
LE REGIONI

anno XXXVIII

numero 1-2

febbraio-aprile 2010

EDITORIALE

FRANCO PIZZETTI, *Il federalismo demaniale: un buon segnale verso un federalismo fiscale «ben temperato»* 3

ARTICOLI

CORRADO CARUSO, *Da Nottingham a La Mancha: l'odissea dei sindaci nell'arcipelago dei diritti costituzionali* 15

FABIO CORVAJA, *Esiste una libertà «innominata» da tutelare? Ordinanze sindacali «creative» e libertà individuale* 33

TOMMASO F. GIUPPONI, *«Sicurezza urbana» e ordinamento costituzionale* 49

ANDREA GUAZZAROTTI, *Le ordinanze dei Sindaci in materia di sicurezza urbana: quale ruolo assume la riserva di legge?* 83

ANNA LORENZETTI, *Le ordinanze sindacali e il principio di uguaglianza: quali garanzie?* 93

DILETTA TEGA, *Le ordinanze sindacali: un nuovo caso di glocalism?* 113

FULVIO CORTESE, *La sicurezza urbana e il potere di ordinanza del Sindaco tra competenze statali e competenze regionali: come districare l'intreccio?* 123

FEDERICO FURLAN, *La disciplina concreta del potere di ordinanza* 141

ANTONIO CASSATELLA, *L'obbligo di motivazione delle «nuove» ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo unico degli enti locali: osservazioni critiche* 157

2 SOMMARIO

SILVIA PELLIZZARI, <i>Poteri di ordinanza, sicurezza urbana e sindacato del giudice amministrativo</i>	189
ANNA SIMONATI, <i>Sicurezza urbana e ordinanze dei sindaci: quale coordinamento tra sindaco e forze di polizia?</i>	203
DAVIDE STRAZZARI, <i>Per una cultura istituzionale dell'antidiscriminazione: margini e opportunità di intervento dell'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali nel contesto delle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana</i>	219
MARCO MAZZARELLA ED ELETTRA STRADELLA, <i>Le ordinanze sindacali per la sicurezza urbana in materia di prostituzione</i>	237
STEFANO ROSSI, <i>Note a margine delle ordinanze sindacali in materia di mendicizia</i>	277
ILENIA RUGGIU, <i>Le ordinanze dei sindaci ex art. 54 TUEL in tema di bevande alcoliche e tossicodipendenza</i>	299
MATTEO CARRER, <i>Le ordinanze sul decoro urbano</i>	309
MATTIA MAGRASSI, <i>Le c.d. «ordinanze anti-kebab»</i>	325
FRANCESCA PARMIGIANI, <i>Il divieto di bivacco e di stazionamento nelle ordinanze adottate dai Sindaci ex art. 54 TUEL</i>	333
ANNA LORENZETTI, <i>Il divieto di indossare «burqa» e «burqini». Che «genere» di ordinanze?</i>	349
LUCIA BUSATTA, <i>Le ordinanze fiorentine contro i lavavetri</i>	367
CARLO RUGA RIVA, <i>Diritto penale e ordinanze sindacali. Più sanzioni per tutti, anche penali?</i>	385
MARCO GROTTI, <i>Potere di ordinanza e diritto penale sostanziale</i>	397
ROBERTO CORNELLI, <i>Ordinanze e sicurezza urbana: il background criminologico</i>	419
PAOLO BONETTI, <i>Considerazioni conclusive circa le ordinanze dei sindaci in materia di sicurezza urbana: profili costituzionali e prospettive</i>	429
Notizie sugli autori	451

Potere di ordinanza e diritto penale sostanziale

di MARCO GROTTO

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Il principio della riserva di legge. Il problema delle «nuove» fonti del «diritto sanzionatorio». - 3. Il principio di frammentarietà ed *extrema ratio*. Il rapporto tra la sanzione penale e la sanzione amministrativa. - 3.1. L'ordinanza del Sindaco quale atto generale ed astratto e quale presupposto di sanzione amministrativa. - 3.2. Gli altri «rischi» dell'uso di ordinanze «anti-prostituzione». - 4. Il principio dell'offensività. I beni giuridici oggetto di tutela: «incolumità pubblica» e «sicurezza urbana». - 4.1. Il concetto di «incolumità pubblica». - 4.1.1. L'assetto codicistico. - 4.1.2. L'incolumità pubblica nelle ordinanze dei Sindaci. - 4.2. Il concetto di «ordine pubblico». - 4.2.1. L'assetto codicistico. - 4.2.2. L'ordine pubblico nelle ordinanze dei Sindaci. - 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

La modifica del potere di ordinanza del Sindaco, disciplinato dal Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali (art. 54 d.lgs. 267/2000), ha coinvolto, di riflesso, anche il diritto penale, tanto che s'è parlato addirittura di «diritto penale municipale». Ciò in quanto, in occasione dei primi provvedimenti anti-lavavetri ed anti-burqua, gli amministratori locali hanno paventato la configurabilità del reato di cui all'art. 650 c.p. nel caso di violazione delle ordinanze.

Impostazione, questa, contrastata dalla dottrina e smentita in poco tempo anche dalla giurisprudenza¹. In particolare, tra tante, ritengo convincente una delle argomentazioni avanzate per sostenere la non applicabilità al caso di specie della citata contravvenzione. Come noto, l'art. 650 c.p. è spesso individuato a paradigma delle «norme penali in bianco»². Una tipologia di disposizioni che suscita

¹ C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna con burqa e il Sindaco. Prove atecniche di «diritto penale municipale»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, pp. 133 ss.

² Si vedano in argomento due fondamentali ancorché risalenti scritti: G. CAR-

grande perplessità negli studiosi del diritto penale, orgogliosamente rispettosi del principio costituzionale di stretta legalità (art. 25 Cost.) e, specialmente, per quel che qui interessa, del suo corollario della riserva di legge. Di qui un'interpretazione correttiva dell'art. 650 c.p., da leggersi come sanzione penale non riferita a qualsivoglia provvedimento amministrativo (il che significherebbe ammettere – in contrasto con l'assetto costituzionale – che la norma penale contiene solo la sanzione, mentre l'individuazione del precetto comportamentale, *generale ed estratto*, è rimessa a settori dell'ordinamento non vincolati alla riserva di legge), bensì solo a provvedimenti amministrativi che abbiano contenuto *specifico e concreto*³. Esemplicando: la violazione dell'ordinanza con la quale il Sindaco ordina la demolizione di un edificio pericolante in una certa via potrebbe essere sanzionata *ex art.* 650 c.p.; non così per la violazione di un'ordinanza che vieti l'esercizio dell'attività di lavavetri ai semafori⁴. L'autentica natura delle problematiche del c.d. diritto penale municipale sembra ridursi, in sostanza, alla possibilità di combinare l'interventismo degli amministratori locali, ed il loro potere di individuazione del precetto, con l'applicazione dell'art. 650 c.p., nel quale è racchiusa la sanzione.

Questa soluzione, oltre alla già accennata dubbia compatibilità con il principio costituzionale di riserva di legge, sembra però preclusa dallo stesso testo normativo. Infatti, con riferimento alla violazione dell'art. 54, comma 4, del d.lgs. 267/2000 (norma istitutiva del potere del Sindaco di adottare provvedimenti «*anche* contingibili e urgenti» in materia di «incolumità pubblica» e di «sicurezza urbana») pare possa trovare applicazione l'art. 7 *bis*, comma 1 *bis*, del

BONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'articolo 650 del codice penale*, Giuffrè, Milano 1970; e M. ROMANO, *La repressione della condotta antisindacale*, Giuffrè, Milano 1974.

