



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

L'ordine pubblico e le tutele costituzionali

Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Scienze giuridiche
Dottorato in Diritto pubblico - XXXII ciclo

Maria Caterina Amorosi
Matricola 1283425

Tutores
Prof. Gaetano Azzariti
Prof.ssa Elisa Olivito

A.A. 2019/2020

All'ospite indesiderato che quattro anni fa ha bussato alla mia testa.
A chi in quel momento mi ha tenuto per mano.
E a me, che non l'ho lasciato entrare.

L'ORDINE PUBBLICO E LE TUTELE COSTITUZIONALI

CAPITOLO I: L'ordine pubblico e le sue evoluzioni

1. I diversi tipi di ordine pubblico: prospettiva di teoria generale
2. Le componenti tradizionali
 - 2.1. Allargamento progressivo delle componenti tradizionali
 - 2.1.1. *L'ordine estetico*
 - 2.1.2. *L'ordine morale*
 - 2.1.3. *L'ordine economico*
 - 2.1.4. *L'ordine politico*
3. Le divergenze in dottrina e i relativi “*ordres publics*”: il caso francese e l'esperienza italiana
 - 3.1. I tentativi di *reductio ad unum*: un ordine pubblico politico, sociale o giuridico?
 - 3.2. Il ruolo, lo scopo e il senso dell'ordine pubblico: i diversi approcci e alcune recenti evoluzioni (cenni)
4. Un precario equilibrio fra ordine materiale e ordine immateriale

CAPITOLO II: L'ordine pubblico nell'ordinamento italiano: dallo Stato liberale alla Costituzione

1. Cenni storici: l'evoluzione dell'ordine pubblico nello Stato liberale e nell'Italia fascista
2. La Costituzione e l'ordine pubblico: a) il dibattito in Assemblea costituente
 - 2.1. Segue: b) l'ordine pubblico all'interno della nuova cornice costituzionale
3. La riforma costituzionale del 2001 e l'ingresso dell'“ordine pubblico” in Costituzione

CAPITOLO III: Le tutele costituzionali: su alcuni (problematici) bilanciamenti fra l'ordine pubblico e i limiti alle libertà

1. La libertà e il potere. Breve premessa.
2. La libertà personale. Art. 13, I e II comma: i confini dell'oggetto, l'ampiezza del contenuto
 - 2.1. Il terzo comma dell'art.13 e la questione dei “casi eccezionali di necessità ed urgenza”: a) il fermo e l'arresto in flagranza
 - 2.2. Segue: b) Le misure di prevenzione
3. La libertà di circolazione e soggiorno: a) l'intricato rapporto con l'art. 13 e l'“effetto deviante” delle misure di prevenzione
 - 3.1. Segue b): le problematiche interpretazioni della locuzione “in via generale” e del limite della sanità e della sicurezza

4. L'articolo 17 e la libertà di riunione

5. L'articolo 21 e la libertà di manifestazione del pensiero: il limite del buon costume

5.1. I reati di opinione e l'eterno ritorno dell'ordine pubblico

5.1.2. Su alcune recenti vicende della libertà di manifestazione del pensiero: riflessioni conclusive

CAPITOLO IV: Le recenti evoluzioni dell'ordine pubblico: l'emergenza e la declinazione in senso ideale della sicurezza

1. Gli anni Settanta: la violenza politica e la nascita del paradigma emergenziale

1.1. La legge Reale e la successiva legislazione d'emergenza: consolidamento di un metodo di governo

1.2. Il ruolo della Corte costituzionale

1.2.1. La sentenza n. 15 del 1982 e le diverse interpretazioni della dottrina

2. Le odierne "emergenze": la sicurezza e l'immigrazione

3. Il "Pacchetto sicurezza" del 2008/2009: a) le misure relative all'immigrazione irregolare

3.1. b) La costruzione della "sicurezza partecipata": ordinanze sindacali e "ronde"

4. I "decreti-legge Minniti": a) le novità introdotte in materia di prevenzione internazionale e immigrazione

4.1. b) Il decreto legge n. 15 del 2017 e le misure relative alla sicurezza delle città

