivo del giudizio espresso dalla Commissione unica del farmaco". Nello stesso senso v. Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 29 marzo 2005 n. 6598.

⁷⁹⁸ Cfr. Tribunale di Bari, sentenza 27 settembre 1999. Per un commento v. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giur. cost.*, 2000, 03, 1921 ss.

⁷⁹⁹ Invero, "la possibilità di ricorrere ad una determinata terapia (e quindi, specularmente, il divieto che deriva dalla sua sospensione) non solo soddisfa il diritto (a prestazioni) del paziente a riceverla (non importa - da questo punto di vista - se gratuitamente o sopportandone il costo, totale o parziale), ma ancor prima garantisce la «facoltà» di scegliere in ordine alle cure da seguire. Ecco allora che l'introduzione di un divieto, seppure temporaneo, all'utilizzo di un determinato metodo di cura delle psicopatologie, fintanto che lo stesso appaia indicato, sulla base delle evidenze scientifiche, anche solo per una ristrettissima categoria di pazienti e anche solo subordinatamente all'esperimento di altri, e meno rischiosi, interventi, si traduce in una limitazione, non giustificata dall'interesse della collettività alla salute, della libertà di salute garantita dall'art. 32. Limitazione, che dovrebbe dirsi invalicabile non solo per il legislatore regionale, ma anche per quello statale, esponendosi entrambi all'identico vizio di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 32 Cost.". Così MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni*, cit., 2047.

Si tratta, com'è facile intendere, di una questione di particolare importanza che investe le speranze di tanti pazienti affetti da patologie allo stato incurabili e che affidano le loro aspettative di vita a tecniche e terapie allo stato solo sperimentali⁸⁰⁰.

Sembra che l'erogazione gratuita vada riconosciuta, in ossequio al principio di legalità, alla luce del ragionevole ed adeguato bilanciamento tra diversi interessi in gioco, secondo criteri che solo il legislatore può stabilire precisandone i limiti oggettivi (solo per specifiche terapie e/o farmaci), soggettivi (solo per i pazienti sforniti di adeguate disponibilità economiche) e temporali (solo, ad esempio, entro i termini della sperimentazione consentita)⁸⁰¹.

Infine, peculiare appare la questione concernente i limiti (sostanziali e in punto di giurisdizione) enucleati in ordine alla pretesa avanzata dal cittadino avente ad oggetto non la diretta erogazione di trattamenti sanitari prodromici alla cura delle proprie affezioni, bensì la predisposizione e la concreta erogazione di prestazioni ad essi solamente accessori e/o occasionali che si traducono nella possibilità di fruire, secondo modalità semplicemente più comode, delle terapie somministrate.

Secondo una consolidata opinione, peraltro in precedenza già ampiamente evidenziata, in relazione al bene-salute è individuabile un «nucleo essenziale», in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psicofisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile soltanto un potere accertativo della pubblica amministrazione, in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di detti presupposti. In assenza, però, di questi ultimi e allorquando non vengano denunciati pregiudizi alla salute - anche in termini di aggravamenti o di non adeguata

⁸⁰⁰ Secondo una risalente pronuncia del giudice di merito “*benché le regole della scienza medica non consentano di utilizzare farmaci per patologie non sperimentate e la deontologia medica vieti l'adozione di terapie segrete, non sperimentate ed idonee a suscitare illusorie speranze ed il Ministero della sanità abbia proclamato la necessità di rispettare le regole della sperimentazione dei farmaci, di fronte ad ammalati in fin di vita il pretore, appellandosi ai precetti costituzionali, può, con provvedimenti di urgenza cautelari ex art. 700 c.p.c., autorizzare l'accesso alla terapia del "protocollo Di Bella" benché di non sperimentata ed accertata validità e la somministrazione dei farmaci relativi su prescrizione del medico anche se solo idonei a migliorare soggettivamente le condizioni di vita, in quanto l'ordinamento giuridico non ammette vuoti di giurisdizione in materia di diritti fondamentali della persona*”. Così Pretura Lecce, ordinanza 04 febbraio 1998.

⁸⁰¹ “*Contrasta con gli art. 3 e 32 cost. la normativa del d.l. 17 febbraio 1998 n. 23, convertito dalla l. 8 aprile 1998 n. 94 (art. 2 comma 1 ultima proposizione e 3 comma 4), nella parte in cui, con norme singolari, costituenti comunque fatto legislativo oggettivo (anche se non decisivo quanto al riconoscimento dell'utilità di impiego dei farmaci disciplinati), da un lato, prevede una sperimentazione clinica semplificata della cosiddetta multiterapia Di Bella, consentendone l'impiego, sino al termine della sperimentazione, in campo oncologico, in favore di un certo numero di malati e, dall'altro, vietandone l'inserimento nell'elenco dei farmaci innovativi, fa ricadere sui privati, se non ammessi alla sperimentazione e pur affetti da patologie tumorali senza possibilità di altro trattamento, le spese necessarie all'acquisto di tali medicinali per il tempo di quella sperimentazione; e ciò anche quando tali soggetti non siano nelle condizioni di affrontare i relativi costi a causa di insufficienti disponibilità economiche, alla stregua di criteri rimessi alla urgente determinazione del legislatore secondo ragionevolezza*”. Così Corte Costituzionale, sentenza 26 maggio 1998, n. 185. Per un commento v. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute, cit.*, 1923 ss.

guarigione - la domanda diretta ad ottenere le dovute prestazioni con modalità di più comoda ed agevole praticabilità (per il paziente) di quelle apprestate dalla pubblica amministrazione, ha come presupposto una situazione soggettiva di mero interesse legittimo stante la discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa di soddisfare tempestivamente le esigenze del richiedente scegliendo tra le possibili opzioni praticabili - anche attraverso un'opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate - la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario⁸⁰².

4. Salubrità dell'ambiente e diritto alla salute dei cittadini: profili sostanziali e di giurisdizione.

La salvaguardia del diritto alla salute, poi, si correla non solo all'erogazione di farmaci o trattamenti sanitari ovvero alla predisposizione di adeguati servizi finalizzati a rendere più comoda e/o agevole la fruizione di prestazioni offerte dal S.S.N, bensì passa anche attraverso la programmazione di interventi di carattere preventivo che, anche solo indirettamente, possono produrre effetti positivi in ordine alla tutela del bene collettivo (oltre che individuale) della sanità pubblica.

Ci si riferisce, in particolare, al complesso insieme di problematiche afferenti la salubrità dell'ambiente e la commisurazione dei diversi interessi che ben possono occasionalmente configgere laddove si attivino iniziative capaci di attentare (anche solo in via potenziale) all'integrità dell'ambiente⁸⁰³.

Com'è noto, ampiamente dibattuto è il problema della gestione del c.d. rischio antropico che, al di là delle note questioni correlate a profili *strictu sensu* urbanistici⁸⁰⁴, impone di orientare, in ossequio al principio di precauzione⁸⁰⁵, il rilascio di atti di assenso all'esercizio di attività

⁸⁰² Nella specie, si trattava di delibare in ordine alla domanda diretta alla declaratoria del diritto a parcheggiare lungo un determinato viale proposta da alcuni privati per poter accedere al centro medico ivi situato onde usufruire delle cure necessarie come emodializzati. Sul punto v. *Cassazione civile, sez. un., sentenza 01 agosto 2006, n. 17461*. per un commento sulla vicenda v. DI MARZIO, *Il diritto alla salute? Ha un nocciolo duro Lesioni, l'onere della prova è dell'attore*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 39, 16 ss.

⁸⁰³ Per una disamina dei rapporti Stato/Regione circa il riparto delle competenze (legislative ed amministrative) in materia ambientale, v. DI DIO, *Giustizia costituzionale e concorrenza di competenze legislative in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema": dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2009, 06, 953 ss.