³ C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna con burqa e il Sindaco* cit., 136.

⁴ Va segnalato, però, che la giurisprudenza non è univoca sul punto. Nel caso delle ordinanze fiorentine del 2007 il GIP, proprio condividendo l'interpretazione qui proposta, con decreto del 21.9.2007 ha archiviato uno dei primi procedimenti penali nati in quell'occasione (proc. pen. n. 10834/2007 RG GIP). Al contrario, Cass. pen., Sez. I, sentenza 4 dicembre 2007, n. 237, ha ritenuto che: «Ai fini della sussistenza della contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. è necessario che il provvedimento amministrativo di cui non sia stata data ottemperanza sia stato emesso nell'interesse della collettività e non di privati cittadini. L'ordinanza del Sindaco, che ingiunge entro un breve termine ad un soggetto di provvedere alla eliminazione di infiltrazioni d'acqua causate nell'appartamento sottostante la proprietà dello stesso, è emessa nell'interesse di un privato cittadino e non della collettività e pertanto la sua inottemperanza non viola il disposto dell'art. 650 c.p.».

medesimo Testo Unico, il quale prevede che, alle «violazioni delle ordinanze adottate dal sindaco (...) sulla base di disposizioni di legge, ovvero di specifiche norme regolamentari» consegue l'applicazione di una «sanzione amministrativa pecuniaria da 25 euro a 500 euro». Più che di un «diritto penale municipale» sembra trattarsi, dunque, di un «diritto municipale amministrativo-sanzionatorio».

Per questo motivo, nel presente contributo, ad un'analisi dell'art. 650 c.p. e della sua applicabilità in chiave sanzionatoria rispetto ai provvedimenti locali, si è preferita una «lettura del fenomeno» delle ordinanze dei Sindaci con gli strumenti, l'impostazione concettuale ed i principi dello studioso del diritto penale.

2. *Il principio della riserva di legge. Il problema delle «nuove» fonti del «diritto sanzionatorio»*

Il tema della «sicurezza» viene affrontato, a livello normativo, su tre livelli: 1) a livello di legislazione sopranazionale (es.: normativa comunitaria)⁵; 2) a livello di legislazione statale (sul punto: successione di c.d. «pacchetti sicurezza»)⁶; 3) a livello di normazione locale (sul punto: il potere di ordinanza dei Sindaci)⁷. Uno stesso problema è, quindi, fatto oggetto di provvedimenti normativi diversissimi per modalità di adozione e grado di condivisione democratica.

Tuttavia, nessuno dei tre *modi operandi* va esente da critiche.

⁵ Es.: lotta al terrorismo, lotta alla «tratta di esseri umani», condivisione di un comune spazio di sicurezza.

⁶ Con la locuzione «pacchetto sicurezza» si possono identificare almeno tre provvedimenti normativi dell'ultimo biennio. Il primo è rappresentato dal d.l. 92/2008 e dalla legge di conv. n. 125/2008, rispettivamente del 23 maggio 2008 e del 24 luglio 2008, «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica». Il secondo, con rubrica in parte analoga («Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori») è costituito dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. nella legge 23 aprile 2009, n. 38. Ed il terzo, sempre intitolato «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica», ha la veste della recente legge 15 luglio 2009, n. 94.

⁷ Il Rapporto CITTALIA – Fondazione ANCI Ricerche, *Oltre le ordinanze. I sindaci e la sicurezza urbana*. Seconda edizione settembre 2009, 9, si apre proprio con questa affermazione: «nell'ultimo decennio la percezione di insicurezza è cresciuta sia nella dimensione sovranazionale – o più precisamente globale (il terrorismo, le crisi ambientali) – che nella dimensione locale. È in questa seconda dimensione che è andato formandosi un nuovo protagonismo degli attori territoriali (i Sindaci, i comitati dei cittadini) in uno spazio di azione che era tradizionalmente appannaggio dello Stato».

Da un lato, la competenza penale dell'Unione europea, nonostante le recenti pronunce⁸, viene guardata con particolare attenzione (se non con sospetto) sulla base, tra l'altro, di un presunto (ma forse indimostrato) *gap* democratico.

Dall'altro, il Parlamento nazionale lamenta uno svilimento delle sue prerogative in conseguenza di un' incisiva azione del Governo, cosicché le scelte di politica criminale (e non solo quelle) sono il frutto di determinazioni assunte direttamente dal potere esecutivo – formato (anche) da soggetti non direttamente eletti dai cittadini – e non più da quello legislativo, incarnazione (almeno nelle intenzioni) della volontà popolare (es.: netta prevalenza dei disegni di legge di origine governativa su quelli di origine parlamentare; uso della decretazione d'urgenza anche per l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici)⁹.

Infine, le iniziative dei Comuni, «legittimate» dall'art. 54 del d.lgs. 267/2000, rappresentano sì una risposta «dal basso» ai problemi dei cittadini; si potrebbe dire una risposta vicina (o più vicina) a quella «base elettorale» che la politica nazionale sembra non saper soddisfare; tuttavia esse non sono affatto il distillato di un procedimento democratico (es.: l'approvazione in seno al Consiglio), quanto piuttosto l'espressione della volontà di un singolo: il Sindaco (seppur eletto in maniera diretta)¹⁰.

Tralasciando la prospettiva extranazionale, è evidente come, con sempre maggior frequenza, sul «problema sicurezza» intervengano organi istituzionali «operativi» (Governo, Sindaci), quasi a significare che l'emergenza (micro)criminalità non può aspettare i tempi e – almeno nelle intenzioni – la ponderazione del dibattito assem-

⁸ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 13 settembre 2005, C-176/03, Commissione c. Consiglio. Sul punto, v. M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale* in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 548 ss. (con richiami bibliografici alla n. 24). Per un richiamo anche a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 23 ottobre 2007, C-440/05, Commissione c. Consiglio, v. A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 76 ss., spec. 116 ss.

⁹ È il caso, per rimanere a fatti recenti, del c.d. *stalking*, introdotto dall'art. 7 del d.l. 11/2009.

¹⁰ Sul punto sono interessanti i dati statistici del Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 104 che mettono in evidenza come una scarsa parte della popolazione consideri le ordinanze dei Sindaci come completamente inutili o come risolutive; al contrario, la maggior parte dei cittadini, se da una parte attribuisce alle ordinanze il merito di aver colto un problema reale, dall'altra è scettica sulla loro reale efficacia o comunque ritiene che da sole esse non possano bastare.

bleare. Sul punto, a ricordare il predetto «sodalizio» è appena il caso di ricordare che, ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. 267/2000, le ordinanze in materia di «sicurezza urbana» sono emanate dal Sindaco «quale ufficiale del Governo» (e non – come accade per l'art. 50 del medesimo TU – dal Sindaco «quale rappresentante della comunità locale»).