5. Le recenti novità in materia di sicurezza e immigrazione: a) il decreto legge n. 113 del 2018

5.1. b) il decreto legge n. 53 del 2019 (c.d. decreto "sicurezza-bis")

INTRODUZIONE

L'ordine pubblico pone fin dalla nascita degli stati-nazione importanti interrogativi circa il portato, la natura e lo scopo del suo fondamento. Si tratta di un concetto composito, sfaccettato, vago, i cui confini sono difficili da definire e la cui natura è così complessa da far sembrare l'ordine pubblico un «soggetto temerario» o, addirittura, «un supplizio per l'intelligenza»¹. Un termine ambiguo, strettamente connesso alle circostanze, storicamente variabili, delle diverse esperienze giuridico-organizzative in cui viene utilizzato² ed al conseguente differente rapporto che si delinea fra la libertà e l'autorità.

In questo senso, definire l'ordine pubblico potrebbe rivelarsi pericoloso, dal momento che, essendo tale nozione espressione dell'epoca, del luogo e delle circostanze in cui è invocata, codificarla all'interno di una precipua definizione significherebbe cristallizzarla all'interno di equilibri politico-sociali, economici, morali, religiosi dominanti in un dato momento storico, facendo dell'ordine pubblico uno «strumento di omogeneità autoritaria»³ utilizzabile a prescindere dal contesto socio-politico di riferimento.

D'altro canto, però, rinunciare all'analisi ed alla riflessione su questo concetto appare altrettanto rischioso perché significherebbe confinare l'ordine pubblico fra quelle nozioni misteriose che costituiscono «une sorte de catégorie innommée»⁴ e spianerebbe la strada ad una deriva autoritaria del rapporto autorità-libertà.

Proprio nell'ottica di evitare tali derive, la dottrina ha dedicato negli anni particolare attenzione allo studio del concetto di ordine pubblico, nozione tanto vaga quanto fondamentale, ago della bilancia nel rapporto autorità-libertà e le cui evoluzioni rappresentano la cartina di tornasole della coesione sociale e del rapporto rappresentante-rappresentato.

Ma, nonostante i numerosi sforzi nel tentativo di delineare i confini di tale nozione e di configurare una possibile *reductio ad unum* delle sue differenti declinazioni individuandone quantomeno le sue componenti essenziali, il suo «noyau central»⁵, l'unica caratteristica dell'ordine pubblico unitariamente sottolineata dalla dottrina è l'essenza prettamente dinamica ed evolutiva della nozione in esame che, data la sua natura circostanziale e fluida, muta forma e dimensioni in base alle trasformazioni del diritto e della concezione di Stato.

Ad ogni modo, bisogna evidenziare che anche il carattere estremamente variabile della nozione di

¹ J. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Reims, 1953, p. 3.

² Cfr. G. ZANOBINI, *Ordine pubblico*, in *Enc. it.*, vol. XXV, Roma, 1953, p. 465; G. PANZA, *Ordine pubblico, I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 6.

³ A. PLANTEY, *Définition et principes de l'ordre public*, in R. Polin, *L'ordre public: actes du colloque, Paris 22 et 23 mars 1995*, PUF, Paris, 1996, p. 27.

⁴ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1962, p. 247.

⁵ F. TERRÉ, *Rapport introductif*, in F. TERRÉ (a cura di), *L'ordre public à la fin du XX siècle*, Dalloz, Paris, 1996, p. 3.

ordine pubblico appare potenzialmente pericoloso per l'esercizio delle libertà fondamentali: una definizione meno "evanescente" del lemma in esame, forse, permetterebbe di circoscrivere meglio non tanto i comportamenti umani vietati, quanto piuttosto le decisioni che l'autorità pubblica può prendere per ragioni di tutela dell'ordine pubblico.

È da questo crinale che muove la mia riflessione: nel considerare ugualmente rischioso sia la cristallizzazione dell'ordine pubblico all'interno di una (necessariamente) stretta definizione, sia l'abbandono di tale nozione alla discrezionalità ed all'arbitrio del potere (di cui costituisce fondamenta e condizioni di esercizio⁶), ho ritenuto necessario ripartire dalla centralità del rapporto fra tale nozione e la Costituzione, dal momento che tanto più la nozione di ordine pubblico è fluida, tanto più è necessario che sia limitata dall'ordinamento giuridico e, segnatamente, dalla Costituzione.