⁸⁰⁴ Sul punto v. DELLO SBARBA, *L'incremento del carico urbanistico quale criterio prioritario ma non esclusivo nella determinazione degli oneri di urbanizzazione*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2010, 02, 517 ss.; MONTAGNA, *Osservazioni a Cass. Pen., sez. III, num. 48924, 21 ottobre 2009*, in *Cass. pen.*, 2010, 09, 264 ss.; VITIELLO, *La sanatoria delle opere abusive realizzate su area vincolata prima dell'introduzione del vincolo*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2007, 3-4, 566 ss.

⁸⁰⁵ Il principio in parola, di derivazione comunitaria, sancito dall'art. 174 par. 2, del Trattato di Roma (art. 130-R prima della entrata in vigore del trattato di Amsterdam), secondo cui la politica della Comunità in materia ambientale è fondata sui principi della "precauzione e della azione preventiva" trova applicazione in tutti quei settori in cui si manifesta la necessità di un elevato livello di protezione, indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano. Sul punto v. T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 31/08/2010, n. 5145; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, sentenza 23

capaci di poter pregiudicare l'ecosistema ovvero l'assetto paesaggistico e/o ambientale⁸⁰⁶ in base ad un'attenta e ponderata valutazione costi/benefici in ordine alla quale venga sempre valorizzata la promozione delle migliori condizioni della vita della popolazione la cui sfera personale e giuridica possa essere incisa dall'esecuzione di siffatte iniziative⁸⁰⁷.

Orbene, in termini generali, è noto che l'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e i valori che insistono su di esso (ambiente, paesaggio, salute, beni storici e culturali) sono oggettivamente prevalenti rispetto a quelli, sia pur legittimi, ma contrapposti, dei privati, che sull'altare dei primi possono essere legittimamente sacrificati, ma a condizione questi non siano oggetto di valutazioni macroscopicamente inveritiere ed illogiche⁸⁰⁸.

Invero, il giusto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco è correlato non certo a regole immutabili, bensì ad un approccio contingente, capace di valorizzare le peculiarità del caso concreto ancorché, naturalmente, le valutazioni condotte debbano sempre comunque essere

gennaio 2003, n. 260. In tale senso le stesse istituzioni giudiziarie dell'Unione europea hanno avuto modo di affermare l'immediata applicabilità del principio di precauzione quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, e la conseguente possibilità di adottare misure protettive, senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi. In merito v. Tribunale I grado C.E., sez. II, sentenza 19 novembre 2009; Corte giustizia C.E., sentenza 14 luglio 1998, causa C-248/95; id. 3 dicembre 1998, causa C-67/97, *Bluhme*; Corte giustizia C.E., sez. IV, sentenza 4 marzo 2010, n. 297. Per un approfondimento sul principio di precauzione incentrato sulla disamina delle pronunce rese dalla Consulta v. DI COSIMO, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it.

⁸⁰⁶ Per una disamina del concetto di ambiente e di ecosistema alla luce di un approccio giuridico e meta-giuridico, v. BUONFRATE, *Postille agli appunti per un approccio (sintattico-)semantico al diritto ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 02, 279 ss.

⁸⁰⁷ Esemplicativo, in tal senso, è il problema legato al fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico dovuto all'installazione di stazioni radio base. È noto, infatti, che all'interesse pubblico sotteso alla migliore distribuzione sul territorio dei sistemi di comunicazione elettronica si affianca (*rectius*: contrappone) il non certo recessivo interesse alla salvaguardia della salute della popolazione potenzialmente vulnerata dall'emissione di onde elettromagnetiche. Nel tempo, in materia, si è assistito alla maturazione di un ampio dibattito (ancor oggi invero mai sopito) che ha ingenerato questioni controverse sia di natura *strictu sensu* giuridica (con riferimento, ad esempio, al rapporto di specialità tra norma penale incriminatrice e sanzioni amministrative previste dalla legge di settore ovvero con riguardo a profili di giurisdizione) sia di ordine metagiuridico (scientifico, etico, morale, etc). Non essendo questa la sede adeguata per la puntuale disamina delle diverse problematiche in gioco ci si limita a richiamare alcuni utili riflessioni emerse, nel corso degli anni, in dottrina. In merito, quindi, *ex multis* v. SCARCELLA, *L'inquinamento elettromagnetico tra getto pericoloso di cose e principio di tassatività in malam partem in materia penale: un difficile compromesso per affermare la rilevanza penale del fatto*, in *Cass. pen.*, 2009, 03, 944 ss.; MAZZOLA, *La Corte di Cassazione penale conferma il nesso di causalità tra cefalea ed esposizione ad inquinamento elettromagnetico da ELF*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 06, 1001 ss.; GIZZI, *Inquinamento elettromagnetico e getto pericoloso di cose*, in *Cass. pen.*, 2008, 09, 3438 ss.; CORRUCI, LUCHINI, GABBRIELLI, PONZETTI, *Evidenze scientifiche ed incertezze circa il danno alla salute da elettromog: limiti normativi e percezione individuale del fenomeno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 12, 2203 ss.; CLERINI, *Inquinamento elettromagnetico e tutela della salute*, in *Dir. famiglia*, 2005, 03, 1085 ss.; COMPORI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 02, 215 ss.; PROIETTI, *Elettromog: a chi tocca risolvere le liti. Al Tar il sindaco che spegne l'antenna*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2005, 47, 25 ss.; ZUCCHERETTI, *Inquinamento elettromagnetico: ripartizione dei poteri e sua disciplina*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2004, 02, 663 ss.; CERUTI, *La Corte Costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base dell'inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2004, 02, 258 ss.; FONDERICO, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione "precauzionale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, 907 ss.

⁸⁰⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 02 agosto 2011, n. 4574.

ispirate a saldi criteri e principi che contribuiscano a garantire in ogni caso che l'azione amministrativa non sia rimessa al puro arbitrio, bensì sempre ancorata a parametri predefiniti, pur riconoscendo ampia discrezionalità sia in ordine a profili tecnici che in relazione alla ponderazione dei diversi interessi coinvolti⁸⁰⁹.

Di sicura attualità è, in tal senso, la materia della gestione del ciclo dei rifiuti e, in particolare, la realizzazione di nuove discariche⁸¹⁰ ovvero l'ampliamento di precedenti siti di conferimento o, ancora, la predisposizione di misure di carattere emergenziale⁸¹¹ finalizzate a superare condizioni di assoluta invivibilità degli insediamenti urbani conseguente alle inefficienze dell'apparato organizzativo preposto alla raccolta e smaltimento dei rifiuti⁸¹².

In particolare, ai nostri fini, emerge la questione concernente la qualificazione giuridica degli interessi vantati dalla popolazione (anche sotto il profilo dell'informazione e della partecipazione democratica a scelte di fondo che la riguardano da vicino)⁸¹³ in ordine alle nefaste conseguenze cagionate sulla salubrità dell'ambiente e sulla conseguente integrità psicofisica dei singoli individui derivanti da ingiustificata inerzia, ovvero, per converso, correlate alla illegittima predisposizione di iniziative in alcun modo confacenti alla risoluzione dei problemi legati all'immondizia giacente nelle strade cittadine⁸¹⁴ ovvero alla

⁸⁰⁹ Per una disamina della giurisprudenza costituzionale maturata in materia v. *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della corte, cit.*

⁸¹⁰ Per un approfondimento concernente alcuni profili di sicura rilevanza nella definizione del procedimento amministrativo finalizzato alla realizzazione di nuovi siti di conferimento di rifiuti v. CORTI, *Autorizzazioni integrate ambientali per discariche per lo smaltimento di rifiuti: caratteri del dissenso manifestato dalla P.A. in Conferenza di servizi e questioni attinenti alla localizzazione della discarica in presenza di vincolo paesaggistico in itinere*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2011, 02, 293 ss.

⁸¹¹ Con riferimento a misure normative di matrice comunitaria intervenute nei primi anni del XXI secolo in materia di rifiuti, parla di vera e propria rivoluzione copernicana NOVARESE, *La "nuova" disciplina "emergenziale" dei rifiuti*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, 3-4, 443.

