

Scheda: 1/1

| | |
|-------------------------|--|
| Livello bibliografico | Monografia |
| Tipo documento | Testo a stampa |
| Titolo | Commentario al pacchetto sicurezza : L. 15 luglio 2009, n. 94 / a cura di Giovannangelo De Francesco ... [et. al] |
| Pubblicazione | Torino : UTET giuridica, 2011 |
| Descrizione fisica | XX, 507 p. ; 24 cm. |
| Collezione | · Le leggi commentate |
| Numeri | · [ISBN] 978-88-598-0606-6 · [BNI] 2011-5573 |
| Nomi | · De Francesco, Giovannangelo |
| Soggetti | · Sicurezza pubblica - Legislazione [.] Italia - Legge 2009 n. 94 . Nuovo soggettario |
| Lingua di pubblicazione | ITALIANO |
| Paese di pubblicazione | ITALIA |
| Codice identificativo | IT\ICCU\MIL\0806753 |



[Vai su Amazon](#)
[Vai su AbeBooks](#)
[Vai su IBS](#)

[Dove si trova](#)

**COMMENTARIO AL
"PACCHETTO SICUREZZA"**
l. 15 luglio 2009, n. 94

a cura di
Giovannangelo De Francesco
Alberto Gargani
Domenico Manzione
Andrea Pertici



UTET
GIURIDICA

Art. 3

16. *Fatti salvi i provvedimenti dell'autorità per motivi di ordine pubblico, nei casi di indebita occupazione di suolo pubblico previsti dall'articolo 633 del codice penale e dall'articolo 20 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, il sindaco, per le strade urbane, e il prefetto, per quelle extraurbane, quando ricorrono motivi di sicurezza pubblica, per ogni luogo, possono ordinare l'immediato ripristino dello stato dei luoghi a spese degli occupanti e, se si tratta di occupazione a fine di commercio, la chiusura dell'esercizio fino al pieno adempimento dell'ordine e del pagamento delle spese o della prestazione di idonea garanzia e, comunque, per un periodo non inferiore a cinque giorni.*

17. *Le disposizioni di cui al comma 16 si applicano anche nel caso in cui l'esercente ometta di adempiere agli obblighi inerenti alla pulizia e al decoro degli spazi pubblici antistanti l'esercizio.*

18. *Se si tratta di occupazione a fine di commercio, copia del relativo verbale di accertamento è trasmessa, a cura dell'ufficio accertatore, al comando della Guardia di finanza competente per territorio, ai sensi dell'articolo 36, ultimo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600.*

Commento di MARIO PERINI

Sommario: 1. Ad una prima lettura. 2. Analisi della disciplina. 2.1. L'ambito oggettivo: i presupposti dei poteri di ordinanza. 2.2. L'ambito oggettivo: i poteri di ordinanza. 2.3. L'ambito soggettivo. 2.4. Le altre disposizioni.

1. Ad una prima lettura. - Le disposizioni in commento (art. 3, 16°, 17° e 18° comma, l. n. 94/2009) sembrerebbero attribuire nuovi poteri a Sindaci e

Prefetti in materia di occupazione (indebita) di suolo pubblico laddove ricorrano particolari situazioni richiamate attraverso un rinvio mobile (art.

633 c.p.; art. 20, d.lg. n. 285/1992, d'ora in poi "c. str."); anche se poi, in modo apparentemente contraddittorio con tale rinvio specifico, sembrerebbe estendersi il potere di ordinanza anche ad ipotesi ulteriori concernenti il decoro e l'igiene urbana (art. 3, 17° comma, l. n. 94/2009). Nell'ultima parte della disciplina si stabilisce un obbligo di comunicazione al Fisco delle accertate violazioni se commesse a fini di commercio.

Ad una prima lettura, questa disciplina non appare di chiaro significato.

Anzitutto sotto il profilo della formulazione lessicale¹. Il primo periodo del 16° comma è piuttosto lungo; i soggetti e il verbo della frase compaiono solo dopo circa una ventina di parole tra le quali compaiono alcuni rinvii ad altre disposizioni; questa parte iniziale del primo periodo del 16° comma è essa stessa piuttosto confusa contenendo un'esclusione espressa (fuori dai casi di provvedimenti di ordine pubblico) e due rinvii (al Codice della strada e al Codice penale) separati da una virgola che potrebbe anche essere interpretata nel senso di operare una coordinazione tra l'esclusione e i rinvii anziché, come si vedrà essere, per separare proposizioni tra di loro indipendenti. E si potrebbe continuare.

Già questo primo dato richiederebbe all'operatore giuridico di accostarsi all'articolato con estrema attenzione in modo da svolgere una stretta e accorta interpretazione del testo attraverso gli ordinari criteri interpretativi, tutti guidati dal fondamentale canone dell'interpretazione adeguatrice o conforme a Costituzione².

Che il canone principale debba essere quello dell'interpretazione adeguatrice, è confermato da un

altro dato che emerge "a prima lettura" dalla disciplina in esame. Con queste disposizioni pare vengano estesi i poteri dell'autorità a discapito degli ambiti di libertà individuali. In funzione di (forse mal percepita) esigenza di "sicurezza"³ sono attribuiti al Sindaco e al Prefetto poteri pretranti in grado di incidere su diritti e libertà costituzionalmente garantiti, come quella di iniziativa economica (art. 41 Cost.), come quello di proprietà privata (art. 42 Cost.), come quella personale (art. 13 Cost.), di circolazione (art. 16 Cost.) e di ripudio (art. 17 Cost.). Se però la Costituzione è adottata per garantire e proteggere i diritti e le libertà individuali in essa riconosciute, ogni limitazione esse apposte, ogni accrescimento di poteri attribuiti in grado di incidere su di esse richiede *prima facie* un atteggiamento "ostile" degli operatori giuridici. Sotto questo profilo, viene alla mente l'obbligo di interpretazione adeguatrice che, come è noto, costituisce il canone fondamentale che presiede all'attività interpretativa di ogni operatore giuridico.

L'esigenza di un'interpretazione conforme e, in particolare, di una tecnica ermeneutica che resti nell'ambito applicativo della disciplina deriva dalle ragioni contingenti che sembrano aver spinto il legislatore a dettare queste norme. Come si nota nella relazione al progetto di legge S733 (poi diventato come S733-A, XVI Legislatura), «*la finalità cui si ispira tale intervento è diretta da un bisogno di colpire in maniera più efficace reati di grande portata anche molto diversi fra loro, ma tutti tali da contribuire al disfacimento del tessuto sociale e alla diffusione di un sentimento di insicurezza collettiva, specialmente tra gli strati più poveri e i*

¹ In generale, dubbi sulla tecnica normativa utilizzata in questa legge sono stati espressi dal Capo dello Stato all'occasione della promulgazione (Lettera al Presidente del Consiglio dei Ministri del 15.7.2009, in *www.quirinale.it*). Prima del Presidente della Repubblica analoghi dubbi erano stati sollevati dal Comitato per la Legislazione alla Camera del quale, nella seduta del 29.4.2009, aveva rilevato che alcune disposizioni non rispondevano alle esigenze di «*chiarezza e semplificazione della legislazione*», altre disposizioni non erano conformi alle esigenze di «*coerente utilizzo delle espressioni*», altre ancora adottavano «*espressioni imprecise ovvero dal significato tecnico-giuridico di non immediata comprensione*» o si sovrapponevano ad altre già vigenti; altre, infine, erano carenti sotto il profilo «*della chiarezza e proprietà della formulazione*» (resoconto reperibile in *www.camera.it*).

² Sul potere-dovere del Giudice di interpretare la legge alla luce delle norme costituzionali, cfr. di recente C. Cost. decisioni nn. 4, 57, 90, 147, 149 e 193 del 2008; in dottrina: SORRENTI G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; PERINI M., *L'interpretazione della legge alla luce della costituzione fra corte costituzionale ed organi giudiziari*, in MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione: verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 33 ss.

³ Sul tema restano fondamentali: BARILE P. (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Milano, 1967; PACE A., *Il controllo di costituzionalità di tipo diffuso nell'ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, III, 1963, 111 ss.; CORSO G., *Ordine pubblico (dir. F.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1057 ss.

della collettività nazionale» (enfasi aggiunta). Come peraltro ampiamente dimostrato anche dai comunicati ufficiali⁴, dalla stampa e dagli interventi dei Sindaci con cui si è data prima applicazione alla normativa⁵, quest'ultima vorrebbe rispondere ad una "diffusa" percezione di insicurezza e non alla (in)sicurezza in sé e per sé considerata⁶. Il movente di questa disciplina non risiede, dunque, nell'esigenza di porre rimedio ad una situazione di concreta insicurezza collettiva, bensì è una risposta ad un non meglio precisato "sentimento" di in-

sicurezza collettiva⁷. Quella che è detta «paura della vittimizzazione (fear of crime)»⁸ pare dai dibattiti politici che sia stata una delle ragioni principali di questa normativa e di quelle, nazionali (ad es. d.l. n. 92/2008) e locali (ordinanze sindacali in materia di "lavavetri", prostituzione, ecc.⁹), che l'hanno preceduta, nonostante che gli studi evidenzino un lieve declino anche di questo indice, il quale, peraltro, rimane elevato in valori assoluti¹⁰. Si rafforza così il dubbio che il legislatore, anziché mantenere un doveroso atteggiamento di *self re-*

⁴ Cfr. ad es. Comunicato a seguito del Consiglio dei Ministri n. 3 del 21.5.2008, in www.governo.it.