Di conseguenza, ho ritenuto opportuno preliminarmente approcciare la riflessione sull'ordine pubblico partendo da una prospettiva di teoria generale, "sezionando" il lemma "ordine pubblico" nel tentativo di tratteggiare il quadro che emerge dalle ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza sul punto⁷.

Vi sono, infatti, diverse interpretazioni che corrispondono a diverse visioni in merito allo scopo, al ruolo, al fondamento dell'ordine pubblico, in base alle quali quest'ultimo viene a coincidere di volta in volta o con ciò che emerge dalla lettura congiunta del sistema legislativo con la coscienza sociale⁸, o con l'intero ordine giuridico⁹, o, ancora, solo con i principi desumibili dalla Costituzione¹⁰.

Nell'intento di problematizzare le dinamiche evolutive della nozione di ordine pubblico, la riflessione si snoda a partire dalla considerazione dell'ordine pubblico come il punto di intersezione fra la curva dei diritti e la retta delle condizioni materiali e giuridiche poste alla base dell'ordinamento di volta in volta vigente; le problematiche relative a tale nozione derivano, dunque, dagli infiniti punti di equilibrio esistenti fra queste due linee, variabili a seconda dell'interpretazione dell'ordine pubblico che si adotta all'interno dell'ordinamento. Il mantenimento del punto di equilibrio fra queste due rette si esprime attraverso l'adozione di interpretazioni giurisprudenziali e di politiche legislative differenti e differentemente repressive, in quanto sono diretta conseguenza di una diversa concezione del ruolo e dello scopo che si vuole attribuire all'ordine pubblico.

Lo studio parte dall'analisi di quelle che sono considerate le componenti tradizionali della nozione in esame che possono essere individuate nella sicurezza, nella sanità e nella tranquillità (il c.d. "trittico tradizionale").

⁶ Cfr. A. PLANTEY, *op. cit.*, p. 28.

⁷ A tal proposito, si è dimostrato particolarmente ricco e interessante il dibattito francese sul punto: le diverse interpretazioni della dottrina e il dialogo fra quest'ultima e la giurisprudenza sono oggetto di riflessione nel I capitolo.

⁸ Cfr. A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 3.

⁹ Cfr. fra gli altri, P. BERNARD, *op. cit.*, pp. 49, 90, 277; G. BURDEAU, *Manuel de Droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, Paris, 1948, pp. 37, 55.

¹⁰ Cfr. V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1956, p. 71.

Si tratta, però, di componenti che, nonostante la loro accezione materiale, lasciano ampio spazio alla valutazione soggettiva delle situazioni di pericolo per l'ordine pubblico compiuta dalle autorità amministrative. Ed è proprio nell'allargamento progressivo di queste componenti tradizionali (in particolare della sicurezza) che si può leggere la chiave per l'introduzione delle componenti immateriali all'interno della nozione di ordine pubblico: una sorta di preludio all'ordine pubblico ideale. I "nuovi" vettori dell'ordine pubblico, che spostano i confini di questa nozione su altri e (sembra) più scivolosi terreni, possono essere individuati nell'ordine pubblico estetico, morale, politico¹¹, economico, nozioni originate in alcuni casi dalla elaborazione dottrinale, in altri dall'interpretazione giurisprudenziale e in altri ancora dalla convergenza di entrambe. Da qui derivano diverse declinazioni dell'ordine pubblico, cui corrispondono differenti indicazioni dei possibili contenuti di tale nozione, del ruolo e dello scopo che ricopre all'interno dell'ordinamento: una varietà di interpretazioni tale da spingere una parte della dottrina a parlare di *ordres publics*¹² invece che di ordine pubblico.

Tra le numerose teorie prospettate, la sistematizzazione più fortunata della nozione di "ordine pubblico" sembra rinvenirsi nella teorizzazione di una divisione fra l'ordine pubblico materiale (o esteriore) ed un ordine pubblico immateriale (o ideale).