⁸¹² Esemplicativa è, in tal senso, la condanna subita dallo Stato Italiano per la violazione degli obblighi su di esso incombenti in forza degli artt. 4 e 5 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5 aprile 2006, 2006/12/CE, relativa ai rifiuti, per non avere adottato per la Regione Campania, tutte le misure idonee allo scopo. Sul punto v. *Corte di Giustizia, sentenza 04 marzo 2010 n. 297*. La Corte ha in particolare ritenuto ingiustificato invocare a propria discolpa le proteste della popolazione, oppostasi all'installazione di alcuni impianti di smaltimento dei rifiuti, "non potendo essere eccepita da uno Stato membro come situazione interna idonea a creare difficoltà di attuazione emersa nella fase di esecuzione di un atto comunitario, fino a giustificare l'inosservanza degli obblighi e termini imposti dal diritto comunitario. Al pari la presenza di organizzazioni criminali, attive nel settore della gestione dei rifiuti, non può giustificare una analoga violazione da parte di tale Stato membro". In tal senso e per un commento sull'intera vicenda v. MAZZOLA, *Corte giustizia CE, 04/03/2010 n. 297, sez. IV. L'Italia seppellita dai rifiuti della Campania, dinanzi alla Corte di Giustizia UE*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2010, 05, 773 ss.

⁸¹³ "Un residente nella regione Campania è legittimato a proporre ricorso al giudice amministrativo, lamentando l'omessa adozione, da parte del commissario delegato per l'emergenza rifiuti nella regione Campania, delle misure volte ad assicurare l'informazione e la partecipazione dei cittadini - e - ai sensi dell'art. 2 comma 1 d.l. 9 ottobre 2006 n. 263, il Commissario delegato per l'emergenza rifiuti in Campania ha l'obbligo di provvedere all'adozione, con propria ordinanza, delle misure volte ad assicurare l'informazione e la partecipazione dei cittadini in conformità ai principi della "Carta di Aalborg", approvata dai partecipanti alla Conferenza europea sulle città sostenibili tenutasi a Aalborg il 27 maggio 1994". Così T.A.R. Campania Napoli, sez. I, sentenza 12 giugno 2007, n. 6075. Per un esaustivo commento sulla vicenda v. MANNA, *L'informazione ambientale nella gestione dell'« emergenza rifiuti » in Campania*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 10, 2808 ss.

⁸¹⁴ Esemplicativa è, in tal senso, la costituzione di un *call center* ambientale che prevedeva non già l'impiego dei lavoratori socialmente utili per eliminare la immondizia dalle strade campane, ma la loro stabilizzazione

pianificazione di interventi strutturali (*rectius*: localizzazione di nuovi siti di conferimento ovvero realizzazione di reti fognarie ed impianti di depurazione al servizio di alcune località)⁸¹⁵ nella gestione del ciclo dei rifiuti⁸¹⁶.

Quanto alle omissioni e/o inefficienze perpetrate in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti da tempo ormai la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A. la cognizione della controversia promossa dai residenti nel territorio di un Comune che, lamentando le disfunzioni nella raccolta e nello smaltimento dei rifiuti solidi urbani e il conseguente significativo peggioramento della qualità della vita, chiedono la condanna dell'ente locale (e del consorzio intercomunale preposto alla gestione del ciclo dei rifiuti) al risarcimento dei danni asseritamente subiti, ivi compresi i pregiudizi alla salute ed alla vita di relazione e ciò perché, in tali casi, si radica in capo ai cittadini una posizione soggettiva avente la consistenza di interesse legittimo concernente, in particolare, la contestazione della correttezza o adeguatezza dell'esercizio dei poteri conferiti dalla legge all'amministrazione in relazione, tra l'altro, ad una materia rientrante all'interno di una delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A. ex art. 33 d. lgs. n. 80/98, talché nemmeno la dedotta lesione del diritto (inaffievolibile) alla salute può implicare la sottrazione dello *ius dicere* in capo al giudice amministrativo⁸¹⁷.

Ed invero, il discrimine tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa dipende dalla circostanza che la P.A. abbia agito o meno con esercizio di poteri autoritativi; così, appare chiaro che ricorra tale esercizio la domanda proposta dai privati abbia ad oggetto “una

quali operatori di un *call center* per informazioni ambientali non meglio definite. Sul punto v. *Corte dei Conti, reg. Campania, sentenza 27 dicembre 2007 n. 4174* e, per un commento, VIRGA, *Volete risolvere l'emergenza rifiuti in Campania? Telefonate al Servizio "S.O.S. Ambiente" istituito dal Pres. Bassolino*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 01, 169 ss.

⁸¹⁵ “Anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 cost.) – allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della p.a. di cui sia denunciata la illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi (come quella, nel caso di specie, della gestione del territorio) – compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché alla emissione dei relativi provvedimenti cautelari, che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti”. Così *Cassazione civile, sez. un., sentenza 05 marzo 2010, n. 5290*. Per un commento sulla vicenda che ha occasionato la citata pronuncia della Suprema Corte concernente la realizzazione di una rete fognaria e di un impianto di depurazione localizzati nelle vicinanze di un'attività di allevamento di bestiame, v. GASPARRINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 06, 1287 ss.

⁸¹⁶ Per una disamina delle diverse problematiche che investono il delicato settore della gestione del ciclo dei rifiuti all'interno di una Regione che tristemente più di altre vive ormai da tempo una situazione di costante emergenza v. COLELLA, *La governance dei rifiuti in Campania tra tutela dell'ambiente e pianificazione del territorio. Dalla "crisi dell'emergenza rifiuti" alla "società europea del riciclaggio"*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 3-4, 493 ss.

⁸¹⁷ Cfr. *Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 21 maggio 2009 n. 11832*.

*valutazione critica delle modalità di espletamento del servizio pubblico della raccolta dei rifiuti da parte del Comune*⁸¹⁸.

In materia di diritti fondamentali, quale quello alla salute, poi, ben può sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo a condizione che si tratti di impugnazione di comportamenti materiali effetto di atti della P.A. o comunque espressione dei poteri di questa; *“avendo il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, come modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi nelle quali già esercitava la giurisdizione generale di legittimità, detta giurisdizione non può essere esclusa nel caso di atti o comportamenti della pubblica amministrazione che ledano diritti, anche se considerati fondamentali e tutelati dalla Costituzione, quali quello alla salute tutelato dall'art. 32, Cost., salve le ipotesi in cui, come chiarito dalle sentenze della C. Cost. nn. 204/2004, 191/2006 e 140/2007, l'attività da questa svolta non si configuri, nemmeno mediatamente, come esercizio di un pubblico potere*⁸¹⁹.

Sotto altro versante, a fronte di provvedimenti adottati, in particolare, in situazioni di tipo emergenziale⁸²⁰, rivolti alla individuazione di aree sulle quali realizzare nuove discariche, più volte, nel tempo, si è assistito ad una netta contrapposizione a tali intendimenti da parte della popolazione locale preoccupata delle possibili conseguenze negative circa l'integrità paesaggistica e/o ambientale dei luoghi, nonché sulla salute individuale e collettiva.

E, in prima battuta, l'azione giudiziaria promossa in difesa di siffatte situazioni soggettive fondamentali è stata introitata, richiedendo l'adozione di provvedimenti interinali d'urgenza, innanzi al G.O. sul presupposto, naturalmente, della inaffievolibilità dei diritti investiti dall'illegittimo *agere* della P.A.

Detta impostazione è stata però smentita dalla Suprema Corte secondo la quale anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute - allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della pubblica amministrazione di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come quella della gestione del territorio - compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché all'emissione dei relativi provvedimenti cautelari che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste

⁸¹⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 21 maggio 2009 n. 11832.

⁸¹⁹ Così Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 21 maggio 2009 n. 11832.