Di più: non solo i predetti organi istituzionali «operativi» sono coloro che agiscono, ma sembrano farlo anche contemporaneamente. Il rapporto Cittalia¹¹ mette in evidenza un importante dato statistico: quanto al numero, i provvedimenti dei Sindaci sono cronologicamente concentrati tra luglio e settembre 2008 e tra maggio e luglio 2009. Il primo dato è piuttosto scontato: il primo «pacchetto sicurezza» (che modifica l'art. 54 del d.lgs. 267/2000) è del maggio 2008 (d.l. 92/2008)¹² e quindi il gran numero di provvedimenti a cavallo dell'estate 2008 è, sicuramente, da ricollegare al «fattore novità». Ma anche la seconda «ondata» di ordinanze dei Sindaci non giunge a caso: il secondo (d.l. 11/2009 del 23 febbraio 2009¹³) ed il terzo pacchetto sicurezza (l. 94/2009 del 15 luglio 2009¹⁴), infatti, disciplinano (rispettivamente all'art. 6, commi da 3 a 6 ed all'art. 2, commi da 40 a 44) le c.d. «ronde»¹⁵. Nel 2009, quindi, è bastata un'ulteriore

¹¹ V. Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 13.

¹² Per un commento generale: *Le novità del «pacchetto sicurezza» (prima parte)*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 1346 ss. con commenti di M. PELLISSERO, *Il potenziamento delle misure di sicurezza, ibidem*, 1350 ss.; E. ANTONINI, *Le altre modifiche al codice penale, ibidem*, 1357 ss.; e F. COZZI, *Le modifiche al codice della strada, ibidem*, 1373 ss.; *Le novità del «pacchetto sicurezza» (seconda parte)*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 1481 ss.; con commenti di S. LORUSSO, A. E. RICCI, *I profili processuali, ibidem*, 1485 ss.; Cfr. altresì AA.VV., «Decreto sicurezza»: tutte le novità. D.L. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modif., dalla L. 24 luglio 2008, n. 125, Milano 2009.

¹³ V. MAFFEO, *Il nuovo delitto di atti persecutori (stalking): un primo commento al D.L. n. 11 del 2009 (conv. con modif. dalla L. n. 38 del 2009)*, in *Cass. pen.* 2009, 2719 ss.; F. RESTA, *Il delitto di stalking. Verso un nuovo habeas corpus per la donna?*, in *Giur. merito* 2009, 1924.

¹⁴ Sull'ultimo «pacchetto sicurezza», v. CSM, *Delibera del 10 giugno 2009. Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica»*, in www.astrid.it; S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA, *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e D.L. 23 febbraio 20089, n. 11, conv., con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38* Milano 2009; AA.VV., *Il «pacchetto sicurezza» 2009 (commento al D.L. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in Legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla Legge 15 luglio 2009, n. 94)* Torino 2009.

¹⁵ La l. 94/2009, all'art. 3, comma 40, prevede che «I sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale». Secondo il Rapporto

«iniziativa di decentramento» nel controllo del territorio per risvegliare i Sindaci dal loro torpore.

D'altronde il legame tra Governo e Sindaci è ben più risalente rispetto alla modifica dell'art. 54 d.lgs. 267/2000. Già il 20 marzo 2007, infatti, Ministero dell'Interno ed ANCI sottoscrissero il c.d. «Patto per la sicurezza»¹⁶, mentre sono 33 gli accordi per la sicurezza stipulati tra Ministero e Comuni tra il 2006 ed il 2009¹⁷.

Un Sindaco, che cerca di fronteggiare i problemi di sicurezza presenti sul proprio territorio, svincolato dal confronto dialettico del Consiglio comunale, sembra essere la proiezione di un Governo statale che affronta la «perenne emergenza»¹⁸ della sicurezza pubblica a mezzo di decreti-legge o di leggi votate con la fiducia. La qual cosa, a livello sistematico, è particolarmente allarmante per coloro che, visto l'art. 25 Cost., ritengono che la legge penale debba essere il frutto di un dibattito parlamentare quanto più aperto possibile¹⁹, ovvero è particolarmente soddisfacente per chi (ponendosi da politico e non da tecnico)²⁰ soffre la «farraginosità» dei lavori

CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 106 la maggioranza dei cittadini pensa di poter rivestire un ruolo determinante nel contrasto all'insicurezza urbana. Tuttavia (107) la possibilità di costituire o entrare a far parte delle «ronde» raccoglie scarso consenso.

¹⁶ V. Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 121 (prospetto riassuntivo: 138 ss.).

¹⁷ V. Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 135 s.

¹⁸ L'efficace formula è ripresa da S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997.

¹⁹ *Ex multis*, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2004, 29: «il fondamento politico (...) della riserva di legge in materia penale – e cioè l'esigenza che le scelte politico-criminali siano riservate all'unico potere dello Stato rappresentativo della volontà popolare – impone di interpretare la formula “legge” nell'art. 25 comma 2 Cost. come legge formale, escludendo i decreti legislativi e i decreti-legge dalle fonti del diritto penale: solo il Parlamento, come espressione dell'intero popolo, è in grado di compiere le scelte punitive nel rispetto della dialettica tra maggioranza e minoranza» (corsivi originali). I motivi per cui gli autori ritengono che né il decreto-legge né il decreto legislativo possano essere fonte di diritto penale sono illustrati *amplius* a p. 30 del loro manuale. Sul tema è d'obbligo il richiamo a M. ROMANO, *La repressione della condotta antisindacale*, Milano 1974, 109 ss. Per un affresco della giurisprudenza costituzionale: ancora M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 29 ss.

²⁰ In un comunicato del Ministero dell'Interno del 26.10.2009, che accompagna la pubblicazione di un prospetto riepilogativo denominato «Norme del pacchetto sicurezza e collegati» si legge: «Sulla sicurezza – ha detto il Ministro [dell'Interno Roberto Maroni] agli amministratori della Lombardia – abbiamo applicato una forma di federalismo dando più potere ai sindaci, che sono diventati un riferimento essenziale su cui si fonda il modello di sicurezza integrata, formato dalle forze dell'ordine, dai sindaci e dai cittadini attraverso le loro organizzazioni. I sindaci – ha spiegato

parlamentari come inutile ostacolo all'immediatezza dell'intervento novellistico. L'«interventismo» dei Sindaci nell'ambito del «diritto sanzionatorio» può essere quindi letta come una conseguenza dello svuotamento, a livello statale, del principio della riserva di legge (anche e soprattutto in ambito penale) inteso nel suo significato più pieno²¹.

3. *Il principio di frammentarietà ed extrema ratio. Il rapporto tra la sanzione penale e la sanzione amministrativa*

3.1. *L'ordinanza del Sindaco quale atto generale ed astratto e quale presupposto di sanzione amministrativa*

Se la «sicurezza urbana» diventa appannaggio dei Sindaci, è pressoché inevitabile che situazioni analoghe vengano trattate in modo diverso. Ad esempio, la prostituzione da strada (o, per mutuare una colorita espressione del TAR Lazio, lo *street sex*) è vigorosamente contrastata in alcuni Comuni, mentre in altri è (almeno normativamente) tollerata²².

È legittimo che attraverso una fonte comunale si ostacoli (*de facto* oltre che nelle intenzioni) un'attività sostanzialmente libera (sia, pacificamente, dal lato dell'«offerta», sia, con il limite dello sfruttamento, dal lato della «domanda»)?