⁵ Si consideri a titolo di esempio la comunicazione del Sindaco di Mesagne (BR) del 31.8.2009 dove si richiama espressamente la «domanda di sicurezza dei cittadini».

⁶ Ulteriore conferma si trova nella Relazione allegata al d.d.l. n. C-3278 (XV Legislatura) presentato il 30.11.2007, che conteneva molte disposizioni poi trasposte nel d.d.l. S733 (XVI Legislatura) divenuto appunto la L. n. 94/2009. Nella relazione del Ministro Amato si leggeva infatti che si è voluto «proseguire nella linea di "offrire una risposta pronta ed effettiva al preoccupante incremento della criminalità di strada"» aggiungendo, subito dopo, che in verità ciò che ha spinto il Governo è stato il «senso di insicurezza dei cittadini» (enfasi aggiunta, p. 1). Lo stesso Ministro proponente è costretto a riconoscere, con riferimento alla diffusione di alcune condotte considerate nell'articolato normativo, che si tratta di una diffusione «più percepita che reale» (p. 2). Nella Relazione che accompagna il d.d.l. S733 (XVI Legislatura) ci si esprime chiaramente in termini di interventi diretti a affrontare la «diffusione di un sentimento di insicurezza collettiva» (enfasi aggiunta, p. 1). La relatrice per la I Commissione della Camera, on. Santelli, parla di «percezione della sicurezza» (ad es., Camera deputati, seduta 169 del 30.4.2009, stenografico, 2).

⁷ Da dati ufficiali risulta, infatti, che sia i reati contro la persona sia quelli contro il patrimonio, dopo un picco avvenuto intorno al 1991, sono in decremento rispetto al passato, in alcuni casi in modo assai sensibile (omicidi) in altri in modo più modesto (furti e rapine), salvo l'ipotesi di lesioni dolose, le quali mostrano una crescita considerevole che, però, potrebbe anche dipendere dal mutamento del sistema di rilevamento statistico: cfr. MINISTERO DEGLI INTERNI, *Rapporto sulla criminalità in Italia - Analisi, Prevenzione, Contrasto*, Roma, 2007.

⁸ E che, giuridicamente, potrebbe ricondursi ad un preteso "diritto costituzionale alla sicurezza", sul quale FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in www.forumcostituzionale.it. Contra, ad es., RUOTOLO M., *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, relazione al Convegno "I diversi volti della sicurezza", Università degli Studi di Milano Bicocca, 4.6.2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, § 7.

⁹ Per un attento esame di alcune di queste "ordinanze" cfr. ANDRONIO A., *L'ordinanza extra ordinem del sindaco di Firenze sui lavavetri: divieto di un'attività già vietata?*, in www.federalismi.it; ID., *La seconda ordinanza del sindaco di Firenze sui lavavetri: residualità dei poteri extra ordinem e centralità del profilo sanzionatorio*, in www.federalismi.it.

¹⁰ Si legge nel citato rapporto che «Chi legga i giornali, guardi la televisione o comunque sia esposto al discorso pubblico relativamente al senso di insicurezza, potrebbe ricavare l'impressione che la paura personale della criminalità sia fortemente cresciuta negli ultimi anni nel nostro paese. È assai probabile, in effetti, che la quota di cittadini che teme di subire un reato sia cresciuta nel corso degli anni settanta, contemporaneamente alla crescita dei reati. Ma senz'altro in Italia da almeno quattordici anni, tale paura appare stabile, se non addirittura in lieve declino. Dal 1993 l'Istat ha infatti chiesto a un campione rappresentativo di famiglie italiane se considerasse a rischio di criminalità la zona in cui vivevano. Nel 2005 meno del 30% dichiara di considerarla molto o abbastanza a rischio, e la quota corrispondente nel 1993 era di poco superiore al 30%», MINISTERO DEGLI INTERNI, *Rapporto sulla criminalità in Italia*, cit., 39 s. Un dato che, forse, potrebbe in qualche modo chiarire i moventi istintivi di questi recenti e continui interventi del legislatore in materia di sicurezza, riguarda una tendenza che accomuna tutti i reati sui quali si hanno informazioni: «si tratta della tendenza alla crescita della percentuale di stranieri sul totale dei denunciati come presunti autori di quei reati, una crescita d'altronde prevedibile sulla base del forte aumento degli stranieri in percentuale alla popolazione» (ID., 40 s.). Non può infatti sottacersi come questo sia un dato che viene messo quasi sempre in evidenza, anche se implicitamente, dai mezzi di informazione nella rappresentazione dei fenomeni di criminalità. In questa prospettiva devono probabilmente essere letti i recenti interventi in materia di sicurezza da intendersi come «mantenimento dello status quo ante rivendicato dal soggetto "forte", "normale", contro l'«aggressione dei soggetti deboli», "anormali" (vagabondi, prostitute, barboni, immigrati clandestini e no,

straint, abbia voluto estendere l'ingerenza dei pubblici poteri nella vita dei cittadini e ciò «può riscuotere il plauso dei timorati e timorosi esaltatori della sicurezza come primo ed assoluto bene da tutelare dallo Stato, ma non può appagare né sotto il profilo esegetico né sotto quello sistematico l'interprete della nostra libera e liberale Costituzione»¹¹. Anche perché, in via del tutto generale, è stato ormai da tempo rilevato che l'esigenza di assicurare – attraverso interventi intitolati alla “sicurezza” e all’“ordine” pubblico – protezione ad una condizione dell'animo umano, consistente nel sentimento di sicurezza dell'ordinato svolgersi della vita sociale, non può non fare i conti con la realtà delle moderne società democratiche e multiculturali, nelle quali, per il pieno riconoscimento delle libertà civili, è necessario tollerare un certo grado di disordine¹².

Alla luce di queste ultime considerazioni, quei dubbi di compatibilità con l'ordinamento costituzionale (artt. 2 e 3 Cost.) che si sono prima evidenziati, ne escono rafforzati e si deve ritenere che su questi provvedimenti gravino indizi di incostituzionalità che solo un'interpretazione restrittiva e conforme a Costituzione potrebbe forse essere in grado di dissipare. La necessità di interpretare restrittivamente la disciplina in questione deriva da tutta una serie di previsioni costituzionali dalle quali

emerge come il valore della “sicurezza” sia sempre e comunque strumentale alla libertà e quando entra con essa in contrasto, ora il legislatore ora l'esecutivo, sono tenuti ad operare un bilanciamento tale da assicurare un “sacrificio minimo” alla libertà¹³. Su questa linea peraltro si è già mossa la stessa Corte Costituzionale, con riferimento alla precedente disciplina in materia di sicurezza, la quale, dopo aver evidenziato «i vasti ed indeterminati poteri in tema di tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana»¹⁴ e la «rilevante espansione e trasformazione dei poteri dei Sindaci»¹⁵, ha proceduto ad una lettura (restrittiva) delle disposizioni in modo da renderle conformi alla normativa costituzionale¹⁶.

In definitiva, la farraginosità del testo da un punto di vista formale e la necessità di interpretarlo – restrittivamente – in modo conforme a Costituzione costituiscono due elementi della “precomprensione”¹⁷ della disciplina in oggetto la quale guiderà il successivo sviluppo della presente analisi.

2. Analisi della disciplina.

2.1. L'ambito oggettivo: i presupposti dei poteri di ordinanza.

– In primo luogo, l'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, “fa salvi” i provvedimenti dell'autorità per motivi di ordine pubblico. L'espressione “fare salvi” non può avere unicamente il significato di

tossicodipendenti, ecc.), visti come una minaccia per l'ordine sociale», Ruotolo M., La sicurezza nel gioco del bilanciamento, cit., § 1.

¹¹ Esposito C., *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, 196.

¹² Sul punto cfr. CORSO G., *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, cit., 1080.