L'ordine pubblico materiale, secondo la definizione di Maurice Hauriou, si identifica con l'«*ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait opposé au désordre, état de paix opposé à l'état de trouble*». Si tratta de "l'ordre dans la rue", cioè dello stato di pace sociale tangibile e concreto che comporta la necessità di prevenire gli attentati alla sicurezza, alla salubrità e alla tranquillità pubblica (cioè a quelle che sono state identificate come le componenti della trilogia tradizionale) cui si aggiunge l'obiettivo del mantenimento del "bon ordre", nozione che ingloba e allarga il "trittico tradizionale" aprendo le porte all'ordine pubblico immateriale.

Quest'ultimo, invece, comprende, a seconda delle differenti interpretazioni, la morale, i costumi, gli obiettivi economici o i valori e i principi considerati fondamentali per le odierne democrazie, arrivando in alcuni casi ad identificarsi anche con il complesso di principi etici e sociali su cui si basa la convivenza civile e la pace sociale¹³; o, ancora, con gli ordinamenti economico-politici costituiti o, meglio, con determinati principi politici ritenuti indispensabili per la sopravvivenza

¹¹ D'altro canto il potere politico e l'ordine pubblico sembrano essere uniti da un legame ancestrale, legame per alcuni così palese e profondo da essere sufficiente a distinguere l'ordine pubblico da altre nozioni/limiti ad esso potenzialmente assimilabili. Ad esempio, legge, buon costume ed ordine pubblico rappresenterebbero sì dei limiti, ma molto differenti tra loro, dal momento che i primi due hanno, rispettivamente, natura giuridica e natura etica, mentre l'ordine pubblico si differenzerebbe in quanto limite di «*carattere politico* assoluto ed inderogabile». Così A. GROPPALI, *Sul concetto di ordine pubblico*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I: *Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1940, p. 76, corsivo aggiunto.

¹² M. J. REDOR (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi et vendredi 12 mai 2000, Nemesis, Bruxelles, 2001.

¹³ Cfr. P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1951, p. 21.

dell'ordinamento¹⁴. Si tratta di possibili evoluzioni dell'ordine pubblico ideale funzionali alla tenuta di alcuni ordinamenti che, o perché ideologicamente orientati, o perché in fase di crisi economico-sociale, hanno bisogno di difendersi riparandosi dietro la trincea dell'ordine pubblico immateriale, concetto che funge in questi casi da «norma di chiusura, [da] valvola di sicurezza»¹⁵.

L'analisi prosegue nel II capitolo con una breve ricostruzione storica che, dopo alcuni cenni in merito al ruolo occupato dall'ordine pubblico nello Stato liberale e nell'Italia fascista, si sofferma principalmente sulle discussioni che hanno animato le sedute dell'Assemblea costituente circa l'opportunità o meno dell'inserimento del lemma “ordine pubblico” nel testo della Costituzione. Dibattito interessante dal quale si evince il motivo delle reticenze del Costituente ad introdurre nel dettato costituzionale un concetto eccessivamente vago come l'ordine pubblico, preferendo esplicitarlo attraverso il richiamo alle sue componenti tradizionali (sicurezza, sanità, buon costume)¹⁶.

Particolarmente rilevanti ed attuali appaiono alcuni interventi con cui si intendeva controbattere agli iniziali progetti presentati alla I Sottocommissione per la Costituzione da Giorgio La Pira e da Giuseppe Dossetti in cui compariva il lemma ordine pubblico come limite alla libertà di circolazione e di domicilio e alla libertà di manifestazione del pensiero. Ad esempio, Palmiro Togliatti, osservò che la formulazione proposta (relativa alla libertà di domicilio) – “o altri casi eccezionali, tassativamente regolati dalle leggi, per necessità di ordine pubblico” – si sarebbe tradotta in una «tale ampiezza nella quale tutto può rientrare»¹⁷, dal momento che, in quel modo, sarebbe divenuto possibile per una legge contraddire la Costituzione per motivi di ordine pubblico¹⁸.