Sin dai primi «esperimenti» di politica locale della sicurezza del 1998, è apparso subito chiaro che tutte le ordinanze adottate da alcuni Comuni, pur presentandosi molto differenziate tra loro nella for-

Maroni – rivestono un ruolo fondamentale e lo avranno ancora di più per dare sicurezza ai loro cittadini».

²¹ Sulla svalutazione della riserva di legge: L. CARLASSARE, *La «riserva di legge» come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli 2004, 440 ss. Sul problema sollevato da recenti provvedimenti legislativi, v. anche E. DOLCINI, *Leggi «ad personam», riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50 ss.; e G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano 2003.

²² Anche tra i Comuni che hanno adottato ordinanze anti-prostituzione si registrano notevoli differenze. *Ad exemplum*: la sanzione è di € 500,00 (il massimo consentito) a Verona (Ord. 81/2008) o a Castelnuovo Del Garda (Ord. 90/2009), di una somma variabile tra € 25,00 ed € 500,00 con ammesso il pagamento in misura ridotta dell'importo di € 450,00 a Parma (Ord. 267/2008), di € 200,00 a Roma (Ord. 242/2008).

mulazione (motivazioni, destinatari, definizione delle sanzioni), contenevano una novità in comune, «ovvero *la punizione del cliente*»²³.

La situazione non è molto cambiata. A Verona (Ord. 81/2008), come in molti altri Comuni, «è vietato a chiunque contrattare ovvero concordare prestazioni sessuali a pagamento». Ma ciò significa, in sostanza, che è vietato (ed è quindi sanzionato, seppur in via amministrativa) fruire della prestazione sessuale altrui in cambio di denaro.

Di più: a Roma (Ord. 242/2008) non si può nemmeno avere l'aspetto di una prostituta, perché «è fatto divieto di assumere atteggiamenti, modalità, comportamenti che manifestino inequivocabilmente l'intenzione di adescare o esercitare l'attività di meretricio».

A Parma (Ord. 267/2008), infine, è proprio vietato prostituirsi: «chiunque, nel territorio del Comune di Parma, esercita la prostituzione (...) è punibile con sanzione amministrativa».

Ora, che i Sindaci cerchino di far fronte a problemi di viabilità nelle tangenziali ovvero di quieto vivere nei quartieri di periferia è fatto apprezzabile²⁴. Tuttavia, la norma statale (l. 75/1958) non sanziona né la condotta di chi propone il proprio corpo in vendita né la condotta di chi acquista tali «servizi sessuali». *Quid iuris?*

In primis, in linea teorica è ammissibile che la sanzione penale copra solo alcuni dei comportamenti amministrativamente sanzionati. E ciò per ossequio ai principi di frammentarietà ed *extrema ratio* del diritto penale. Anzi, spesso la dottrina penale vorrebbe affidare allo strumento amministrativo il compito di sanzionare condotte ritenute non offensive (o non sufficientemente offensive) dei beni giuridici oggetto di tutela (anche) penale. Ed altrettanto spesso quella stessa dottrina giudica favorevolmente la circostanza che la sanzione penale, in un *climax* ascendente, sia preceduta da una sanzione amministrativa a carattere più generale.

In secondo luogo, il d.lgs. 267/2000, da un lato, permette al Sindaco di emanare ordinanze anche non contingibili ed urgenti (art. 54); dall'altro (art. 7 *bis*, comma 1 *bis*), prevede espressamente che si applichi una sanzione amministrativa «anche alle violazioni delle ordinanze adottate dal Sindaco».

²³ V. Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 30, con riferimento ai Comuni di Milano, Rimini, Modena, Bologna, Verona, Padova, Olbia e Vicenza (n. 5).

²⁴ Nelle premesse delle ordinanze in tema di prostituzione se ne giustifica l'adozione in considerazione della necessità di assicurare la scorrevolezza del traffico, della volontà di limitare comportamenti offensivi della pubblica decenza o della tranquillità dei residenti, dell'opportunità di tutelare l'immagine turistica del Comune ovvero della volontà di ostacolare le condotte di segregazione caratteristiche di quegli ambienti.

Tuttavia per giudicare se la sanzione amministrativa sia legittima nel caso di specie sono necessari alcuni approfondimenti.

Ad una valutazione nazionale, statale, parlamentare e quindi condivisa, di irrilevanza penale (ed amministrativa) del fatto, nei Comuni dove sono state adottate le ordinanze anti-prostituzione si contrappone una valutazione individuale, territoriale e monistica di contrario tenore. Il Sindaco opera una scelta di disvalore per una condotta che, a livello di Parlamento (e quindi di potere centrale), è stata espressamente valutata e considerata come neutra. Il TAR Veneto (Ord. 22/2009) in questo senso rileva che «l'ordinamento vigente non consente la repressione di per sé dell'esercizio dell'attività riguardante le prestazioni sessuali a pagamento».

È ammissibile che il Sindaco introduca, a livello locale (e senza consultare nemmeno il Consiglio), una norma generale ed astratta del tipo «è vietato usufruire delle prostitute» o, radicalmente «è vietata la prostituzione»?

Una risposta positiva sembra a prima vista suggerita dall'art. 2, lett. e), del d.m. 8 agosto 2008, il quale ammette che il Sindaco possa intervenire per contrastare «i comportamenti che (...) possono offendere la pubblica decenza (...) ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici (...)», avendo l'accortezza di precisare, con formulazione casistica, che un esempio dei primi (i comportamenti che possono offendere la «pubblica decenza») è dato dalla «prostituzione su strada», mentre un esempio dei secondi (i comportamenti che turbano il «libero utilizzo degli spazi pubblici») è dato dall'«accattonaggio molesto». Come a dire: la prostituzione, se esercitata in strada, si presume sia contraria alla pubblica decenza. E se il comportamento è contrario a pubblica decenza il Sindaco può vietarlo e sanzionarlo.

Questo richiamo, tuttavia, non basta. L'art. 54 del Testo Unico è chiaro nel dire che il Sindaco interviene «al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'*incolumità pubblica* e la *sicurezza urbana*» e il decreto ministeriale definisce la prima come «integrità fisica della popolazione» mentre, con riguardo alla seconda, parla genericamente di «un bene pubblico da tutelare»²⁵. Quindi, nonostante l'art. 2, lett. e) del decreto ministeriale, il potere di ordinanza del Sindaco non può essere esercitato per contrastare quella prostituzione che, seppur offensiva della pubblica decenza, non ponga anche gravi pericoli alla «incolumità pubblica» o alla «sicurezza urbana».

²⁵ Sui «beni giuridici tutelati», si veda il paragrafo successivo.

Una seconda riflessione. Ammettendo che possano tranquillamente darsi situazioni dove l'attività di prostituzione è anche pregiudizievole per l'incolumità pubblica ovvero per la sicurezza urbana, il Sindaco sarà legittimato ad adottare un'ordinanza che vieta, al cliente, la fruizione della prestazione sessuale (anzi, che vieta anche solo di avvicinarsi ad una prostituta) ovvero che vieta, alla prostituta di... prostituirsi (o anche solo di avere l'atteggiamento di chi si vuole prostituire)?

Ritengo che la risposta debba essere negativa.

È ben vero – e lo si è detto anche *supra* – che, in ossequio al principio di *extrema ratio*, la sanzione amministrativa può coprire spazi lasciati liberi dalla sanzione penale: se esercitare la prostituzione o consumare rapporti sessuali a pagamento non è reato, è pensabile che quella medesima condotta sia sanzionata amministrativamente.