¹³ Su tale bilanciamento: cfr. Ruotolo M., *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, cit., § 2. Anche chi delinea un “diritto costituzionale alla sicurezza”, è poi costretto a riconoscere che «la ricerca dell'equilibrio tra sicurezza e libertà discende anche dalla consapevolezza che il fondamento del valore sicurezza riposa sull'esigenza di salvaguardare i diritti fondamentali: tra i due termini a confronto – sicurezza e altri diritti – si delinea un forte legame derivante dall'essere il primo strumento di protezione e non di oppressione della libertà. Ne consegue che eventuali interventi limitativi dei diritti inviolabili, anche in nome del principio-valore della sicurezza, trovano giustificazione fino a quando sono diretti alla loro conservazione e ordinata realizzazione, secondo quella giusta misura che è richiesta dal principio di proporzionalità degli strumenti adottati rispetto al fine che si intende perseguire. Quindi ogni limitazione potrà essere ammessa solo se strettamente necessaria e ragionevole, e potrà protrarsi solo per il tempo utile a soddisfare l'esigenza che ne ha richiesto l'adozione, dovendo ogni restrizione venir meno non appena il proposito sarà raggiunto», Frosini T.E., *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, cit.

¹⁴ C. cost. n. 196/2009, § 7 considerato in diritto.

¹⁵ C. cost. n. 196/2009, § 8 considerato in diritto.

¹⁶ C. cost. nn. 226/2009, § 5.3 considerato in diritto, e 274/2009, § 4.1 considerato in diritto.

¹⁷ Come noto la “precomprensione”, consistendo nella tendenza del pensiero umano ad ascrivere un senso in qualche misura preconcepito alla disposizione da interpretare quando si accinge ad indagarne il significato, non è del tutto arbitraria in quanto riflette la visione del mondo del ricercatore e della comunità di cui egli fa parte (nel caso di specie quella degli operatori giuridici che come si è detto devono ispirare la loro azione ad una fedeltà alla Carta e ai suoi valori). Sulla precomprensione e sul “circolo ermeneutico” cfr. GADAMER H.G., *Verità e metodo*, Milano, 2000. In Italia, ad es., DE RUGGIERO L., *Sul concetto di precomprensione*, in *Politica del diritto*, 1984, 577 ss.

mantenere ferme le disposizioni normative che prevedono tali provvedimenti. Se così fosse infatti la norma sarebbe piuttosto inutile, posto che il resto della disposizione non va a sostituire poteri precedentemente previsti, ma ad introdurre di nuovi e ad integrare l'incisività di alcuni di quelli già esistenti. L'espressione "fatti salvi" dunque ha anche il significato di escludere dalla portata applicativa della norma tutte le ipotesi (diverse da quelle espressamente richiamate) per le quali la legge già predispose provvedimenti "di ordine pubblico". Quanto all'individuazione dei provvedimenti fatti salvi dall'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, occorre rilevare che l'"ordine pubblico" è da intendersi in un'accezione materiale, riferendosi a quelle misure preventive e repressive in grado di garantire sicurezza e incolumità pubblica, cioè una condizione di pacifica convivenza immune da violenze¹⁸. Negli interventi legislativi degli ultimi anni¹⁹ i concetti di "sicurezza pubblica" e "ordine pubblico" sono stati utilizzati come endiadi al fine di meglio definirli e meglio limitarli²⁰. In parti-

colare, la definizione che il legislatore, dopo lunghi anni di aspri contrasti, ha offerto al suo interno sia la nozione di sicurezza che quella di ordine pubblico (art. 159, d.lg. n. 112/1998) uniti in un'indissolubile endiadi. In questo quadro normativo, allora, il riferimento a non meglio precisati "provvedimenti di ordine pubblico" potrebbe richiamare questa definizione legislativa e con essa tutto il settore delle misure di prevenzione e repressione dirette a mantenere la sicurezza e l'ordine pubblici. Ne consegue che la previsione del primo periodo dell'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, con cui si fanno salvi i provvedimenti dell'autorità per motivi di ordine pubblico, porta ad escludere dall'ambito di applicazione della norma tutte quelle ipotesi, diverse da quelle espressamente richiamate, che disciplinano provvedimenti di sicurezza e di ordine pubblico²¹.

L'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, individua poi i presupposti di fatto al ricorrere dei quali sorge in capo al sindaco o al prefetto il potere di ordinanza in esame.

L'individuazione di queste ipotesi deve essere rite-

¹⁸ Solo in parte, dunque, si può accogliere la recente definizione legislativa dell'"ordine pubblico" come «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» (art. 159, 2° comma, d.lg. n. 112/1998). Se infatti la seconda parte della definizione (quella che fa riferimento a «l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni») è certamente avvicinabile ad una nozione materiale di ordine pubblico, la prima parte della definizione, dove si rinvia a non meglio precisati valori costituenti un «complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari», evoca troppo da vicino un ordine ideale che ormai da anni la dottrina ha convincentemente criticato: cfr. ad es. Corso G., *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, cit., 1060 ss. e 1079 s. Nel senso di valorizzare una lettura della definizione orientata più verso la sua seconda parte e dunque verso gli aspetti di tutela della sicurezza e incolumità pubblica come condizione di pacifica convivenza immune da violenze (c.d. "ordine pubblico in senso materiale"), potrebbe essere letta la precisazione fornita dalla Corte costituzionale quando ha affermato che l'ordine e la sicurezza pubblica riguardano quelle «funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento. È dunque in questo senso che deve essere interpretata la locuzione "interessi pubblici primari" utilizzata nell'art. 159, comma 2: non qualsiasi interesse pubblico alla cui cura siano preposte le Pubbliche Amministrazioni, ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile. Una siffatta precisazione è necessaria ad impedire che una smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico si converta in una preminente competenza statale in relazione a tutte le attività che vanificherebbe ogni ripartizione di compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali» (enfasi aggiunta), C. cost. n. 290/2001, § 2, considerato in diritto.

¹⁹ In particolare, cfr. artt. 1, 6, 16, 18, 20 e 24, l. n. 121/1981; art. 159, d.lg. n. 112/1998; art. 1, d.lg. n. 279/1999; art. 16, l. n. 128/2001; art. 17, l. n. 128/2001; art. 9, d.l. n. 144/2005; artt. 5 e 7 bis, d.l. n. 92/2008.

²⁰ Cfr. CAIA G., *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2003, 281 ss. In senso parzialmente analogo, cfr. C. cost. nn. 226/2009, § 5.3 considerato in diritto, e 274/2009, § 4.1 considerato in diritto.

²¹ Una diversa possibilità interpretativa è quella di intendere i "provvedimenti di ordine pubblico" come quelli previsti dalla legislazione dell'emergenza: l. n. 152/1975; l. n. 533/1977; d.l. n. 59/1978; d.l. n. 625/1979. Su cui cfr. Corso G., *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, cit., 1075 ss. Questa scelta ermeneutica, però, restringerebbe le ipotesi di "provvedimenti di ordine pubblico", estendendo di conseguenza la portata applicativa della normativa in esame. Nell'ottica, allora, di un approccio restrittivo alla presente disciplina, è forse preferibile accedere all'interpretazione indicata sopra nel testo.

nuta tassativa, non solo in base ad un approccio letterale alla disposizione – il tenore letterale sotto questo profilo è chiaro e come tale non richiederebbe il ricorso ad ulteriori tecniche ermeneutiche (art. 12, preleggi) – ma anche alla luce di una lettura dell'intera disciplina alla luce della Costituzione che, come s'è visto, richiede di restringerne l'ambito applicativo.

Le ipotesi nelle quali possono essere utilizzati i poteri di ordinanza sono quelli di indebita occupazione di suolo pubblico disciplinati dall'art. 633 c.p., e dall'art. 20 c. str.

L'art. 633 c.p., trova la sua origine storica nella legislazione del primo dopoguerra con l'intento di porre un freno al fenomeno dell'occupazione delle terre e degli immobili da parte di contadini ed operai in piena crisi economica. Questa disciplina, su cui erano stati sollevati dubbi di compatibilità col testo della sopravvenuta Costituzione, è stata riscoperta alla fine degli anni '60 questa volta per fronteggiare il fenomeno delle occupazioni delle Università e delle fabbriche²².

La fattispecie riguarda l'"invasione" arbitraria di "terreni" o "edifici", pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne profitto. La fattispecie dunque si realizza solo se vi sia un'introduzione arbitraria in un terreno/edificio e, viceversa, non è configurabile quando il soggetto abbia già il possesso o la detenzione del bene (ad es. in virtù di concessione ormai scaduta)²³.

Questa previsione inoltre sembra riguardare unicamente i "terreni" e gli "edifici" pubblici (o privati) e dunque sembrerebbe escludere dal suo campo di applicazione le strade e gli altri luoghi di pubblico transito²⁴, non solo perché la nozione di "strada" è difficilmente assimilabile a quella di "terreno", ma soprattutto perché con riferimento ad un luogo di pubblico transito sarebbe difficilmente ipotizzabile una condotta di "invasione" essendo il primo per sua natura giuridica destinato alla fruizione pubblica di massa.

A sua volta l'art. 20 c. str., disciplina molteplici

ipotesi di divieto di occupazione di suolo pubblico distinguendo diverse tipologie di beni demaniali.