In sintesi, il richiamo all'ordine pubblico rintracciabile nei progetti inizialmente presentati alla I Sottocommissione si rivelava un richiamo debole, il cui inserimento, probabilmente, non convinceva fermamente nemmeno gli stessi proponenti. Sembra che si possa arrivare a tali conclusioni non solo in considerazione della difesa sottotono delle formulazioni contenute nell'ordine pubblico che caratterizzò il dibattito, ma anche in base alla previsione all'interno delle relazioni di La Pira e di Dossetti del *diritto di resistenza all'oppressione* nei confronti dei possibili abusi del potere: una simile disposizione può lasciar immaginare una certa paura dei proponenti circa i possibili scenari che l'uso-

¹⁴ Cfr. G. ZANOBINI, *Ordine pubblico*, in *Encicl. Ital.*, Roma, Istituto Treccani, 1935, XXV, p. 463.

¹⁵ C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 138.

¹⁶ Bisogna precisare che il lemma “ordine pubblico”, in seguito alle modifiche apportate dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, viene richiamato dall'art. 117, co. 2 lett. h), tramite il quale si inserisce nel nostro testo costituzionale, fra le materie in cui lo Stato ha legislazione esclusiva, “l'ordine pubblico e la sicurezza”.

¹⁷ Come riportato nel resoconto stenografico della discussione del 19 settembre del 1946 consultabile al sito della camera dei Deputati, sezione “Archivio storico” (archivio.camera.it), p. 78.

¹⁸ *Contra*, Aldo Moro, sosteneva l'opportunità di «un accenno all'ordine pubblico o a qualche cosa di analogo»¹⁸ e, in seconda battuta, proponeva che venisse espressamente vietata l'introduzione di limitazioni alla libertà di circolazione per motivi di carattere politico, sostenendo che in questo modo la locuzione “ordine pubblico” sarebbe stata più chiara e avrebbe assunto la funzione di tutela di fronte alla delinquenza comune ma non per motivi politici. A questo replicava Concetto Marchesi con parole che ancora oggi suonano estremamente attuali: dichiarò infatti che avrebbe accettato la proposta dell'onorevole Moro se non fosse stato consapevole «per lunghissima esperienza, che ad un certo punto l'avversario politico diventa un delinquente comune e quindi la legge lo colpisce come tale».

abuso dell'ordine pubblico da parte del legislatore poteva aprire. Sembra, cioè, che nella costruzione dei costituenti, l'inserimento dell'ordine pubblico come limite all'esercizio delle libertà fondamentali venisse controbilanciato tramite l'espressa garanzia di una tutela dai potenziali abusi del potere (diritto di resistenza all'oppressione) che l'inserimento di quel limite poteva provocare (*simul stabunt vel simul cadent*).

L'abbandono dell'espressione "ordine pubblico" e la preferenza verso un richiamo esplicito delle componenti materiali di tale nozione sono scelte che gran parte della dottrina¹⁹ ha interpretato come conferma del carattere materiale da attribuire all'operare del criterio dell'ordine pubblico nel nostro ordinamento costituzionale, all'interno del quale non dovrebbe esserci spazio né per un allargamento delle componenti tradizionali, né per l'ammissione di componenti maggiormente generiche e più facilmente strumentalizzabili, come quelle che hanno caratterizzato l'ordinamento liberale e fascista.

Nonostante il dato testuale, però, si deve osservare che l'operare del criterio dell'ordine pubblico come limite alle libertà è da sempre in bilico fra un'accezione materiale ed una immateriale di tale nozione; tendenza, quest'ultima, alimentata da un'"ondeggiante" giurisprudenza costituzionale in materia che ammette – anche se a volte con sentenze-monito o tramite un'apertura solo parziale delle componenti tradizionali – una declinazione ideale dell'ordine pubblico.

L'apertura verso tale interpretazione emerge, in particolare, da quelle decisioni della Corte costituzionale in cui il riferimento all'ordine pubblico è stato esteso ad ogni libertà, al di fuori degli espressi richiami costituzionali e ha assunto le vesti di limite generale per tutti i diritti garantiti in Costituzione²⁰: orientamento che si manifesta già a partire dalle sent. nn. 1/1956 e 19/1962, nelle quali l'ordine pubblico coincide con la tranquillità pubblica e con l'ordine legale su cui si basa la civile convivenza.