⁸²⁰ Sul punto v. PIEROBON, *Poteri emergenziali e poteri ordinari nella gestione dei rifiuti alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 284 del 3-4 luglio 2006*, in Riv. giur. Ambiente, 2007, 02, 296 ss.

inibitorie, demolitorie e eventualmente risarcitorie⁸²¹ dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti⁸²².

Da ultimo, per completezza, sul punto v'è da dire che è intervenuto il Legislatore con l'art. 4, comma 2 d.l. 23 maggio 2008 n. 90, conv., con modificazioni, in l. 14 luglio 2008 n. 123, a tenore del quale le misure cautelari, adottate da una autorità giudiziaria diversa dal giudice amministrativo - al quale è attribuita la giurisdizione esclusiva per tutte le controversie, ivi comprese quelle relative alla fase cautelare e ai "diritti costituzionalmente tutelati", comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati - cessano di avere effetto, ove non riconfermate, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, dalla suddetta autorità giudiziaria competente⁸²³.

Tale norma, evidentemente, ancorché idonea a radicare la giurisdizione del G.A. con riferimento ad una particolare materia, conferma, in termini generali, come in ordine ai diritti fondamentali non sussista alcuna preclusione, (costituzionale), *de iure condito*, (d'ordine logico, concettuale o anche *stricto sensu* giuridico), alla devoluzione alla cognizione del G.A. (in sede di giurisdizione esclusiva) di controversie in relazione alle quali si censuri l'illegittima compromissione dei c.d. "diritti resistenti a tutt'oltranza" da parte della P.A. nell'esercizio di potestà di stampo pubblicistico.

Dott. Luca Buscema

⁸²¹ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 29 aprile 2009, n. 9956.

⁸²² Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27187. Per un commento sull'intera vicenda v. NATALINI, *Emergenza rifiuti in Campania e diritto alla salute*, cit., 1 ss. e COCCO, *Nota a Cassazione Civile, sez.UU, 28 dicembre 2007 n.27187*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 3-4, 617 ss.

⁸²³ In merito v. Corte Costituzionale, sentenza 07 luglio 2010 n. 241 che ha dichiarato manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine alla citata disposizione normativa tra l'altro perché "*sollevata prima della risoluzione, da parte del giudice, del problema - da lui stesso posto - della compatibilità della disposizione censurata con l'ordinamento comunitario, che costituisce un "prius" logico e giuridico (sent. n. 284 del 2007; ordd. n. 415 del 2008, 100 del 2009)*". Per un commento sulla vicenda v. MULTARI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione: note a margine della ordinanza della Corte Costituzionale n. 241/2010*, in www.ildirittoamministrativo.it.

BIBLIOGRAFIA

- AICARDI, *La sanità*, in CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo speciale, Tomo I*, Milano, 2000, 379 ss.;
- ALBANELLO C., *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, in *Giurisprudenza di Merito*, I, 1981, 276 ss.;
- AMATO, *Libertà, (diritto costituzionale)*, (voce), in *Enc. Dir.*, XXIV vol. 1974, 272 ss.;
- ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 3-4, 641 ss.;
- ANTONINI, *Sussidiarietà, libertà e democrazia*, in www.federalismi.it;
- ANZON, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, in www.costituzionalismo.it;
- BAFFA, *L'avviso all'Autorità di Pubblica Sicurezza ai sensi dell'Art. 18 R.D 18 giugno 1931 n. 773 e s.m.i. (Disposizioni contemplate nel Titolo II Disposizioni relative all'ordine pubblico e alla incolumità pubblica, Capo I - Delle Riunioni pubbliche e degli assembramenti in luoghi pubblici*, in www.comune.lecco.it/resources/docinf/N10991a86db751221792/N10991a86db751221792/riunioni_publiche.pdf;
- BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., 1989;
- BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XI vol., 1989;
- BALDASSARRE, *Iniziativa economica Privata*, (voce), in *Enc. Dir.*, XI vol. 590 ss.;
- BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Baldini.pdf;

BALDUZZI R., SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. Giur.*, XL Vol., 1989, 1207 ss.;

BARAK A., *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 3385 ss.;

BARILE, *Associazione (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, III vol., Milano, 1958, 845 ss.;

BARONE A., *La difesa nazionale nella Costituzione*, in *Diritto e Società, Parte I*, 1987, 643 ss.;

BARONE A., *La difesa nazionale nella Costituzione*, in *Diritto e Società, Parte II*, 1988, 1 ss.;

BARTOLE, *La Nazione italiana e il patrimonio costituzionale europeo*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 1 ss.;

BARTOLE, *Norme programmatiche e Statuti regionali*, in www.forumcostituzionale.it;

BATTAGLINI G., *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1982, 404 ss.;

BERTOLINI, *Principio di laicità ed attitudine dello Stato alla autonoma determinazione di sé*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html;

BIN, PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010;

BISACCI, *Tutela della vita e uso legittimo di armi: il caso Giuliani al cospetto della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in https://diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=208&Itemid=160&lang=it;

BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006;

BONETTI P., *La giurisprudenza costituzionale sulla materia "sicurezza" conferma la penetrazione statale nelle materie di potestà legislativa regionale*, in www.forumcostituzionale.it/site/index.php?option=com_file_index&key=1118&name=1138.Pdf;

BONINI BARALDI, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Dir. relaz. ind.*, 2004, 04, 775 ss.;

BOSIO, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche nella sentenza Laval*, in *Giust. Civ.*, 20101, 06, 325 ss.;

BON VALSASSINA M., *Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello Stato contemporaneo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957, 531 ss.;

BOTTA, *Valore costituzionale della persona e limiti di sindacabilità del potere disciplinare delle autorità confessionali*, in *Giur. Merito*, 2007, 12, 3175 ss.;

BRUNO, *I limiti di inquinamento delle sostanze nonmenzionate nel Codice dell'ambiente: il caso (apparentemente concluso) del metil-ter-butyl-etero (MTBE)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, 01, 62 ss.;

BUONFRATE, *Postille agli appunti per un approccio (sintattico-)semantico al diritto ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 02, 279 ss.;

CAIA G., *Incolunità pubblica e sicurezza urbana nell'amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.)*, in www.giustamm.it;

CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, in www.federalismi.it;

CAMPANARO C., *Rapporto tra il reato di abuso di ufficio ex art. 323 c.p. e l'utilizzo illegittimo di ordinanze extra ordinem in materia ambientale e di tutela giuridica degli animali: analisi e disciplina giuridica*, in www.simoline.com/clienti/diritto_ambiente/file/animali_articoli_163.pdf;

CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 02, 403 ss.;

CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it;

CARETTI, MORISI, (a cura di) *Rappresentanza politica e sindacato ispettivo nel Parlamento italiano*, in AA.VV. *Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari. Quaderno n. 16. Seminario 2005*, Torino, 2006, 139 ss.;

CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo, Tomo I*, Milano, 2005;

CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005;

CARINGELLA F. DE MARZO G., *Manuale di diritto civile III. Il Contratto*, Milano, 2007;

CARIOLA A., *Pubblica Amministrazione (Principi Costituzionali sulla)*, in in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica, Vol XII*, Milano, 2007, 514 ss.;

CARIOTI, “*Institutions matter*”: *le istituzioni contano (i liberoscambisti davanti alla globalizzazione)*, in www.fondazioneinaudi.it;

CARLASSARE L., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani, XX Vol.*, 1990;

CARNEVALE P., *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell’attualità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 4509 ss.;

CASALENA .P.G., *Riserva di legge*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica, Vol. XIII*, Milano, 2007, 610 ss.;

CALESINI, *Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza commentato articolo per articolo*, Roma, 2005;

CANESTRINI, *Diritti fondamentali e autorizzazioni di polizia. Il rischio della limitazione del diritto di libera manifestazione del pensiero nell’applicazione dell’articolo 18 del T.U.L.P.S.*, in www.canestrinilex.it/pdf/costituzionetulps.pdf;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007;

CASSETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, (voce), in *Enc. Dir.*, XII vol., 1964, 791 ss.;

CASTELLANETA, *I tempi non possono essere prefissati ma vanno calcolati sul singolo caso*, in *Guida al Diritto*, 2006, n. 23, 114 ss.;

CATELANI, *La sanità pubblica*, in SANTANIELLO, (a cura di), *Trattato di diritto Amministrativo, XL vol.*, Padova, 2010, 19 ss.;

CAVALLO B., *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche, X Vol.*, 1995, 434 ss.;

CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.* 2005, 4, 777 ss.;

CAVINO, *Riunione (libertà di)*, (voce), in PATTI, (a cura di), *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore, XIV vol.*, Milano, 2007, 11 ss.;

CECCANTI S., *L'Italia non è una democrazia protetta, ma la Turchia e la Corte di Strasburgo non lo sanno*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, 2113 ss.;

CECCANTI, *Le democrazie protette: da eccezione a regola già prima dell’11 settembre*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/ceccanti.html;

CECCANTI, *Anche la corte di Strasburgo arruolata nella <<guerra di civiltà>>?*, in *Quad. Cost.*, I, 2002, 81 ss.;

CELOTTO A., *Crolla un altro baluardo (nota a Corte Costituzionale – Ordinanza 15 aprile 2008, n. 103)*, in www.giustamm.it;

CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in www.neldiritto.it;

CERESSETTI, *Diritti di libertà ed ordinanze contingibili ed urgenti: primi spunti di riflessione*, in *Foro Amm, T.A.R.*, 2009, 12, 3409 ss.;

CERRI A. *Ordine Pubblico (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV Vol., 1991;

CERUTI, *La Corte Costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base dell'inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2004, 02, 258 ss.;

CHIARELLI, voce *Sovranità*, *Nss. Dig. It.*, XXII vol. 1970, 1043 ss.;

CHIAVARIO, *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Relazione_Prof_Chiavario.doc.
;

CHIEPPA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010;

CHINDEMI, *"Legge Pinto": questioni processuali, sostanziali e di "etica del diritto"*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 03, 690 ss.;

CHINDEMI, *La legge Pinto e la procedura fallimentare*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 03, 535 ss.;

CHINDEMI, *Legge Pnto e termine di prescrizione*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 06, 1297 ss.;

CHITI M., *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003;

CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in www.federalismi.it;

CIERVO, *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili dottrinali e giurisprudenziali*, in www.federalismi.it;

CIPOLLA, *Il nuovo diritto penale della religione alla luce dei lavori preparatori della l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Giur. Merito*, 2009, 6, 1753 ss.;

CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. Merito*, 2010, 03, 823 ss.;

CIUFFETTI, *La tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali a diecivanni dall'entrata in vigore del protocollo n. 11 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in www.federalismi.it;

CLERINI, *Inquinamento elettromagnetico e tutela della salute*, in *Dir. famiglia*, 2005, 03, 1085 ss.;

COMPORI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 02, 215 ss.;

COCCO, *Nota a Cassazione Civile, sez.UU, 28 dicembre 2007 n.27187*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 3-4, 617 ss.;

COCOZZA, *Costituzione. 2) Costituzione italiana*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, X vol., 1988;

COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 2, 594 ss.;

COLELLA, *La governance dei rifiuti in Campania tra tutela dell'ambiente e pianificazione del territorio. Dalla "crisi dell'emergenza rifiuti" alla "società europea del riciclaggio"*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 3-4, 493 ss.;

COLETTA, *Il diritto di voto dei non cittadini*, D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 343 ss.;

CONTALDO, *Gli interessi diffusi: legittimazione attiva al procedimento amministrativo ma non al processo*, in *Giur. Merito*, 1997, 02, 366 ss.;

CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 02, 483 ss.;

CORRUCCI, LUCHINI, GABBRIELLI, PONZETTI, *Evidenze scientifiche ed incertezze circa il danno alla salute da elettrosmog: limiti normativi e percezione individuale del fenomeno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 12, 2203 ss.;

CORSO G., *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, X Vol., 1995, 437 ss.;

CORTESE F., *Il "caso" Cittadella: ovvero, breve vademecum per leggere una controversa ordinanza*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/diritti_liberta/0001_cortese.pdf;

CORTI, *Autorizzazioni integrate ambientali per discariche per lo smaltimento di rifiuti: caratteri del dissenso manifestato dalla P.A. in Conferenza di servizi e questioni attinenti alla localizzazione della discarica in presenza di vincolo paesaggistico in itinere*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2011, 02, 293 ss.;

COSENTINI, *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura ed autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*, in *Giur. Merito*, 2009, 11, 2700 ss.;

D'ALONZO, *Il principio della «ragionevole durata» dei procedimenti giudiziari e la responsabilità dello stato ai sensi della legge Pinto*, in *Giur. Merito*, 2004, 09, 1660 ss.;

D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 537 ss.;

D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005;

D'ANGELOSANTE, *L'azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 del 1990*, in *Dir. Amm.*, 2009, 03, 723 ss.;

D'AURIA, *Discrezionalità tecnica, sindacato giudiziario e responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 05, 829 ss.;

DE CAROLIS D., *Brevi considerazioni sul Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in www.lexitalia.it.;

DE CESARE, *Sanità (Diritto Amministrativo)* (voce), in *Enc. Dir.*, XLI vol., 1989, 247 ss.;

DE FRANCESCO, *I reati politici associativi nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1984, I, 680 ss.;

DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in www.federalismi.it;

DELLO SBARBA, *L'incremento del carico urbanistico quale criterio prioritario ma non esclusivo nella determinazione degli oneri di urbanizzazione*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2010, 02, 517 ss.;

DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. Relaz. Ind.*, 2001, 03, 335 ss.;

DE MARZO, DE FRANCESCA, FABBRIZZI, (a cura di), *Irragionevole urata del processo e responsabilità dello Stato*, Padova, 2008;

DE SANCTIS, *Resistenza (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, XIL vol., 1997;

DE STEFANI, *Diritto alla vita e doveri degli stati nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/cedudiritto_alla_vita2002.pdf;

DE VERGOTTINI G., *Necessità, Costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e Società*, 1992, 217 ss.;

DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Seminario giuridico della università di Bologna LVIII, Milano, 1971;

DE VERGOTTINI, *Le forme di Stato*, in www.istrid.difesa.it/13_4_15/interventi/de_vergottini.htm;

DICKMAN, *Il rilievo del diritto internazionale dei diritti umani nell'interpretazione costituzionale*, in www.federalismi.it;

DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull'inefficacia giuridica delle disposizioni "programmatiche" degli Statuti ordinari*, in www.federalismi.it;

DICKMAN, *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo per una costituzione universale dei diritti e delle libertà*, in www.federalismi.it;

DICIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_E_Diciotti.pdf;

DICOSIMO, *Scuole pubbliche e simboli religiosi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html;

DI DIO, "Vietato vietare gli Ogm": è illegittimo il blocco generalizzato in attesa dei piani di coesistenza, in *Riv. giur. Ambiente*, 2010, 3-4, 610 ss.;

DI DIO, *Giustizia costituzionale e concorrenza di competenze legislative in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema": dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2009, 06, 953 ss.;

DI MARZIO, *Il diritto alla salute? Ha un nocciolo duro Lesioni, l'onere della prova è dell'attore*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 39, 16 ss.;

DI MARZIO, *Gli scontri di piazza durante il G8 di Genova e la lesione dei diritti fondamentali dei dimostranti*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2006, 05, 916 ss.;

DOGLIOTTI, *La vita e l'integrità fisica*, in RESCIGNO (a cura di) *Trattato di diritto privato, Persone e Famiglia, Tomo Primo*, Milano, 1982, 87 ss.;

DOGLIOTTI, *Il diritto alla salute tra pubblico e privato*, in *Dir. Famiglia*, 2001, 03, 878 ss.;

DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 3, 1017 ss.;