Tuttavia, ritengo vadano fatte almeno due considerazioni.

Primo. Il principio di frammentarietà vuole che il diritto penale intervenga a sanzionare un ristretto numero di condotte, sottoinsieme di un più ampio novero di comportamenti che, pur essendo dello stesso tipo, non meritano di essere penalmente sanzionati. Anche sul piano del rapporto tra diritto penale e diritto amministrativo sanzionatorio il meccanismo dovrebbe essere analogo: la sanzione amministrativa dovrebbe avere ad oggetto un insieme di condotte che è più ampio di quello oggetto di sanzione penale. Ma se: 1) la sanzione penale è, per definizione, generale ed astratta ed è vincolata al principio di legalità e 2) la sanzione penale è chiamata a «coprire» condotte che, in difetto, ricadono nell'ambito del diritto amministrativo sanzionatorio, allora ne segue che anche la sanzione amministrativa non può che avere i caratteri di generalità ed astrattezza propri della sanzione penale. Connotazione, questa, che l'ordinanza del Sindaco non sembra possedere.

Secondo. L'art. 1 della l. 689/1981 (che al Capo I, Sezione I contiene i «principi generali» delle «sanzioni amministrative») prevede che: «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge» (art. 1 l. 689/1981).

In altri termini, anche l'introduzione di una sanzione amministrativa deve superare le strettoie della riserva di legge statale. E ciò, ritengo, a maggior ragione in settori (quali quelli della prostituzione o dello sfruttamento dei minori ai fini dell'accattonaggio) nei quali il dibattito politico è più acceso.

Né si può sostenere che l'ordinanza del Sindaco, in quanto prevista dall'art. 54 del d.lgs. 267/2000 e sanzionata in base all'art. 7 *bis* dello stesso TU, è atto idoneo a rivestire i caratteri di generalità ed astrattezza che la stessa l. 689/1981 richiede. *In primis* perché il

Sindaco ha un potere limitato al solo territorio comunale²⁶. E poi perché, così come l'interpretazione dell'art. 650 c.p. è nel senso di ritenere che il provvedimento dell'Autorità, la cui inosservanza è penalmente sanzionata, deve avere carattere puntuale e specifico²⁷, lo stesso deve valere per l'art. 7 *bis*, comma 1 *bis*, del Testo Unico. Oggetto della violazione di cui all'art. 650 c.p. non può essere un provvedimento generale ed astratto perché ciò significherebbe rimettere all'Autorità la scelta del comportamento penalmente rilevante. Allo stesso modo, l'art. 7 *bis*, comma 1 *bis*, del Testo Unico non può essere una norma *solo* sanzionatoria di comportamenti generali ed astratti definiti dal Sindaco, perché questo meccanismo (per cui il Sindaco decide «cosa» è vietato mentre la sanzione è prevista, una volta per tutte, dall'art. 7 *bis*, comma 1 *bis*, del Testo Unico) appare in contrasto con «i principi generali dell'ordinamento», dei quali pure l'art. 54 Testo Unico esige il rispetto.

Non va dimenticato, d'altronde, che sin dalla prima fase del periodo repubblicano, la Corte costituzionale (sent. 8/1956), trovandosi a vagliare la legittimità del potere del Prefetto di adottare, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica rispetto agli artt. 76 e 77 Cost., ebbe a dire che detti provvedimenti non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti-legge, perché «strettamente *limitati nel tempo* e nell'ambito territoriale dell'ufficio [del Prefetto] stesso e *vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico*»²⁸. Ed anche più di recente, il Consiglio di Stato (sent. 580/2001²⁹) se da un lato ha affermato che «è illegittima l'ordinanza contingibile ed urgente adottata per fronteggiare esigenze prevedibili e permanenti» – il qual principio è da ritenersi oggi superato per espressa volontà normativa –, dall'altro ha ribadito che è illegittima l'ordinanza adottata «per regolare stabilmente una situazione o assetto di interessi» – principio, questo, che pertiene la stessa «giustificazione sistematica» del potere di ordinanza del Sindaco e che mantiene la sua validità anche dopo la novella più volte citata.

²⁶ Il carattere localistico e concreto delle ordinanze del Sindaco è confermato anche dal fatto che l'art. 54, comma 5, del d.lgs. 267/2000 prevede una speciale «conferenza» per l'ipotesi in cui l'ordinanza di un solo Sindaco travalichi i confini comunali.

²⁷ C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna con burqa e il Sindaco, passim*.

²⁸ Sul punto, L. VANDELLI, *Le ordinanze del Sindaco in materia di sicurezza pubblica*, in www.astrid-online.it, 1.

²⁹ Cons. Stato, sent. 580/2001, in *Foro amm.* 2001, 427 ss.

In sintesi: se è vero, come è vero, che esercitare la prostituzione (in strada) o consumare rapporti sessuali a pagamento con prostitute (da strada) non è reato, non è pensabile che quella medesima condotta sia sanzionata amministrativamente con un'ordinanza del Sindaco.

3.2. *Gli altri «rischi» dell'uso di ordinanze «anti-prostituzione»*

Sempre avuto riguardo alle ordinanze «anti-prostituzione», oltre al problema del rispetto dei principi generali dell'ordinamento, si pongono altre due questioni.

La prima riguarda la tecnica di tutela. Nelle ordinanze dei Sindaci sono vietati, e quindi amministrativamente sanzionati, comportamenti con diverso disvalore intrinseco, spesso gli uni prodromici agli altri. Nella citata ordinanza veronese, sono indifferentemente considerate sia le condotte che consistono nel «contrattare ovvero concordare prestazioni sessuali a pagamento» sia quelle che consistono nel mero «intrattenersi, anche *dichiaratamente* [*sic!*] solo per chiedere informazioni». E i necessari compartecipi non punibili dei clienti possono essere tanto «soggetti che esercitano l'attività di meretricio su strada» quanto soggetti che «manifestano comunque l'intenzione di esercitare l'attività consistente in prestazioni sessuali», che, si deduce, non sono state ancora effettivamente offerte. Per tutte le condotte la sanzione amministrativa pecuniaria è stabilita in € 500,00, il che impedisce di tener conto della «gravità della violazione», che pure è un criterio stabilito per l'ambito di diritto amministrativo sanzionatorio dall'art. 11 della l. 681/1981.

La seconda questione ha ad oggetto un problema di bilanciamento tra libertà individuali e sentimento collettivo di sicurezza. Nella sentenza del TAR Lazio 12222/2008 si dà conto proprio di questo aspetto. I ricorrenti vantano un diritto all'attività di *sex working* che viene giudicato «recessivo» rispetto alla «libertà di espressione della personalità», alla «libertà personale», alla «libertà di circolazione», al «diritto di proprietà» ed, addirittura, ai «diritti di cittadinanza». È legittimo sanzionare amministrativamente un modo di vestirsi o di atteggiarsi? E le ordinanze dei Sindaci sono lo strumento più opportuno per questo tipo di bilanciamento?³⁰

³⁰ Anche nel Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 64, si afferma che «deve essere in primo luogo impegno del legislatore statale, soprattutto laddove si vada ad incidere su posizioni attinenti alla tutela di libertà civili, predisporre la regolamentazione più idonea, tale da favorire anche la disciplina locale conseguente».