Sulle autostrade, sulle strade extraurbane principali, sulle strade extraurbane secondarie, sulle strade urbane di scorrimento²⁵ l'occupazione del suolo è sempre e comunque da considerarsi vietata. Nessun provvedimento amministrativo potrebbe legittimamente concedere l'utilizzo di questi beni.

Sulle residue categorie di strade pubbliche (strade urbane di quartiere e strade locali)²⁶, compresi i relativi marciapiedi, e sulle altre aree che accedono a dette strade (fasce di rispetto) è possibile consentire, secondo diverse modalità e presupposti e mediante provvedimento abilitativo, occupazioni temporanee o permanenti.

Ne consegue che l'occupazione sarà sempre indebita e dunque suscettibile dell'applicazione dell'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, quando riguardi strade classificate nei tipi A, B, C e D ex art. 2, 2° comma, c. str. Viceversa le occupazioni delle restanti strade pubbliche (e spazi annessi) risulteranno "indebite" se non conformi (o non più conformi) ai provvedimenti abilitativi che ne autorizzano l'occupazione. Resta da valutare cosa debba intendersi per "occupazione", richiesta dall'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, come presupposto per l'utilizzo dei poteri di ordinanza da parte del Sindaco o del Prefetto. Alla luce delle considerazioni generali prima svolte, pare opportuno accedere ad una interpretazione restrittiva di questa espressione, intendendola come il consolidarsi di situazioni in contrasto con la normale destinazione di quei beni.

Non può seriamente sostenersi che, ad es., il sedersi per diverse ore su di un marciapiede o sul bordo di una strada costituisca "occupazione", trattandosi viceversa di uno di quegli usi generali del bene demaniale al quale tutti sono ammessi, *uti cives*. Si avrà viceversa occupazione quando il soggetto vada ad usare il bene in un modo per il quale solo un titolo abilitativo potrebbe consentire di fare, *uti singulus*.

Così interpretata la disposizione, da un lato, individua un ambito di applicazione circoscritto o

²² Sull'art. 633 c.p., cfr. ad es. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, II, tomo II, Bologna, 2007, 267 ss.

²³ Cfr., ad es., Cass. pen., sez. II, 13.4.1994, n. 4230, Lazoi; Cass. pen., sez. II, 7.7.2000, n. 8107, Pompei A.; Cass. pen., sez. V, 31.5.2007, n. 33049, S.G.; Cass. pen., sez. II, 1.12.2005, n. 2337.

²⁴ Cfr. ad es. Uff. indagini preliminari Trib. Taranto, 23.9.1997, Cremona, in *Riv. pen.*, 1997, 1034 ss.; *contra* Cass. pen., sez. II, 11.4.1997, n. 9479, Carbone, in *Cass. pen.*, 1998, 2013 ss.

²⁵ Art. 2, 2° comma, lett. A, B, C e D, c. str.

²⁶ Art. 2, 2° comma, lett. E e F, c. str.

comunque circoscrivibile e, dall'altro, permette comunque di avere un'utilità pratica, venendo a colmare un vuoto di tutela con riferimento all'occupazione di strade pubbliche²⁷, che così risulta ora sanzionata anche penalmente in forza del combinato disposto degli artt. 650 c.p., 3, 16° comma, l. n. 94/2009, e 20 c. str.

Con riferimento a questi presupposti fattuali, la P.A. risulta priva di un potere discrezionale, ma viceversa è vincolata al e dal loro concreto accertamento attraverso una necessaria e previa attività istruttoria.

Prima di passare al contenuto dei poteri di ordinanza attribuiti a Sindaci e Prefetti dall'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, e rimanendo ai presupposti di fatto necessari per esercitare legittimamente tali poteri, occorre rilevare che la disciplina recentemente approvata, se interpretata nel senso indicato – il quale peraltro sembra l'unico costituzionalmente consentito – lascia fuori un'ampia serie di fattispecie di "abusiva occupazione".

In primo luogo parrebbero esclusi dalla portata della norma le ipotesi di terreni ed edifici²⁸ pubblici e privati, occupati abusivamente, ma non "invasi". Trattandosi di fattispecie non riconducibili né all'art. 633 c.p., né all'art. 20 c. str., non potranno legittimare l'esercizio dei poteri di cui all'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, che rinvia testualmente e specificamente alle fattispecie delineate nelle prime due norme.

In secondo luogo, per analoghe ragioni, sembre-

rebbero rimanere fuori dalla previsione normativa in commento le occupazioni abusive di strade private²⁹. Esse infatti non sono "terreni" né "edifici" e, per loro natura (e definizione normativa³⁰), sono destinate all'uso pubblico, dunque difficilmente oggetto di "invasione" ai sensi dell'art. 633 c.p. Le strade private poi difficilmente potrebbero essere ricondotte alla disciplina dell'art. 20 c. str., che sembra riguardare unicamente strade "pubbliche": diversamente argomentando, si dovrebbe ritenere che la possibilità di consentirne l'occupazione spetti all'autorità pubblica e non ai privati proprietari³¹.

Resta infine da considerare l'esistenza di eventuali presupposti non espressamente richiamati dalla disposizione, ma ricavabili da una sua doverosa interpretazione alla luce della Costituzione.

La disciplina in esame va ad incidere su materie che sono rimesse alla competenza legislativa regionale residuale (art. 117, 4° comma, Cost.), come nel caso del commercio³² e della polizia amministrativa locale³³, o alla competenza concorrente, come nel caso del governo del territorio³⁴, cui può certamente ricondursi il decoro urbano, e a settori, anche tradizionalmente, rimessi alla regolamentazione e gestione amministrativa locale (artt. 117, 6° comma, e 118 Cost.)³⁵, come ad es. l'urbanistica e il commercio³⁶. Si deve ritenere allora che la normativa in esame (art. 3, 16°, 17° e 18° comma, l. n. 94/2009) introduca poteri in materia di "sicurezza", tali da giustificare l'intervento stata-

²⁷ Quest'ultima era infatti sanzionata solo in via amministrativa (art. 20, 4° e 5° comma, c. str.). La previsione dell'art. 633 c.p., s'è visto, non è estensibile al caso delle strade in quanto esse – per loro intrinseca natura di beni aperti alla fruizione pubblica di massa – difficilmente potrebbero essere oggetto di "invasione". Peraltro, l'art. 1-bis, d.lg. n. 66/1948, sanziona solo l'occupazione abusiva di strade «ordinarie e ferrate» e solo se l'occupazione è fatta «al fine di impedire od ostacolare la libera circolazione».

²⁸ Cioè di beni diversi dalle "strade" e dalle loro pertinenze (ad es.: fasce di pertinenza, di rispetto e di sosta) così come definite nel c. str. (artt. 2 e 3).

²⁹ Ad es. le strade vicinali, quelle poderali o quelle di bonifica.

³⁰ Art. 3, 1° comma, n. 52, c. str.

³¹ Bisogna però riconoscere che l'art. 2, 6° comma, lett. D, c. str., afferma che «ai fini del presente codice, le strade "vicinali" sono assimilate alle strade comunali». Dunque, quantomeno con riferimento alle strade private "vicinali", è forse possibile ritenere applicabile l'art. 20 c. str., e dunque anche l'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009.

³² In questo senso cfr. ad es. C. cost. nn. 64, 165 e 430 del 2007; n. 199 del 2006.

³³ Art. 117, 2° comma, lett. h), Cost.

³⁴ Art. 117, 3° comma, Cost.

³⁵ Si pensi al caso del "decoro urbano" rimesso alla regolamentazione locale fin dai tempi della legge urbanistica: cfr. art. 33, 1° comma, n. 8, l. n. 1150/1942.

³⁶ Questa preoccupazione di invadere competenze (legislative) regionali e (regolamentari e amministrative) locali, si avverte nei lavori parlamentari. Si pensi all'emendamento Bernardini 12.7, volto a stabilire che le disposizioni in esame non si sarebbero dovute applicare nei casi in cui i regolamenti comunali in materia di occupazione di suolo pubblico già contemplino specifiche norme: cfr. Camera deputati, Commissioni, I e II, riunite, seduta 28.4.2009, 14 del resoconto

le³⁷. Questa ultima affermazione non è per nulla scontata né peregrina: se è pur vero che l'art. 3 è inserito in una legge avente ad oggetto «*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*» – dato peraltro scarsamente rilevante, posto il carattere profondamente disomogeneo della recente legislazione³⁸ –, è altresì incontestabile che in nessuna parte della disposizione si indica la “sicurezza” o l’“ordine pubblico” come presupposti di esercizio dei poteri tributati alle PP.AA. Anzi, la norma esordisce escludendo dal suo ambito di applicazione «*i provvedimenti dell'autorità per motivi di ordine pubblico*». La collocazione all'interno di una legge recante «*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*» e la necessità di interpretare la normativa in modo da evitare contrasti con la Carta, in particolare con quella sua parte relativa alla ripartizione di competenze (Parte II, Titolo V), impongono di ritenere la “sicurezza” non solo come titolo legittimante l'intervento statale in settori altrimenti non rimessi alla sua competenza esclusiva, ma anche, di conseguenza, come presupposto (non esplicitato) dei poteri conferiti.