DURANTE N., *Polizia Amministrativa e ordine amministrativo*, in AA.VV., *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2006;

ESPOSITO, *Indennizzo per violazione del diritto alla salute o indennizzo per espropriazione?*, in *Giur. cost.* 2006, 05, 3403 ss.;

FACCI, *I testimoni di Geova ed il "dissenso" all'atto medico*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, 1, 116 ss.;

FANIZZI, *Il preavviso di rigetto ex art. 10-bis L. 241/90. Problemi di applicazione generale della norma e conseguenze dell'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda*, in www.entilocali.provincia.le.it/ordinamento/doc/int_0008.doc;

FELIZIANI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di Giustizia prende atto della natura giuridica vincolante della Carta di Nizza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;

FERIOLI, *Macedonia: La sovranità "condivisa" Un recente caso di procedimento di revisione costituzionale eterodiretto*, in www.forumcostituzionale.it.;

FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, 03 2771 ss.;

FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 3179 ss.;

FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I vol., Bologna 2001;

FINOCCHIARO, *Art. 19*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977;

FITOUSSI, GIRRE, *Globalizzazione, sviluppo, ineguaglianze e democrazia: una nuova prospettiva*, in PIZZUTI, (a cura di), *Globalizzazione, istituzioni e coesione sociale*, Catanzaro, 1999, 135 ss.;

FOÀ S., *Sicurezza pubblica*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche, XVII Vol.*, 1999, 127 ss.;

FOIS S., *Legalità (Principio di)*, in *Enc. Giur., XXIII Vol.*, 1973, 659 ss.;

FONDERICO, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione "precauzionale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 3-4, 907 ss.;

FONTANA, *La tutela costituzionale della società democratica tra pluralismo, principio di laicità e garanzia dei diritti fondamentali. (La Corte europea dei diritti dell'uomo e lo scioglimento del Refah partisi)*, in *Giur. Cost.*, 2002, 379 ss.;

FRANCIOSI G., *Emergenza terrorismo e diritti di libertà*, in *Quaderni Costituzionali*, I, 2002, 77 ss.;

FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in FRATINI, (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, 2011, 851 ss.;

FRONZA, *Brevi note sulla teoria della « istigazione indiretta » in tema di apologia*, in *Cass. pen.*, 2003, 03, 1013 ss.;

GALANTE, *Piccole note sul crocifisso nelle aule scolastiche*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html;

GALANTE, *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico tra morale, politica e diritto*, in www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Galante01.pdf;

GALATERIA L. *Ordine amministrativo*, in *Nuovissimo Digesto*, XII Vol., 1965, 107 ss.;

GAMBINO, *I diritti fondamentali fra Trattati e Costituzioni*, in www.federalismi.it;

GAROFALO, SABATUCCI, *Homo oeconomicus Dinamiche imprenditoriali in laboratorio*, Bologna, 2008;

GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2008;

GAROFOLI R. *Manuale di diritto penale. Parte Speciale I*, Milano, 2005;

GAROFOLI R. *Manuale di diritto penale. Parte Speciale II*, Milano, 2005;

GAROFOLI R, FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008;

GASPARRINO, *Diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva: possono coesistere?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 06, 1287 ss.;

GIANFRANCESCO, *Libertà d'impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, 03, 2209 ss.;

GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/GIANFRANCESCO.pdf;

GIANNINI, voce *Sovranità*, in *Enc. Dir.*, XLIII vol., 1992, 228 ss.;

GIORGIS, *I diritti all'uguaglianza distributiva*, in D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 112 ss.;

GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 2-3, 365 ss.;

GIUPPONI, *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell'estensione del diritto di voto in ambito locale*, in www.forumcostituzionale.it;

GIZZI, *Inquinamento elettromagnetico e getto pericoloso di cose*, in *Cass. pen.*, 2008, 09, 3438 ss.;

GIUSTI, SANTILLI, *Tutela della Salute – Dir. Civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII vol., 1991;

GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 01, 126 ss.;

GROPPI, *I diritti umani in Asia*, in www.leggicinesi.it/dottrina/Groppi%20Diritti%20umani%20in%20Asia%202005.pdf;

GROPPI, *La garanzia dei diritti tra Stato e Regioni dopo la riforma del titolo V*, in www.federalismi.it;

GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Guazzarotti.pdf;

GUZZI, ROLLI, *La legge di riforma del procedimento amministrativo al vglgio della giurisprudenza*, in www.federalismi.it;

HABERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993;

HELD, *Modelli di democrazia*, Bologna 1997;

HIRST, THOMPSON, *La globalizzazione dell'economia*, Roma, 1997;

IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 01, 1 ss.;

IANNUCILLI, DE TURA, *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni.../STU_212.pdf;

JEMOLO C.A., *Che cos'è la Costituzione*, Roma, 1946;

JORIO, *La Costituzione tradita*, in www.lexitalia.it/p/11/jori_costituzione.htm;

LAGROTTO, *Brevi spunti di riflessione alla luce della decisione del Consiglio di Stato n. 556/2006 relativa alla presenza del crocifisso nelle aule scolastiche*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html;

LA MONACA, SARTEA, ANZILOTTI, *Tra autonomia professionale e autonomia del paziente: discrezionalità nelle scelte terapeutiche e posizioni di garanzia. limiti e doveri del medico alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. famiglia*, 2010, 03, 1391 ss.

LANCHESTER, *Stato (forma di)*, (voce), in *Enc. Dir.*, XLIII vol., 1990, 806 ss.;

LANDI, POTENZA, ITALIA, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Milano, 1999;

LARICCIA, *Poco coraggio e molte cautele in una sentenza della Corte di cassazione sul tema della presenza dei simboli religiosi nelle aule di giustizia*, in *Giur. Cost.*, 2009, 3, 2133 ss.;

LARICCIA, *Meglio la costituzione che una legge dello stato a garanzia dell'uguaglianza e delle libertà in materia Religiosa*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html;

LARICCIA, *Garanzie elimiti della giustizia italiana per l'attuazione del principio della laicità*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html;

LAURO R., MADONNA V., *Il prefetto della repubblica Tra istituzioni e società*, Repubblica di San Marino, 2005;

LENZI, MONARCA, *Caso McCann e altri contro Regno Unito. Sentenza del 27 Settembre 1995 Ricorso n° 17/1994/464/545*, in www.unifi.it/offertaformativa/allegati/upload_ed_files/2009/200011/B009869/McCann_relazione.pdf;

LILLO, *I confini dell'ordine confessionale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2007, 6, 5017 ss.;

LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 4, 1921 ss.;

LO IACONO, *La tutela della personalità dei minori nell'ordinamento canonico tra il dovere dei genitori di fornire loro un'educazione "integrale" e l'esigenza di prevenire e reprimere i crimini sessuali commessi dai chierici*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 3, 1382 ss.;

LO IACONO, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 02, 401 ss.;

LOPOMO, *La tutela degli interessi diffusi nella più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale con particolare riferimento alle associazioni di consumatori*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 04, 1511 ss.;

LORENZINI, voce *Mercato*, in MERLANI (a cura di), *Enciclopedia della Banca e della Borsa*, VI vol., CEI, Torino, 1971, p. 507

MAFFEIS, *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Dir. eccl.*, 2006, 1-2, 55 ss.;

LUCCA, *Il c.d. preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato*, in www.lexitalia.it;

LUCIANI, *Diritto alla Salute – Dir. Cost.* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII vol, 1991;

MANCINI, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle corti*, in *Giur. Cost.*, 2009, 5, 4055 ss.;

MANFRELLOTTI, *Libertà economiche e concorrenza*, in D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 412 ss.;

MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/.../0148_mangiameli.pdf;

MANETTI, *La libertà eguale nella costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, 03, 636;

MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it;

MANNA, *L'informazione ambientale nella gestione dell'« emergenza rifiuti » in Campania*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 10, 2808 ss.;