4. *Il principio dell'offensività. I beni giuridici oggetto di tutela: «incolumità pubblica» e «sicurezza urbana»*

Nell'ottica del penalista (anche per riempire di contenuto un eventuale richiamo all'art. 650 c.p., che, come noto, è individuato e stigmatizzato paradigma delle norme penali in bianco) è necessario chiedersi quali «interessi meritevoli di tutela» siano oggetto delle iniziative comunali.

L'art. 54 del d.lgs. 267/2000, come novellato dal d.l. 92/2008, conv. con modificazioni in l. 125/2008, fa dipendere il potere di ordinanza del Sindaco dai concetti di «incolumità pubblica» e di «sicurezza urbana».

Il primo («incolumità pubblica») non era sconosciuto all'ordinamento; mentre il secondo («sicurezza urbana») sembra essere «qualcosa di nuovo»³¹.

4.1. *Il concetto di «incolumità pubblica»*

4.1.1. *L'assetto codicistico*

Nella relazione al Codice Rocco³² si precisa che «la nozione di incolumità pubblica è assunta nel suo preciso significato filosofico, ossia come *un bene, che riguarda la vita e l'integrità fisica delle persone*, e, perciò, solo i fatti, che possono esporre a pericolo *un numero indeterminato* di persone, sono presi in considerazione in questo Titolo». Dal che si potrebbe dire che offende l'incolumità pubblica quell'azione che è diretta *ad incertam personam* e che, se fosse diretta ad un soggetto ben individuato e preciso, porterebbe ad una lesione dei beni vita o integrità fisica. Il concetto di «comune pericolo» permette, infatti, di estromettere dall'area della tutela il pericolo *individuale*. Il pericolo può dirsi comune tanto in quanto ad essere minacciato non sia un singolo individuo, bensì un numero indeterminato di persone³³.

³¹ Si ritiene che il riferimento alla «sicurezza urbana» testimoni la volontà di «mettere in agenda» un problema nuovo anche nel Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 9.

³² S. CORBETTA, *L'«incolumità pubblica»: nozione e tecniche di tutela*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Volume secondo. Delitto contro l'incolumità pubblica. Tomo I. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, Padova 2003, 9, n. 19.

³³ In argomento, oltre allo studio di F. DEAN, *L'incolumità pubblica nel diritto penale*, Milano 1971, si vedano altresì (anche per i richiami bibliografici): S. ARDIZZONE,

Quel che contraddistingue i reati appartenenti a questa categoria è, dunque, il sommarsi di due caratteristiche: la diffusività del pericolo di lesione e l'indeterminatezza delle vittime³⁴.

Secondo un modulo proprio anche dei reati contro il patrimonio, i delitti contro l'incolumità pubblica sono classificati in base al mezzo con cui è minacciato il bene tutelato: la violenza ovvero la frode. Come noto, però, si tratta di una distinzione «imprecisa ed infeconda»³⁵: *in primis*, perché i concetti suddetti appaiono dotati di scarsa efficacia selettiva e poi perché il predetto criterio discrezionale non è rispettato nemmeno dal legislatore³⁶.

Alcuna dottrina³⁷ ha proposto una classificazione alternativa, distinguendo tra delitti (quelli del Capo I) che tutelano l'incolumità pubblica sotto il profilo della vita o dell'integrità fisica, imperniati sulla realizzazione (o sul pericolo di realizzazione) di eventi di portata disastrosa, il cui verificarsi costituisce una minaccia per una vasta cerchia di persone (incendio; inondazione; frana; disastro nautico, aereo, ferroviario), e delitti che assumono a protezione un altro aspetto della incolumità pubblica rappresentato dalla salute, ovvero dal benessere psicofisico di un numero indeterminato di persone (epidemia; avvelenamento; adulterazione o contraffazione di sostanze destinate ad essere assunte dall'uomo).

voce *Incolunità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino 1992; G. SAMMARCO, voce *Incolunità pubblica (reati contro la)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971. Tra le opere monografiche recenti: A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica* Torino 2005; M. DONINI, D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti* Padova 2008.

³⁴ S. CORBETTA, *L'«incolumità pubblica»* cit., 11, con richiamo (n. 22) ad Ardizzone. Analogamente, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Volume I*, Bologna 2007, 493.

³⁵ S. CORBETTA, *L'«incolumità pubblica»* cit., 12 con richiamo (n. 23) a Petrocchi. Concordi anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Volume I*, Bologna 2007, 494 con richiamo (n. 6) a Manzini e ad Antolisei.

³⁶ Esemplicamente (S. CORBETTA, *L'«incolumità pubblica»* cit., 12 ss.): il naufragio, la sommersione ed il disastro aviatorio sono puniti anche nel caso siano commessi con frode, «adoperando falsi segnali o altri mezzi fraudolenti» (art. 428, comma 2, c.p.), mentre non si ravvisa alcuna violenza nella condotta di chi detiene o fabbrica sostanze esplodenti (art. 435 c.p.) o sottrae mezzi destinati all'opera di soccorso (art. 436 c.p.) o omette di collocare le cautele destinate a prevenire gli infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.). Per contro, anche tra i delitti di pericolo mediante frode sono collocate alcune figure criminose la cui realizzazione può indifferentemente essere provocata da una condotta fraudolenta ovvero da una condotta violenta: v., ad esempio, l'art. 439 c.p.

³⁷ S. CORBETTA, *L'«incolumità pubblica»* cit., 13 ss.

Secondo la prima accezione, l'incolumità pubblica si identificherebbe «nel complesso delle condizioni garantite dall'ordinamento giuridico per cui è assicurata la comune sicurezza delle persone, ossia la vita e l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone». Tuttavia, non si tratta di un bene di impronta pubblicistica, bensì di una nozione di sintesi. L'«incolumità pubblica» non costituisce un bene giuridico autonomo, bensì un'astrazione superindividuale di beni giuridici individuali³⁸. La caratteristica principale del bene «incolumità pubblica» è allora l'utilizzazione combinata dei requisiti del pericolo e dell'indeterminatezza delle vittime. Il sommarsi dei due requisiti (entrambi non sconosciuti al sistema³⁹) «produce» il «nuovo» bene della «incolumità pubblica»⁴⁰.

Proprio in considerazione di questa proiezione superindividuale, il legislatore riserva alla incolumità pubblica una tutela anticipata rispetto a quella apprestata all'incolumità individuale. Sicché la tutela penale è accordata alla vita, all'integrità fisica ed alla salute come beni pur sempre pertinenti alla singola persona umana, ma anteriormente o comunque a prescindere dal loro individualizzarsi in uno o più soggetti determinati.

Una seconda accezione è quella di incolumità pubblica come salute. Per salute deve intendersi, concordemente con l'OMS, uno «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, che non può consistere soltanto in un'assenza di malattia». «Salute», quindi, è uno stato di effettivo benessere psicofisico.

Come per l'incolumità, anche il concetto di «salute pubblica» è un'espressione di sintesi che rappresenta la proiezione esponenziale del bene di cui è titolare e portatore ogni persona.

Tutelando la salute pubblica, il legislatore ha voluto – come per la vita e l'integrità fisica – anticipare la soglia di tutela: è già sanzionata la condotta che sia pericolosa per un numero indeterminato di persone, senza necessità che il pericolo si trasformi in danno.