Pertanto, oltre ai presupposti di fatto precedentemente esaminati (fattispecie di occupazione di suolo pubblico di cui agli artt. 20 c. str., e 633 c.p.), l'intervento del Sindaco o del Prefetto sarà da ritenersi legittimo solo se ricorrano situazioni di danno o di effettivo pericolo per la “sicurezza pubblica”, che sarà ovviamente da intendersi, quanto al Sindaco, nel senso chiarito dal d.m. 5.8.2008 e, quanto al Prefetto, nel senso ricavabile dal sistema delle leggi di pubblica sicurezza, prime fra tutte il r.d. n. 773/1931 (d'ora in poi t.u.l.p.s.) e la l. n. 121/1991. Sotto questo profilo, il potere amministrativo conferito a Sindaco e Prefetto si atteggia in modo discrezionale, a differenza di quanto s'è precedentemente scritto con riferimento all'accertamento

del ricorrere degli altri due presupposti di fatto. Ciò, se significa che la norma lascia all'autorità che ne dispone il potere di valutare i diversi interessi (pubblici e privati) in riferimento ai quali dovrà esercitare la discrezionalità, avrà anche l'effetto di vincolarla a compiere (e soprattutto ad esternare nella motivazione dell'atto) tale valutazione e a rimanerne vincolata una volta compiuta.

La sussistenza di un concreto pericolo per la “sicurezza pubblica” come necessario presupposto di legittimità dei poteri di ordinanza disciplinati dall'art. 3, 16°-18° comma, l. n. 94/2009, comporta conseguenze pratiche di non scarso rilievo. Ad es., sotto questo profilo, sarà difficilmente giustificabile un intervento nei confronti di un esercente commerciale, titolare di una regolare licenza per l'occupazione di suolo pubblico, il quale abbia occupato (indebitamente) una piccola parte di terreno pubblico, magari per poco eccedente quella oggetto della sua licenza³⁹. Il provvedimento inibitorio (con la sanzione accessoria della chiusura dell'esercizio), disciplinato dall'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, potrà essere legittimamente adottato solo se il comportamento oggetto dell'ordinanza sia concretamente in grado di danneggiare o mettere in pericolo la “sicurezza pubblica”, eventualmente anche nella sua ristretta accezione di “sicurezza urbana”; in mancanza, sono altri gli strumenti, regolati dalla disciplina (nazionale, regionale e locale) sul commercio o sulle concessioni di suolo pubblico, che l'Ente locale potrà eventualmente adottare.

2.2. L'ambito oggettivo: i poteri di ordinanza. – La disposizione, se ricorrono i presupposti sopra descritti, concede a Sindaci e Prefetti un potere di ordinanza tipizzato.

In particolare, l'autorità può emanare atti che assumono la forma di ordinanze⁴⁰ e che contengono

sommario. In senso analogo, in Senato, cfr. emendamento 11.100, senn. Fioroni-Marino, respinto nella seduta n. 123 del 14.1.2009, 53-54 dello stenografico.

³⁷ In questo senso possono richiamarsi i lavori preparatori della l. n. 94/2009 dai quali emerge la convinzione che tutte le disposizioni ivi previste attengano alla materia della sicurezza: cfr. Camera deputati, Comitato legislazione seduta 29.4.2009, 4. Nello stesso senso, cfr. C. cost. nn. 226/2009, § 5.3 considerato in diritto, e 274/2009, § 4.1 considerato in diritto.

³⁸ Su questa prassi assai criticabile, cfr. ad es. il Messaggio 29.3.2002 del Presidente della Repubblica di rinvio della legge di conversione del d.l. n. 4/2002. In dottrina di recente SALERNO G.M., “Preoccupazioni e sollecitazioni” del Presidente della Repubblica a garanzia della corretta tecnica legislativa, in *Rass. part.*, 2009, n. 3, 755 ss.

³⁹ Questa ipotesi è stata specificamente richiamata nel corso dei lavori preparatori per sostenere la necessità di delimitare l'ambito applicativo della fattispecie normativa: cfr. Camera dei deputati, XVI Legislatura, seduta n. 169 del 30.4.2009, stenografico p. 33 (on. Fava).

⁴⁰ In generale sulle ordinanze, cfr. BARTOLOMEI F., “Ordinanza (dir. Amm.)”, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 970 ss.

ordini⁴¹ del genere di quelli descritti dalla norma. Gli ordini che possono essere imposti ai privati, che si trovino nelle situazioni descritte, sono di due tipi: a) la riduzione *in pristino* dello stato dei luoghi a spese dell'occupante (tipica misura ripristinatoria); b) la chiusura dell'esercizio commerciale, se l'occupazione è fatta a fini di commercio, per un periodo minimo di 5 giorni e fino alla data di adempimento dell'ordinanza e del pagamento delle spese o della prestazione di idonea garanzia (misura sanzionatoria accessoria).

Il potere che qua viene alla luce consiste nel dettare prescrizioni di comportamento ad uno o più soggetti, determinati nel provvedimento stesso, in base alle specifiche previsioni della fattispecie normativa. Questo atto amministrativo, dunque, è solo formalmente un "ordinanza", ma nella sostanza è a tutti gli effetti un "ordine" e come tale deve essere trattato e disciplinato. Nel caso di specie, infatti, a differenza che per le ordinanze vere e proprie ("ordinarie" ed *extra ordinem*), il potere può solo avere carattere individuale (e non generale)⁴², è interamente disciplinato nei suoi contenuti e nei suoi presupposti e può essere esercitato solo quando ricorrano tali presupposti, indipendentemente da una situazione di necessità od urgenza. Si tratta di un potere attribuito a Sindaci e Prefetti, a seconda delle competenze (v. *infra*), per ovviare alle "indebite occupazioni" di suolo pubblico, nel senso sopra chiarito, e, dunque, per assicurare la puntuale osservanza di prescrizioni normative: quelle discendenti dagli artt. 20 c. str. e 633 c.p.

La conseguenza di questa qualificazione è la sottoponibilità per intero di tali provvedimenti alla disciplina sul procedimento amministrativo dettata dalla l. n. 241/1990. L'eventuale urgenza di provvedere nel caso concreto – da intendersi non come qualsiasi urgenza, ma solo come urgenza tale da non consentire alcuna procrastinazione dell'azione amministrativa senza che risulti compromesso il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui il prov-

vedimento finale è rivolto⁴³ – potrà unicamente legittimare l'intervento dell'Amministrazione senza una previa comunicazione di avvio del procedimento (art. 7, l. n. 241/1990). Per il resto però non vi sono ragioni per escludere l'integrale applicazione della 241, a partire dalla comunicazione di avvio – salvo appunto ragioni di urgenza qualificata – passando per la partecipazione procedimentale e per arrivare all'obbligo di motivazione, ecc. Da un punto di vista procedimentale, i poteri di "ordinanza" in esame dovranno essere necessariamente preceduti da una fase di accertamento che permetta di fare emergere la ricorrenza di quei presupposti di fatto (l'"indebita occupazione" del suolo pubblico) che soli legittimano l'intervento della P.A. Oltre che da una esigenza puramente "logica", l'esistenza di una fase preparatoria necessaria la si ricava dall'art. 3, 18° comma, l. n. 94/2009, nel quale si fa testualmente riferimento alla (pre)esistenza di un "verbale di accertamento". Da questo punto di vista si potrebbe pensare che le regole applicabili a questo subprocedimento possano ricavarci, in via analogica, da quelle dettate per le sanzioni amministrative dagli artt. 13 ss., l. n. 689/1981. La natura ripristinatoria e non propriamente sanzionatoria del potere in esame se impedisce l'applicazione delle norme in materia di personalità della responsabilità e imputabilità della condotta (artt. 1-12, l. n. 689/1981)⁴⁴, non determina d'altronde l'impossibilità di utilizzare quelle altre norme che viceversa costituiscono un momento comune sia dei poteri sanzionatori che di quelli ripristinatori. Vi sarà infine la necessità di rispettare tutti quei principi generali dell'azione amministrativa discendenti dall'imparzialità e dal buon andamento, ulteriori rispetto alla normativa sul procedimento, e puntualizzati dalla giurisprudenza amministrativa. Si tratta del necessario rispetto di criteri che, pur restando estranei al merito amministrativo, riguardano profili sostanziali, e non procedurali, dell'esercizio del potere discrezionale con specifico rife-

⁴¹ Sugli ordini cfr. ad es. Bassi F., "Ordine (*dir. Amm.*)", in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 995 ss.