MARCONI, *Rischi sociale e sicurezza nazionale: un metodo per l'identificazione delle minacce*, in *Per Aspera ad Veritatem*, n° 2/1995, in www.sisde.it;

MARCONI, (voce) *Propaganda ed apologia sovversiva*, in *Enc. Dir.*, XXXVII vol., 1988, 153 ss.;

MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 02, 388 ss.;

MARZUOLI C., *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in www.regione.emilia-romagna.it/geologia/forum/showAttachment.asp?id=509;

MARTINES T., (a cura di SILVESTRI G), *Diritto Costituzionale*, Milano, 1998;

MARTINES T., RUGGERI A., SALAZAR C., *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2005;

MASARACCHIA, *Il diniego opposto sul principio di precauzione deve indicare specifici studi scientifici (nota a Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2010 n. 183)*, in *Guida al diritto*, 2010, 91, 7 ss.;

MASI A., *Prefetto*, in *Enc. Giur.*, XXXIV Vol., 1985, pp. 947 ss.;

MASONI, *I Testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 1, 58 ss.;

MASTRODONATO, *I principi di proporzionalità e precauzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia verso l'effettività della tutela del cittadino (nota a Corte giust. Ce, sez. IV, 8 luglio 2010 n. C-343/09)*, in *Riv. e giur. Agr.*, 2011, 3 ss.;

MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, 04, 909 ss.;

MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 06, 1571 ss.;

MAZZOLA, *La Corte di Cassazione penale conferma il nesso di causalità tra cefalea ed esposizione ad inquinamento elettromagnetico da ELF*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 06, 1001 ss.;

MAZZOLA, *Corte giustizia CE, 04/03/2010 n. 297, sez. IV. L'Italia seppellita dai rifiuti della Campania, dinanzi alla Corte di Giustizia UE*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2010, 05, 773 ss.;

MELONCELLI, *Manuale di diritto pubblico*, Roma, 1992;

MENNILLO, *Il Crocifisso nelle scuole elementari pubbliche: libertà di insegnamento, "sovranità" del Consiglio di interclasse e laicità dello Stato*, in *Dir. Famiglia*, 2007, 2, 637 ss.;

MICHELETTI, *Un nuovo ruolo per il Giudice amministrativo nell'ordinamento pluralista: la funzione di arbitro tra gruppi sociali contrapposti nelle controversie pubblicistiche*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 02, 499 ss.;

MINNITI F., MINNITI M, *Tra libertà religiosa e ordine pubblico Sindaco ko alla guerra del velo islamico*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, 44, 108 ss.;

MISSORI, *Incidenze della giurisdizione penale militare nella legislazione di emergenza*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1983, 134 ss.;

MOCCIA S., *Ordine Pubblico (Disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV Vol., 1991;

MOCELLIN, *L' homo oeconomicus in evoluzione. Modelli antropologici e teoria della responsabilità sociale d'impresa*, Milano, 2011;

MODUGNO, *Costituzione. 1) Teoria Generale*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, X vol., 1988;

MONACO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in *Dir. relaz. ind.* 2010, 03, 876 ss.;

MONTAGNA, *Osservazioni a Cass. Pen., sez. III, num. 48924, 21 ottobre 2009*, in *Cass. pen.*, 2010, 09, 264 ss.;

MONTEROTTI, *La tutela penale della religione: antica, vexata quaestio sul bene giuridico tutelato e nuovi profili di interesse circa la libertà di espressione nell'epoca di internet*, in *Cass. Pen.*, 2010, 3, 952 ss.;

MORANA, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, 04, 3238 ss.;

MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 2008, 06, 4970 ss.;

MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2002, 03, 2034 ss.;

MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII vol., 1989;

MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI, M, *Diritto Costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997;

MORELLI, *Se il crocifisso è simbolo di laicità l'ossimoro costituzionale è servito*, in *D&G*, 2006, 10, p. 66 ss.;

MORRIS, *Libero scambio, il grande distruttore*, in www.ariannaeditrice.it;

MORTATI C, *La Costituzione Materiale*, Milano, 1940;

MOTZO G., *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, III vol., 1958, 266 ss.;

MULTARI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione: note a margine della ordinanza della Corte Costituzionale n. 241/2010*, in www.ildirittoamministrativo.it;

MUSOLINO S., *I rapporti Stato-Regioni nel nuovo Titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte Costituzionale*, Milano, 2007;

NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte.*, in *Cass. Pen.*, 1992, 2499 ss.;

NATALINI, *Emergenza rifiuti in Campania e diritto alla salute: sulle scelte commissariali in materia di discariche decide (sempre) il giudice amministrativo*, in *Diritto & Giustizia*, 2008, 02, 5 ss.;

NOBILE R., *Le ordinanze del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in Lexitalia.it.;

NOVARESE, *La "nuova" disciplina "emergenziale" dei rifiuti*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, 3-4, 443 ss.;

NOVELLI G., *Compendio di diritto internazionale privato*, Napoli, 2000;

OHMAE, *La fine dello Statonazione. L'emergere delle economie regionali*, Milano, 1996;

OPPENHEIMER, *Un confronto tra il 2000 e il 1900: come si differenzia la globalizzazione di oggi dal libero scambio di ieri*, in PIZZUTI, (a cura di), *Globalizzazione, istituzioni e coesione sociale*, Catanzaro, 1999, 3 ss.;
 PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, II*, Padova, 1992;
 PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/dai-diritti-del-cittadino-ai-diritti-fondamentali-delluomo;
 PACE L. F., *Il caso «Centro Europa 7» dinanzi alla Corte di giustizia: ampliamento del campo di applicazione dell'art. 49 TCE, tutela della chance del prestatore di servizi e protezione del pluralismo «esterno»*, in *Giur. Cost.* 2008, 05, 4000 ss.;
 PACINI, *L'Agenzia dell'U.E. per i diritti fondamentali*, in www.federalismi.it;
 PADOAN, *Globalizzazione, regionalismo e stato nazione: uno schema interpretativo*, in PIZZUTI, (a cura di), *Globalizzazione, istituzioni e coesione sociale*, Catanzaro, 1999, 208 ss.;
 PADOVANI, *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. Dir.*, XLIII vol., 1990, 830 ss.;
 PALADIN L. *Ordine pubblico*, in *Nuovissimo Digesto, XII Vol.*, 1965, 130 ss.;
 PALERMO A., *Ordine giuridico, ordine dell'autorità*, in *Nuovissimo Digesto, XII Vol.*, 1965, 115 ss.;
 PALOMBELLA, *Diritti fondamentali: argomenti per una teoria*, in www.swif.uniba.it/lei/filpol/glp.htm;
 PANZA G., *Ordine Pubblico (Teoria Generale)*, in *Enc. Giur. Treccani, XXV Vol.*, 1991;
 PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte Costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/.../0057_panzera.pdf;
 PARISI, *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 della convenzione di roma. sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. Famiglia*, 2009, 3, 1525 ss.;
 PARISI, *Formazione civile e formazione religiosa: la questione delle "scuole di tendenza" e l'Islam*, in *Dir. Famiglia*, 2008, 3, 1458 ss.;
 PASQUINELLI, *Legge Pinto ed irragionevole durata del processo. la cassazione ammette il danno morale per gli enti collettivi*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2006, 02, 283 ss.;
 PASQUINO, *Il potere costituente, il governo limitato e le sue origini nel nuovo mondo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, 02, 314 ss.;
 PASTORI, *Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*, in www.forumcostituzionale.it;
 PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giur. cost.*, 2000, 03, 1921 ss.;
 PAU, *Brevi note sulla legittimazione ad agire delle organizzazioni sindacali per la tutela di interessi collettivi*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 03, 611 ss.;
 PELLEGRINO, ROSIN, *Profili costituzionali in tema di compiti di difesa interna dell'ordinamento da parte delle forze armate*, in *Rass. Giust. Mil.*, I, 1981, 50 ss.;
 PERULLI, *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Dir. Relaz., Ind.*, 2001, 02, 157 ss.;
 PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1973, 743 ss.; PACE, *Art. 18*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna 1977, 216 ss.;
 PIANTEDOSI M, *Il nuovo sistema dell'ordine pubblico e della sicurezza dopo la riforma del titolo V, Parte seconda della Costituzione*, in *Giustizia amministrativa*, 2004, 6, 1235 ss.;