Venendo ora alle modalità di tutela dell'incolumità pubblica, è acquisizione comune che le condotte incriminate assumono rilevanza

³⁸ S. CORBETTA, *L'«incolumità pubblica»* cit., 16 ss. Concordi – nel senso che l'incolumità pubblica non rappresenta un bene qualitativamente diverso dalla vita e dall'integrità fisica delle singole persone – anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale* cit., 494.

³⁹ Il «pericolo» è elemento essenziale del tentativo così come l'«indeterminatezza delle vittime» lo è delle ipotesi di *aberratio*.

⁴⁰ In questi termini S. ARDIZZONE, voce *Incolumità pubblica (delitti e contravvenzioni)*, in *Dig. disc. pen.*, 365.

penale se ed in quanto creano il pericolo di lesione dell'incolumità pubblica. Il pericolo esprime una relazione di probabilità tra una data situazione ed il verificarsi di un successivo accadimento di carattere lesivo.

La protezione che il legislatore accorda alla incolumità pubblica è di amplissimo raggio, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo.

Sotto il punto di vista oggettivo, per molte fattispecie, la gamma di comportamenti punibili abbraccia qualsiasi tipo di condotta che cagioni eventi ritenuti particolarmente insidiosi. Questo risultato è raggiunto introducendo fattispecie causalmente orientate (e quindi a forma libera, anche omissiva *ex art. 40 c.p.v. c.p.*), incentrate essenzialmente sulla produzione dell'evento, ed incriminando condotte prodromiche (es.: sanzione per la mera detenzione di cose o sostanze pericolose), con conseguente arretramento della soglia di punibilità.

Dal punto di vista soggettivo, la particolare intensità di tutela accordata alla incolumità pubblica emerge da una previsione generalizzata delle figure colpose (v. il Capo III). Inoltre, in alcuni casi, l'elemento di fattispecie che racchiude il disvalore del fatto è addirittura imputato indipendentemente dalla presenza di dolo o colpa (es.: art. 424, comma 2; art. 427, comma 2; art. 429, comma 2; art. 431, comma 2 c.p.).

4.1.2. *L'incolumità pubblica nelle ordinanze dei Sindaci*

In primis, alcune brevi riflessioni devono essere dedicate all'oggetto di tutela.

L'art. 1 del decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2008 precisa che «per incolumità pubblica si intende l'integrità fisica della popolazione».

Alla luce di quanto detto sopra, emerge che il concetto di «incolumità pubblica» considerato dal legislatore nella riforma dell'art. 54 Testo Unico è parzialmente sovrapponibile con quello proprio del codice penale.

Nell'uno come nell'altro caso, la proiezione della condotta sanzionata è *ad incertam personam*: nei delitti contro l'incolumità pubblica si ritiene venga tutelata la vita e l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone; del pari, nel «diritto punitivo dei Sindaci» l'incolumità pubblica è un bene che riguarda «la popolazione».

Nell'ambito del diritto penale, però, all'ampio concetto di «incolumità pubblica» viene ricondotta anche la tutela della salute, da intendersi – ricordo – quale stato di completo benessere fisico, mentale

e sociale. Tale prospettiva non è invece considerata dall'art. 54 Testo Unico (*rectius*, dal d.m. 5 agosto 2008) che parla specificamente di «integrità fisica». Con il che si può concludere che l'oggetto di tutela dei provvedimenti adottati dai Sindaci è necessariamente più ristretto dell'oggetto di tutela delle norme che il codice penale dedica alla «incolumità pubblica».

Passando quindi alla tecnica di tutela, si può dire, in generale, che se il codice penale si focalizza sull'evento e, così, sanziona qualsiasi condotta che produce un pericolo (es.: «atti tali da porre in pericolo» nel delitto di strage di cui all'art. 422 c.p.; qualsiasi condotta che «cagiona un incendio» nell'art. 423 c.p. o un evento calamitoso nell'art. 426 o un naufragio nell'art. 428 c.p.), le ordinanze dei Sindaci si focalizzano, invece, sulle condotte.

Infatti, nelle ordinanze anti-prostituzione – dove più spesso si ritrova il richiamo al concetto di «incolumità pubblica» –, i primi cittadini hanno cura di sanzionare solo comportamenti prodromici rispetto all'evento che dichiaratamente intendono evitare. Ad esempio (v. l'Ord. del Sindaco di Verona 81/2008), si sanziona l'avvicinarsi alle prostitute perché si ritiene che le soste inaspettate o il transito non regolare dei veicoli possano esporre a rischio l'incolumità degli automobilisti.

Si verifica quindi un fenomeno peculiare. Da un lato, l'oggetto di tutela formale è il regolare svolgimento della circolazione che, se perturbato, espone a rischio l'incolumità pubblica, intesa, a questo punto, come integrità fisica di un numero indeterminato di persone. Dall'altro, il richiamo all'incolumità pubblica diventa il pretesto per sanzionare comportamenti penalmente ed amministrativamente leciti quali il prostituirsi o il fruire di prestazioni sessuali a pagamento.

4.2. Il concetto di «ordine pubblico»

4.2.1. L'assetto codicistico

Il Libro II, Titolo V del Codice Penale racchiude i delitti contro l'ordine pubblico. Il concetto di «ordine pubblico» è notoriamente sfuggente, tanto da essere talvolta considerato quale bene di pura creazione legislativa⁴¹.

⁴¹ In argomento (anche per i riferimenti bibliografici), G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino 1995; S. MOCCIA, voce *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma 1990;

Di «ordine pubblico» sono state proposte due accezioni⁴².

In una prima accezione, l'ordine pubblico viene inteso «in senso materiale»: in questo senso, il concetto di ordine pubblico allude ad una condizione di pacifica convivenza immune da disordine e violenza. Da questo punto di vista, «ordine pubblico» equivale a «pubblica tranquillità», a «sicurezza collettiva».

La seconda nozione è quella di «ordine pubblico ideale» o normativo: essa non riflette più uno stato di fatto, bensì evoca un'entità ideale costituita da quel complesso di principi e istituzioni ritenute fondamentali e dalla cui continuità dipenderebbe la sopravvivenza dell'ordinamento. In questo senso, «ordine pubblico» significa «ordine legale costituito».

La nozione di «ordine pubblico ideale» è tendenzialmente criticata in quanto un concetto rarefatto (*rectius*: ancor più rarefatto di quello di «ordine pubblico materiale»), che, non essendo suscettibile di accertamento empirico, sconta il rischio di manipolazioni interpretative.

In sintesi, ciò che la legge è legittimata a prevenire non è il disordine ideale scaturente dal conflitto tra principi o valori diversi, bensì il disordine materiale che mette a repentaglio la pace esterna e la sicurezza fisica delle persone.

4.2.2. *L'ordine pubblico nelle ordinanze dei Sindaci*

Quasi a sottolineare la novità, si è in alcuni casi⁴³ rimarcato che il concetto di «sicurezza urbana» non sarebbe sovrapponibile a quello di «ordine pubblico», bensì esso rappresenterebbe qualche cosa di nuovo. Si ritiene⁴⁴ così che la sicurezza urbana sarebbe un concetto diverso dai tradizionali concetti di sicurezza ed ordine pubblico, in quanto tenderebbe ad evidenziare l'affermarsi di una sicurezza che non è più soltanto garanzia di un'assenza di minaccia, ma anche attività positiva di rafforzamento della percezione pubblica della sicurezza. Secondariamente, la nozione di «urbana» richiama il luogo in cui è necessario si concentrino gli interventi.