⁴² Ciò lo si ricava chiaramente dal dettato normativo dove si fa riferimento ai «casi di indebita occupazione di suolo pubblico»: devono dunque ricorrere "casi" specifici per poter far sorgere il relativo potere di intervento in capo all'Amministrazione. Da questo punto di vista, la disposizione in esame non potrebbe in alcun modo fornire fondamento normativo a quelle ordinanze, recentemente apparse, le quali, pur essendo motivate con riferimento a pretese occupazioni di suolo pubblico, dettano divieti e prescrizioni a carattere generale: cfr ad es. ANDRONIO A., *L'ordinanza extra ordinem del sindaco*, cit. e Id., *La seconda ordinanza del sindaco*, cit.

⁴³ Cfr. ad es. C. St., sez. IV, 25.3.1996, n. 368.

⁴⁴ Cfr. ad es. C. St., sez. V, 7.9.2007, n. 4718; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 8.2.2002, n. 244; Trib. S.M. Capua Vetere, 11.1.2002, in *Cass. pen.*, 2003, 1648; T.A.R. Lazio, sez. II, 21.2.1982, n. 1068.

rimento alla ragionevolezza, alla proporzionalità, all'adeguatezza, ecc.⁴⁵.

Quanto al contenuto del potere, la l. n. 94/2009, all'art. 3, 16° comma, distingue due ipotesi. La prima, più generale, si ha quando l'occupazione abusiva, nel senso sopra specificato, è fatta per qualunque fine diverso dal commercio; la seconda quando il fine è appunto quello legato al commercio.

Nel primo caso, l'unico contenuto legittimo dell'ordinanza è quello della riduzione *in pristino* a spese degli occupanti. Sotto questo profilo il provvedimento ha contenuto più ampio rispetto a quello previsto dall'art. 20, ultimo comma, c. str., il quale peraltro configura la rimozione delle opere abusive come sanzione amministrativa accessoria, soggetta come tale al regime dei provvedimenti sanzionatori. La l. n. 94/2009, invece, non si limita a prevedere la rimozione delle "opere abusive", ma si riferisce ben più genericamente alla possibilità per il Sindaco, o per il Prefetto, di «ordinare l'immediato ripristino dello stato dei luoghi», che potrà includere la rimozione di opere, ma anche più semplicemente la rimozione di materiale, o anche obblighi specifici di ripristino dell'originario stato dei luoghi.

Nel secondo caso (occupazione a fine di commercio), si conferisce anche il potere di disporre la chiusura dell'esercizio commerciale per un periodo minimo di 5 giorni e comunque fino al pieno adempimento dell'ordine e del pagamento delle spese o della prestazione di idonea garanzia. Sembrerebbe in questo caso trattarsi di un'ipotesi di sanzione⁴⁶ accessoria a carattere automatico (la chiusura, dati i presupposti di legge, dovrebbe essere disposta per il termine indicato: ma cfr. *infra*)

assieme ad una interessante fattispecie di "ravvedimento operoso". Quest'ultimo, infatti, non comporta unicamente un obbligo per la P.A. di rivalutare la situazione per rimuovere il divieto imposto, ma consiste in una clausola (legislativa) automatica di cessazione degli effetti (inibitori) del provvedimento originario⁴⁷ e si applica dopo che sono intervenuti l'accertamento e la contestazione da parte della P.A.⁴⁸

Relativamente all'ambito di applicazione di questo potere sanzionatorio sembra di poter dire che la norma presupponga l'esistenza di una situazione di legittimo esercizio di attività commerciale⁴⁹. Non è infatti prevista una chiusura *tout court* di attività abusive, ma solo la chiusura per un tempo limitato di quelle attività che sono state esercitate in modo da produrre una situazione di occupazione abusiva di suolo pubblico. Tale abusiva occupazione potrà essere determinata anche dal venir meno di titoli abilitanti preesistenti⁵⁰ o dalla loro radicale mancanza o, che è lo stesso, dall'aver ecceduto dagli ambiti spaziali da essi determinati.

Con riferimento a questo potere accessorio (ordine di chiusura di esercizi commerciali), occorrerà tener presente che andandosi ad incidere su posizioni costituzionalmente tutelate (art. 41, 1° comma, Cost.), la motivazione dell'ordinanza dovrà essere particolarmente accurata e tale da individuare puntualmente i profili per i quali tale attività è in grado di «recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, 2° comma, Cost.). Ma, cosa ancor più importante, la natura sanzionatoria (e non meramente ripristinatoria) dell'ordine di chiusura importerà l'applicazione di quei principi gene-

⁴⁵ Cfr., ad es., in giurisprudenza: C. St., sez. V, 28.6.2004, n. 4767; T.A.R. Veneto [ord. cautelare], sez. III, 14.4.2004, n. 1033; T.A.R. Liguria, sez. II, 26.4.2003, n. 524; T.A.R. Lazio, sez. III, 12.11.2002, n. 9859; C. St. [ord. cautelari], sez. V, 18.4.2000, n. 1982. In dottrina, ad es., RAZZANO G., *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, § 11; ANDRONIO A., *L'ordinanza extra ordinem del sindaco*, cit. e *Id.*, *La seconda ordinanza del sindaco*, cit.

⁴⁶ Sulle sanzioni amministrative non pecuniarie e sulla loro (difficile) differenziazione rispetto alle misure ripristinatorie, cfr. DE ROBERTO A., *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1982, 126 ss.

⁴⁷ In ciò, questo ravvedimento operoso, si distingue ad es. da quello in materia edilizia (cfr. ad es. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 27.7.2009, n. 4339).

⁴⁸ In ciò, questo ravvedimento operoso, si distingue ad es. da quello in materia tributaria dove l'effetto positivo è di solito escluso ogni qual volta la violazione sia già stata constatata e comunque siano iniziate le ispezioni o le verifiche.

⁴⁹ Attività commerciale libera o comunque titolarità di un titolo abilitativo, per quelle non libere o liberalizzate. Da questo punto di vista, questa parte della norma non sembrerebbe utilizzabile con riferimento ai cc.dd. "parcheggiatori abusivi" nonostante che durante i lavori preparatori questo fosse un esempio comunemente richiamato. Contro questo fenomeno allora potrà certamente essere disposta la riduzione in pristino, se si ravviseranno ipotesi di "occupazione indebita" e danni o pericoli per la sicurezza urbana, ma non potrà anche disporsi la "chiusura dell'esercizio commerciale".

⁵⁰ Ad es., autorizzazioni all'occupazione di suolo pubblico con tavoli, chioschi ecc.

ali in materia di sanzioni amministrative che prima di giurisprudenza e poi la legge (l. n. 689/1981) hanno codificato e in particolare di quelli che non si riferiscono specificamente alle sanzioni pecuniarie (artt. 1-5, l. n. 689/1981)⁶¹. Con l'importante conseguenza che l'automaticità nella chiusura dell'esercizio quando l'occupazione indebita di suolo pubblico sia stata fatta a fini di commercio è da ritenersi recessiva rispetto al necessario accertamento della responsabilità del titolare dell'esercizio.

Pertanto, sebbene l'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, sembra porre sullo stesso piano l'ordine di ripristino (dello stato dei luoghi) e l'ordine di chiusura dell'esercizio (quando l'occupazione è fatta a fini di commercio), si tratta di poteri assai diversi, il primo meramente ripristinatorio e dunque non soggetto ai principi generali in materia di sanzioni amministrative⁶², ma solo a quelli generali sul procedimento amministrativo, il secondo, a carattere sanzionatorio, soggetto anche alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative.

3. L'ambito soggettivo. - I poteri di ordinanza sono distribuiti tra il Sindaco e il Prefetto sulla

base di criteri non coincidenti con quelli ordinariamente previsti dall'art. 54, d.lg. n. 267/2000 (d'ora in poi t.u.e.l.). Come regola generale, l'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, infatti, attribuisce al Sindaco la competenza ad emettere le ordinanze in questione con esclusivo riferimento alle "strade urbane", mentre il Prefetto è competente per le "strade extraurbane". La distinzione tra queste due categorie di strade è contenuta nell'art. 3, 1° comma, nn. 50 e 51, c. str. che definisce rispettivamente una strada "urbana" come quella «interna ad un centro abitato», mentre "extraurbana" è quella «esterna ai centri abitati». A sua volta è l'art. 4 c. str., che attribuisce alle Giunte municipali il compito, con loro deliberazione, di circoscrivere il "centro abitato"⁶³. La recente legge in materia di sicurezza, allora, come regola generale, limita i poteri del Sindaco ai soli centri abitati, escludendo pertanto il restante territorio comunale, su cui invece ha competenza il Prefetto.