PIEROBON, *Poteri emergenziali e poteri ordinari nella gestione dei rifiuti alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 284 del 3-4 luglio 2006*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2007, 02, 296 ss.;

PINELLI, *Libertà e responsabilità*, in www.rivistaaic.it;

PISAPIA, *Terrorismo: delitto politico o delitto comune*, in *Giust. Pen.*, II, 1975, 257 ss.;

POGGIO, *Il rapporto tra difesa dei diritti sociali e tutela della libertà di (1-4) iniziativa economica alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 04, 1030 ss.;

POLIZZI, *È vietato mangiare sangue": il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 10, 2112 ss.;

PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 2001, 02, 873 ss.;

PROIETTI, *Elettrosmog: a chi tocca risolvere le liti. Al Tar il sindaco che spegne l'antenna*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2005, 47, 25 ss.;

RABAGLIETTI, *Sanità pubblica* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI vol, 1976, 488 ss.;

RANDAZZO, *Il diritto dell'unione Europea nei ricorsi in via principale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/diritto_Unione_Europea_ricors_i_principale.pdf;

RANDAZZO, *Cedu e norme internazionali nel giudizio in via principale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CEDU_norme_internazionali_g_iud_principale.pdf;

RAPARELLI, *Recenti sviluppi del dibattito sul diritto di voto agli stranieri immigrati*, in www.federalismi.it;

RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nuovissimo Digesto*, XII Vol., 1965, 89 ss.;

RICCA, *Identità personale e multiculturalismo*, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 59 ss.;

RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli 1982, 22 ss.;

RIDOLA P., *Diritti di Libertà e Costituzionalismo*, Torino, 1997;

RIDOLA, *Diritti Costituzionali* (voce), in PATTI, (a cura di) *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007, V vol., 141 ss.;

RIMOLI, *Ancora sulla laicità: ma la Corte non vuole salire sulla croce*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html;

RIMOLI, *Laicità e multiculturalismo, ovvero dei nodi che giungono sempre al pettine*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html;

RIMOLI, *Laicità e multiculturalismo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/laicita/index.html;

RODOTÀ, *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, *Pol. Del Dir.*, 1993, 569 ss.;

ROLLA G, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2010;

ROMANO, *Condizione giuridica dell'immigrato clandestino, diniego del permesso di soggiorno, tutela della salute e riparto di giurisdizione*, in *Giur. Merito*, 2011, 7-8, 1965 ss.;

ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. It. Dir. It. e Proc.*, 2007, 2-3, 493 ss.;

ROSSI, *Il diritto all'identità sessuale*, in D'ALOIA, (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 195 ss.;

ROTELLI, *Il danno da discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 12, 2536 ss.;

ROVAGNATI, *Profili problematici di un ordinamento multilivello di protezione dei diritti fondamentali. I sistemi nazionali di giustizia costituzionale alla prova del diritto dell'Unione Europea*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;

RUGA RIVA C., *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 1, 140 ss.;

RUGGERI, *Fonti, norme e criteri ordinatori*, Torino, 2005;

RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it;

RUGGERI, *Rapporti tra Corte Costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;

RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.federalismi.it;

RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*; ID, *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale* in www.forumcostituzionale.it;

RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it;

RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.federalismi.it;

SAITTA, *Preavviso di rigetto ed atti di conferma: l'errore sta nella premessa*, n *Foro amm. TAR*, 2008, 11, 3235 ss.;

SALAMONE V., *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it;

SALCUNI G., *"Ondate" securitarie e "argini" garantistici: il declino della riserva di legge nelle (il)logiche scelte del pacchetto sicurezza*, in *Cass. pen.* 2009, 2684 ss.;

SALVIA F., *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 763 ss.;

SAVINO, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, 01, 243 ss.;

SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 02, 355 ss.;

SATTA F., *Ordine e Ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani, XXV Vol.*, 1991;

SCARCELLA, *L'inquinamento elettromagnetico tra getto pericoloso di cose e principio di tassatività in malam partem in materia penale: un difficile compromesso per affermare la rilevanza penale del fatto*, in *Cass. pen.*, 2009, 03, 944 ss.;

SERENI, *Sulla tutela penale della libertà religiosa*, in *Cass. Pen.*, 2009, 11, 4499 ss.;

SERI, *Un'ulteriore tappa nel "cammino comunitario": la Corte Costituzionale rinvia una questione di com'unitarietà alla Corte di Giustizia (nota a Corte Costituzionale – Ordinanza 15 aprile 2008, n. 103)*, in www.giustamm.it.

SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstite tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 2, 621 ss.;

SPAGNUOLO VIGORITA, voce *Economia (Intervento della Pubblica Amministrazione nell')*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1966, 366 ss.;

STADERINI F., *Diritto degli enti locali*, Padova, 2006;

STANCATI P., *Legalità (Principio di)*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica, Vol. VIII*, Milano, 2007, 689 ss.;

STELIA, *La tutela penale della società*, in *Iustitia*, 1981, 332 ss.;

STELLACCI P., *Costituzionalità dello stato d'assedio*, in *La Giustizia Penale*, 1951, I, 334 ss.;

TADDEO, *Note a margine di un'ipotesi di devastazione a seguito di un incontro di calcio*, in *Giur. Merito*, 2008, 04, 1072 ss.;

TAMBORINI, *La radunata non è una riunione: osservazioni sul reato di "radunata sediziosa"*, in www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=281;

TANZARELLA, *Nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 20 marzo 2008 n.15399*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 05, 793 ss.;

TESSARO T., *Ordinanze contingibili e urgenti e provvisorietà della misura adottata*, in www.aesa2000.it/numero12_2004.pdf;

TOSATO, *Stato. Teoria generale e diritto costituzionale*, (voce), in *Enc. Dir.*, XLIII vol., 1990, 758 ss.;

TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/Tripodina_Argomento_originalista.pdf;

TROILO, *La libertà di riunione al tempo della "Direttiva Maroni"*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/.../0112_troilo.pdf;

VALENTINI M., *Sicurezza nazionale, sicurezza della Repubblica* in *Per Aspera ad Veritatem*, n° 22/02, in www.sisde.it;

VALITUTTI, *Liberalismo*, (voce), in *Enc. Dir.*, XXIV vol. 1974, 206 ss.;

Vandelli L., *Le ordinanze del sindaco in materia di sicurezza urbana*, in www.astrid-online.it/Sicurezza-/Studi--ric/Vandelli_Ordinanze-sicurezza-urbana.pdf;

VENTURI, *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *Dir. relaz. ind.* 2008, 03, 849 ss.;

VICICONTE G., *Ordinanze di necessità ed urgenza*, in PATTI S. (a cura di) *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica, Vol. X*, Milano, 2007, 499 ss.;

VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 02, 837 ss.;

VIRGA, *Volete risolvere l'emergenza rifiuti in Campania? Telefonate al Servizio "S.O.S. Ambiente" istituito dal Pres. Bassolino*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2008, 01, 169 ss.;

VITIELLO, *La sanatoria delle opere abusive realizzate su area vincolata prima dell'introduzione del vincolo*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2007, 3-4, 566 ss.;

VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 04, 791 ss.;

WADE, *La globalizzazione e i suoi limiti*, in BERGER, DORE, (a cura di), *Differenze nazionali e capitalismo globale*, Bologna, 1998, 108 ss.;

ZEULI, *Terrorismo internazionale*, Napoli 2002;

ZUCCHERETTI, *Inquinamento elettromagnetico: ripartizione dei poteri e sua disciplina*, in *Riv. giur. Edilizia*, 2004, 02, 663 ss.