G. MARINI, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, V, Torino 1984.

⁴² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale cit.*, 462 ss.

⁴³ V. Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 9.

⁴⁴ L. VANDELLI, *Le ordinanze del Sindaco in materia di sicurezza pubblica*, 10, con richiamo all'opera di Selmini.

Tuttavia, mi sembra sia piuttosto palese che gli obiettivi perseguiti dalle amministrazioni locali siano quelli di dare una risposta efficace alle pretese dei cittadini, facendosi carico, tra il resto, di «diminuire il senso di insicurezza e allarme sociale» e di «favorire la convivenza civile e la coesione sociale»⁴⁵.

Personalmente, non ritengo che il concetto di «sicurezza urbana» sia così diverso da quello di «ordine pubblico».

In una prima accezione, l'ordine pubblico viene inteso quale «pacifica convivenza». Ebbene, il d.m. 5 agosto 2008 definisce la «sicurezza urbana» quale «bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa (...) del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale». Il qual concetto non mi pare molto lontano dalla definizione che s'è data di «ordine pubblico materiale» quale «condizione di pacifica convivenza immune da disordine e violenza». Ed è proprio al fine di assicurare (anche) la «pacifica convivenza» (intesa, a questo punto, come diritto ad essere lasciati vivere «in pace») che sono state adottate le ordinanze anti-accattonaggio. Prova ne sia che, in molti casi, i Sindaci descrivono lavavetri o questuanti come «molesti» e «petulanti»⁴⁶. Ad esempio, il Sindaco di Rho (Ord. 268/2008) parla del fenomeno dell'acattonaggio quale «motivo di allarme e turbativa per la collettività» e, con riferimento ai parcheggiatori abusivi, specifica che si tratta di condotte tendenti ad «intimorire le persone».

Nel concetto di «condizione di pacifica convivenza immune da disordine e violenza» può altresì essere fatto rientrare anche il problema del c.d. disordine urbano. Si tratta⁴⁷ di comportamenti che non configurano veri e propri reati o che, comunque, rientrano in un tipo di violazioni che si percepiscono come dotate di un minor disvalore rispetto ai c.d. reati predatori (es.: furti, scippi, rapine), che

⁴⁵ V. Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 31.

⁴⁶ Il fatto che gli episodi di mendacità siano descritti come «molesti» e «petulanti» ha uno spiccato sapore penalistico. Con la sent. 519/1995, la Corte costituzionale, infatti, ebbe a giudicare dell'art. 670 c.p., rilevando che, se la sanzione penale è «ragionevole» per l'ipotesi aggravata del comma 2 (che riguarda il fatto «commesso in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà»), un tale vaglio essa non supera con riferimento al comma 1 (che punisce «Chiunque mendica in luogo pubblico o aperto al pubblico»). E ciò in quanto la tutela della tranquillità pubblica non può dirsi «seriamente posta in pericolo dalla mera mendacità che si risolve in una semplice richiesta di aiuto».

⁴⁷ V. Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 49.

tuttavia deturpano l'ambiente urbano (es.: graffiti, «vandalizzazioni») e sociale (es.: schiamazzi, atteggiamenti offensivi o molesti).

L'ordinato svolgersi della vita comunitaria sembra quindi oggetto di tutela tanto delle fattispecie criminose, che, naturalmente, considerano fenomeni di «macro lesione» a questo bene, quanto delle ordinanze dei Sindaci, che, come è giusto che sia, si occupano di «micro offese»⁴⁸.

L'ordine pubblico viene altresì declinato quale interesse alla «prevenzione di reati». Anche in questo caso, tra le situazioni di fatto che possono giustificare l'intervento dei Sindaci, il citato d.m. richiama «le situazioni urbane di degrado o di isolamento *che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi*» quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione e dei minori a fini di accattonaggio, i fenomeni di violenza legati all'abuso di alcool, il danneggiamento. Un'impostazione, questa, che non sembra dissonante con l'opinione diffusa in dottrina secondo la quale il concetto di ordine pubblico in senso oggettivo si riduce, in sostanza, nella prevenzione, attraverso specifiche figure di reato, della realizzazione di altri reati⁴⁹.

Anche in questo caso, i Sindaci non hanno pudore di dichiarare che le ordinanze anti-accattonaggio servono anche e soprattutto per contrastare i fenomeni di sfruttamento dei minori così come nelle ordinanze anti-prostituzione si fa cenno al substrato criminale di sfruttamento proprio di quell'ambiente⁵⁰. Un'azione quindi, quella degli amministratori locali, che, almeno nelle intenzioni, è prodromica rispetto alla commissione di più gravi fatti aventi rilevanza penale.

⁴⁸ C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna con burqa e il Sindaco* cit., 144, parla di ordinanze che tutelano l'ordine pubblico in una sua versione «*soggettiva, emotiva, di assicurazione della pubblica tranquillità* cittadina contro timori ed ansie» e di «sicurezza urbana» quale «specificazione del tradizionale concetto di ordine pubblico e di sicurezza pubblica» (corsivi originali). Ancora più chiaro a 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...» (corsivi originali).

⁴⁹ V. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitto contro)* cit., 88 ss.

⁵⁰ Anche nel Rapporto CITTALIA, *Oltre le ordinanze*, 48, si fa riferimento alla criminalità ed alla tutela dell'ordine pubblico quale una delle tre possibili dimensioni della sicurezza urbana.

5. Conclusioni

Le brevi riflessioni che precedono conducono ad un bilancio non soddisfacente in materia di potere di ordinanza dei Sindaci. A parte i profili in ordine all'applicabilità dell'art. 650 c.p. per l'ipotesi di violazione dei provvedimenti adottati dagli amministratori locali, le maggiori perplessità riguardano la compatibilità tra un tale *modus agendi* ed i principi che presiedono e regolano il «diritto sanzionatorio». Tralasciando il profilo dell'offensività – con riferimento al quale s'è cercato di mettere in evidenza come l'intervento «locale» abbia ad oggetto interessi tutt'altro che sconosciuti alla normativa nazionale e, nella specie, al diritto penale –, i dubbi maggiori concernono, da un lato, quel che pare essere un nuovo «assetto delle fonti» – sbilanciato verso forme di intervento del potere esecutivo slegate dal confronto dialogico-assembleare – e, dall'altro, il rispetto di una tendenziale *extrema ratio* nel prudente esercizio della dosimetria sanzionatoria. Specialmente in merito a questo secondo aspetto, l'interventismo degli amministratori locali rischia di ingenerare macroscopiche disparità di trattamento fra situazioni analoghe: sia che si tratti di comportamenti permessi in un Comune e vietati in altri, sia che si tratti di condotte aventi diverso disvalore, ma parimenti sanzionate.

L'auspicio – anche alla luce dei profili di critica compatibilità costituzionale messi in evidenza dalle discipline pubblicistiche – è che, se proprio non si vorrà ritornare al vincolo della «contingibilità» e dell'«urgenza», i Sindaci facciano un uso quanto più ponderato e prudente del potere concesso loro dal vigente art. 54 Testo Unico.