Un dubbio che sorge riguarda il riferimento specifico alle "strade" (urbane ed extraurbane) anziché ai suoli pubblici in generale. La precisazione non è di poco conto se si tiene conto che tra i casi di

A nulla varrebbe richiamare l'art. 12, l. n. 689/1981, per escludere la sua applicazione al caso in esame. Questo articolo afferma solo che le norme del relativo capo si applicano a tutte le sanzioni amministrative pecuniarie ma non anche a quelle disciplinari. L'espressa esclusione della sola categoria delle sanzioni disciplinari e la natura certamente generale della legge sulla depenalizzazione implica di ritenere applicabili le sue norme di principio anche alle sanzioni amministrative non pecuniarie. Questa conseguenza, peraltro, trova conferma anche nella natura fortemente afflittiva dell'ordine di chiusura che va ad incidere su beni costituzionalmente protetti (art. 41 Cost.), in modo molto maggiore e un mero potere sanzionatorio pecuniario. Questo risultato trova poi riscontro in una consolidata giurisprudenza secondo la quale «l'ambito di applicazione di tale legge [l. n. 689/1981] (che già originariamente non era limitata alle sanzioni pecuniarie, essendo espressamente prevista l'opposizione avverso le ordinanze che dispongono la sola sanzione pecuniaria: art. 22) è stato successivamente esteso dal legislatore sia alle sanzioni amministrative non pecuniarie previste dal c. str. (artt. 210 e seguenti, che rinviano al precedente art. 205 per l'opposizione davanti al giudice ordinario), sia in generale alle sanzioni "di natura diversa da quella pecuniaria" (art. 22-bis della legge n. 689 del 1981, introdotto dall'art. 98 del decreto legislativo 30 dicembre 1999 n. 507). Deve, quindi, ritenersi che anche nella materia qui considerata il legislatore abbia esteso l'ambito di applicazione della legge n. 689 del 1981. D'altronde è dubbio - e non è contestato dal ricorrente - che questa legge sia applicabile ad ogni tipo di sanzione nella materia relativa al procedimento di emanazione del provvedimento sanzionatorio (fatta salva l'espressa esclusione dell'art. 16, che consente il pagamento in misura ridotta della sanzione pecuniaria). Non si vede perché tale generalizzata applicazione della legge n. 689 del 1981 debba poi ridursi alla sola sanzione pecuniaria per quanto viene alle norme processuali della stessa legge», Cass. civ., S.U., 11.7.2001, n. 9383, § 4.

Con la conseguenza, ad es., che tale ordine potrà certamente essere diretto anche nei confronti di colui che è in rapporto diretto con la *res* (ad es. il titolare della licenza), ma che non è anche l'autore o comunque il responsabile dell'occupazione: cfr. ad es. DE ROBERTO A., *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, cit., 133 ss.

In mancanza di una specifica deliberazione in merito, si ritiene che debba farsi riferimento alla pianificazione e alla regolamentazione urbanistica e edilizia di zona oppure, in mancanza, ad un criterio sostanziale già identificato dalla consolidata giurisprudenza amministrativa, anche se con riferimento a diversa problematica, secondo la quale «per il centro abitato deve intendersi qualsiasi raggruppamento edilizio, faccia o no parte del nucleo urbano ed anche non raggiunga la consistenza della frazione e della borgata» (C. St., sez. IV, 28.8.1990, n. 612, in *Riv. giur. urbanistica*, 1991, 61 ss.).

“occupazione abusiva” riconducibili alla disciplina in esame, come s’è scritto, vi è anche quello disciplinato dall’art. 633 c.p., che riguarda suoli pubblici (e privati) diversi dalle strade. Allora, delle due, l’una: o i poteri di ordinanza in questione possono essere esercitati solo nel caso di occupazione indebita di “strade” (venendosi così quest’ultimo a porre come ulteriore presupposto di legittimità all’esercizio del potere), oppure il legislatore ha utilizzato un linguaggio scorretto, volendo in realtà attribuire al Sindaco la competenza per tutto il territorio compreso nel centro abitato (strade e altri suoli pubblici) e al Prefetto la competenza su tutto il restante territorio comunale. Se un’interpretazione restrittiva sarebbe forse preferibile per le ragioni evidenziate in premessa, non si può disconoscere che così facendo l’ambito applicativo della disposizione verrebbe fortemente limitato, facendo peraltro sorgere delicati problemi di irragionevole trattamento differenziato di situazioni analoghe e dunque di compatibilità con l’art. 3, 1° co., Cost.

La suddivisione di funzioni delineata dalla norma non coincide con quella di cui all’art. 54 t.u.e.l., che costituisce la norma generale in materia di competenze del sindaco in materia di “sicurezza”, mentre ripercorre la ripartizione funzionale di cui agli artt. 6 e 7 c. str.⁶⁴, da cui pertanto occorrerà trarre eventuali lumi per risolvere fattispecie non delineate nell’art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009: si pensi ad es. all’ipotesi di tratti di strade di grande comunicazione che attraversano centri abitati, probabilmente da ricondurre alla competenza del Prefetto per analogia con quanto stabilito nell’art. 7, 3° comma, c. str. Peraltro, il riferimento al sistema di ripartizione di competenza tra Sindaco e Prefetto contenuto nel c. str. ha solo valore indicativo, non può, cioè, condurre a considerare tali competenze come proprie del Sindaco. Da un punto di vista sostanziale, infatti, l’art. 3, 16°-18° comma, l. n. 94/2009, disciplina attribuzioni in materia di “sicurezza”, anche se nell’accezione limitata di “sicurezza urbana” [art. 2, 1° comma, lett. d), d.m. 5.8.2008],

che rimangono di sicura competenza statale⁶⁵, anche se intrecciate ad attribuzioni (legislative, regolamentari e amministrative) proprie di Regioni ed Enti locali. Da questo punto di vista, il conferimento al Sindaco di alcune attribuzioni in materia lascia inalterato il dato essenziale della riconducibilità allo Stato delle relative funzioni. In questo senso, l’intervento del Sindaco – anche se segue una ripartizione di competenze diversa da quella indicata dall’art. 54 t.u.e.l. – si deve ritenere che avvenga in qualità di ufficiale del Governo, con tutte le conseguenze che ciò comporta.

Pertanto la disciplina di ripartizione delle competenze contenuta nell’art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009, deve essere integrata con le regole e i principi che sovrintendono alla materia della “sicurezza pubblica”, anche nella sua ristretta e peculiare accezione di “sicurezza urbana”. Ciò si riverbera appunto sulle modalità di esercizio di tali attribuzioni da parte del Sindaco, soggette a previa comunicazione all’ufficio territoriale del governo e a poteri di coordinamento, vigilanza, controllo⁶⁶ e sostitutivi del Prefetto, in base a quanto disposto in via generale dall’art. 54 t.u.e.l.

Oltre al principio generale in tema di riparto di competenza disegnato nel senso sopra indicato e riconducibile al modello degli artt. 6-7 c. str., piuttosto che a quello dell’art. 54 t.u.e.l., l’art. 3, 16° co., l. n. 94/2009, prevede anche una regola a carattere derogatorio di tale principio che si attiva «quando ricorrono motivi di sicurezza pubblica» attraendo in campo al Prefetto ogni intervento che altrimenti sarebbe del Sindaco. In questo caso la “sicurezza pubblica” è probabilmente da intendersi in senso tecnico e ristretto agli interventi previsti dal t.u.l.p.s. e dalle altre leggi in materia di sicurezza e ordine pubblico⁶⁷. Come esempio si potrebbe fare quello dell’“occupazione del territorio” realizzata da soggetti appartenenti alle associazioni di cui all’art. 416-bis c.p.⁶⁸: situazioni che potranno essere affrontate unicamente dal Prefetto, anche se all’interno del centro abitato.

⁶⁴ Cfr. Relazione allegata al d.d.l. n. C-3278 (XV Legislatura) presentato il 30.11.2007, 4, che, per quanto riguarda l’occupazione di suolo pubblico, conteneva una previsione (art. 6) del tutto analoga a quella dell’attuale art. 3, 16°, 17° e 18° comma, l. n. 94/2009.

⁶⁵ Cfr. d.m. 5.8.2008, premesse.

⁶⁶ Controllo che, come noto, non si limita alla mera legittimità dell’atto, ma si estende probabilmente anche al merito: da ultimo cfr. ad es. C. St., sez. VI, 19.6.2008, n. 3076.

⁶⁷ Cfr. ad es. l. n. 121/1981; nonché tutta la legislazione c.d. dell’emergenza: l. n. 152/1975; l. n. 533/1977; d.l. n. 59/1978; d.l. n. 625/1979.

⁶⁸ In questo senso cfr. ad es. Relazione al d.d.l. n. C-3278, cit., 4.

2.4. Le altre disposizioni. – L'art. 3, l. n. 94/2009, contiene poi alcune disposizioni ulteriori e accessorie con riferimento ai poteri di ordinanza del Sindaco e del Prefetto.

Il 17° comma, in particolare, estende i poteri di ordinanza anche nei confronti di quelle situazioni consistenti nell'omissione, da parte di un commerciante, degli obblighi inerenti la pulizia e il decoro degli spazi pubblici antistanti il locale.

Dalla lettera della disposizione sembrerebbe ricavarsi che si tratti di una fattispecie completamente diversa dall'occupazione di suolo pubblico. Vale a dire che diviene oggetto di intervento – inibitorio da parte del Sindaco o del Prefetto, secondo le rispettive competenze – non l'inosservanza della normativa in materia di decoro e pulizia degli spazi pubblici esterni un locale commerciale da cui sia derivata una "occupazione di suolo pubblico"⁵⁹, ma appunto la mera inosservanza della prima disciplina. Anche questa disposizione richiede di procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata per evitare contrasti con alcuni articoli della nostra Carta (in particolare, artt. 23, 41, 117 e 118 Cost.). In primo luogo, non vi può essere dubbio che l'omissione rilevante – che legittima l'intervento dell'autorità pubblica ai sensi dell'art. 3, 16° comma, l. n. 94/2009 – sia solo quella di specifici obblighi stabiliti da una previa normativa di rango legislativo o che co-

munque in essa trovi diretto fondamento. Tenuto conto della previsione dell'art. 23 Cost., in base al quale nessuna prestazione personale può essere imposta se non in base alla legge, occorre ritenere che l'art. 3, 17° comma, l. n. 94/2009, data la sua estrema genericità, non sia in grado di fondare autonomi obblighi di prestazione in capo ai privati, ma solo richiamare quelli che siano già previsti dalla normativa di rango primario (o che su di essa specificamente si fondino)⁶⁰. Ciò significa che l'inosservanza di obblighi inerenti il decoro e l'igiene degli spazi pubblici esterni a un locale commerciale fissati ad es. in un regolamento comunale potranno legittimare il potere di ordinanza in esame solo se il regolamento locale riproduce leggi (statali o, più probabilmente, regionali) o su di esse si fonda⁶¹.

In secondo luogo, anche questo comma, come il precedente, deve essere interpretato al fine di evitare un contrasto con la disciplina costituzionale di cui agli artt. 117 e 118 Cost. L'intervento del Sindaco o del Prefetto, per essere legittimo, non potrà poggiarsi unicamente sulla riscontrata violazione degli obblighi (legislativi o da essi direttamente discendenti) gravanti sull'esercente relativi al decoro e all'igiene dell'esterno del proprio esercizio, ma dovrà giustificarsi anche per ovviare ad un danno o ad un concreto pericolo per la "sicurezza pubblica", nel senso di "sicurezza urba-

⁵⁹ Si pensi al caso di rifiuti prodotti dal locale commerciale ed abbandonati sull'esterno dello stesso.

⁶⁰ Come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, con riferimento all'art. 23 Cost.: «prestazioni personali possono essere imposte per la soddisfazione di interessi pubblici, ma solamente ope legis, cui compete di indicare il soggetto pubblico abilitato ad imporre la prestazione, nonché a fissare i limiti dell'imposizione (rispettivamente, soggetto ed oggetto della prestazione imposta). È, del resto, proprio questo il quid proprium della riserva di legge, esprimente la necessità che la legge disciplini effettivamente la materia; la distinzione tra riserva assoluta e relativa si fonda poi sull'intensità della disciplina legislativa, nel senso che nella prima ipotesi la fonte primaria deve regolare compiutamente la materia, mentre nel secondo caso detta la disciplina fondamentale, rimettendone il dettaglio ad altre fonti del diritto, gerarchicamente subordinate, anche formalmente amministrative. In tale modo, la riserva di legge si sovrappone al principio di legalità sostanziale, imponendo al legislatore l'individuazione dei limiti contenutistici dell'azione amministrativa (in termini, C. cost., 5.2.1986, n. 34). Ne discende che la riserva (anche relativa) pone uno specifico vincolo di contenuto a carico della legge, che nel caso di specie non risulta essere stato rispettato, neppure nel suo limite negativo, volto a circoscrivere la discrezionalità dell'Amministrazione. Ciò sia nella prospettiva dell'art. 23 della Costituzione, sia in quella dell'art. 41, che sancisce la libertà di iniziativa economica privata, rispetto alla quale limiti sono configurabili solamente nel rispetto della riserva relativa di legge», T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 1.8.2005, n. 6068.

⁶¹ La questione non è di poco conto se si considera la recente prassi di alcuni Comuni che hanno introdotto nella loro regolamentazione commerciale o di polizia locale obblighi non previsti dalla legislazione, nazionale o regionale. Tra i casi emersi dalla cronaca, si pensi ai nuovi Regolamenti per la somministrazione e di polizia locale del Comune di Firenze nei quali si pongono molteplici di questi obblighi, a carico degli esercenti, tra i quali sembrerebbero inclusi anche obblighi "positivi" di ammonimento e persuasione (a non causare disturbi, disagi, pericoli; a non imbrattare e sporcare, ecc.) al fine di impedire o scoraggiare comportamenti (di soggetti terzi) che possano determinare turbativa all'esterno del locale. Su tali regolamenti e su alcuni profili di illegittimità emersi, cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, 17.3.2010, n. 691 e T.A.R. Toscana, sez. II, 19.3.2010, n. 702.

na", cioè «bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale»⁶². Se, infatti, l'intervento fosse giustificato solo da ragioni di decoro urbano, si porrebbero delicati problemi di compatibilità della normativa nazionale in questione (art. 3, 17° comma, l. n. 94/2009) con la ripartizione costituzionale delle funzioni (legislative, regolamentari e amministrative) fissate negli artt. 117 e 118 Cost. Il mero decoro urbano, infatti, è stato tradizionalmente ricondotto alle competenze legislative delle Regioni (governo del territorio) e regolamentari/amministrative degli Enti locali (urbanistica ed edilizia)⁶³.

Se tali incisivi poteri potessero essere utilizzati anche in mancanza di concrete esigenze di "sicurezza pubblica", così come definite dal d.m. 5.8.2009, e fossero unicamente diretti a garantire il mero "decoro urbano", si porrebbe anche un problema di compatibilità con l'art. 41, 1° comma, Cost. Il rinvio operato dal 17° comma al precedente, infatti, comporta l'utilizzabilità non solo del provvedimento di ripristino, ma anche e soprattutto l'obbligo di accompagnarlo con l'ordine di chiusura del locale per un minimo di 5 giorni. Ora, il decoro urbano in sé (come bene distinto ed autonomo rispetto alla "sicurezza urbana") non è probabilmente un valore di pari rilevanza costituzionale tale da giustificare un'incisiva limitazione della libertà di iniziativa economica.

È allora necessario fornire un'interpretazione (adequatrice) che salvi la disposizione da dubbi di legittimità costituzionale e dunque ritenere, da un lato, che il decoro urbano cui si riferisce l'art. 3, 17° comma, l. n. 94/2009, sia quello espressamente conside-

rato dal d.m. 5.8.2008 e, dall'altro, che l'intervento del Sindaco o del Prefetto possa legittimamente intervenire solo se ricorrano danni o concreti pericoli per la "sicurezza urbana", ovviamente da motivare nell'ambito del provvedimento amministrativo.

Vi è infine da fare un breve accenno alla disposizione contenuta nell'art. 3, 18° comma, l. n. 94/2009, avente ad oggetto un obbligo di comunicazione al fisco delle occupazioni indebite di suolo pubblico fatte per fini di commercio. Tale obbligo si riferisce unicamente all'ipotesi di occupazione indebita (16° comma) e non anche alle violazioni delle norme in materia di pulizia e decoro esterno dei locali (17° comma).

L'obbligo di comunicazione non grava sull'organo titolare del potere di ordinanza (Sindaco o Prefetto), bensì sugli uffici che compiono l'accertamento della violazione i quali saranno dunque tenuti – contestualmente alla trasmissione del verbale al Sindaco e al Prefetto – ad informare il comando della Guardia di finanza competente per territorio, spedendone copia.

Dal tenore letterale della disposizione, sembrerebbe che l'obbligo di comunicazione sussista in ogni caso, a differenza di quanto previsto nell'art. 36, ultimo comma, d.p.r. n. 600/1973. In quest'ultima norma infatti l'obbligo di informare il fisco sorge solo quando i soggetti accertatori «vengono a conoscenza di fatti che possono configurarsi come violazioni tributarie» (enfasi aggiunta): l'obbligo è dunque condizionato ad una valutazione (positiva) circa la ricorrenza di una possibile violazione tributaria. L'art. 3, 18° comma, l. n. 94/2009, invece dispone senz'altro l'obbligo di trasmettere copia del verbale (e solo di quello) indipendentemente dal giudizio (degli uffici accertatori l'indebita occupazione a fini di commercio) sulla possibile ricorrenza di illeciti tributari.