In particolare, nella sentenza n. 19 del 1962 la Corte afferma che «la tutela costituzionale dei diritti ha sempre un limite insuperabile nell'esigenza che attraverso l'esercizio di essi non vengano sacrificati beni, ugualmente garantiti dalla costituzione. Il che tanto più vale, quando si tratti di beni che – come l'ordine pubblico – sono patrimonio dell'intera collettività»²¹.

In sintesi, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria sono concordi nell'ammettere la doppia dimensione dell'ordine pubblico: quest'ultimo, cioè, verrebbe a coincidere ad un tempo con l'ordine materiale (o esteriore) e con il "*bon ordre moral*" (o "*moralité publique*"), con la conseguenza che «a parole si potrà anche dire che il limite dell'ordine pubblico è solo materiale: di fatto esso sarà

¹⁹ A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico*, 1963; ID., *Libertà e sicurezza Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e Società*, n. 2/2013; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, *Enc. Dir.*, XXIV, p. 476; V. GREVI, *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, in *Il Politico*, 1976.

²⁰ Secondo la critica di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 191 ss.

²¹ Sent. n. 19 del 1962, punto 4 del *Considerato in diritto*.

“materiale” nel senso e per ciò che vorranno le disposizioni legislative ispirate ai principi politici imperanti. Sarà (...) un limite “giuridicamente o politicamente materiale”»²².

Al netto delle ricostruzioni delle problematiche relative all’ordine pubblico operate nei primi due capitoli della tesi, dunque, rimane un problema di fondo: l’ordine pubblico è un principio, un interesse generale dell’ordinamento, un concetto indeterminato ovvero storicamente variabile? A mio avviso, nessuna di queste definizioni risulta essere pienamente soddisfacente. Probabilmente, il sintagma che meglio sembra rispondere alle diverse possibili “anime” dell’ordine pubblico è quello di paradigma: un paradigma di governo attraverso il quale gestire il rispetto dell’ordinamento e che operi a livello costituzionale così come nel diritto civile, internazionale, amministrativo e penale. Un paradigma sufficientemente plasmabile a seconda degli equilibri dominanti e in base al quale coniugare di volta in volta il rapporto autorità-libertà.

Dunque, il tentativo è quello di ricostruire le vicende dell’ordine pubblico a partire da questa prospettiva per capire, vedendo nell’ordine pubblico una “valvola di sistema” volta a far “sfiatare” le potenziali bolle di disordine, cosa faccia “saltare” questa valvola, cosa determini la scelta fra una chiusura molto stretta di quest’ultima (che si riscontra nell’accezione ideale dell’ordine pubblico) ed una meno serrata (che si associa alla declinazione materiale dell’ordine pubblico).

Per far questo, nel capitolo III, ho ritenuto opportuno analizzare l’altro elemento che viene in gioco nel rapporto autorità *versus* libertà, ovvero i diritti, necessari “litisconsorti” in un’indagine sull’ordine pubblico, strumento paradigmatico di esercizio del potere o, con altre e più chiare parole, «variabile istituzionale da cui dipende il suo [della libertà] trattamento»²³.

La riflessione si concentra sugli articoli della Costituzione che sembrano maggiormente coinvolti nelle vicende dell’ordine pubblico, ovvero l’art. 13, l’art. 16, l’art. 17 e l’art. 21: nessuno di questi articoli contempla un esplicito riferimento alla nozione in esame, ma nelle loro formulazioni sono presenti dei richiami alle componenti tradizionali di questa (ad esclusione dell’art. 13 Cost., di cui, però, non si può non riconoscere il peso specifico all’interno di un’indagine sull’ordine pubblico).

In particolare, ritroviamo la sanità e la sicurezza come limiti all’esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno (art. 16), la sicurezza e l’incolumità pubblica come limite alla libertà di riunione (art. 17) e il buon costume come limite alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21). Queste componenti costituiscono i diversi “gradi” di apertura della “valvola” ordine pubblico e dovrebbero essere sufficientemente modulabili in modo da permettere al potere pubblico di costruire e regolare la propria tolleranza al disordine e al conflitto, considerandoli legittimi fino a quando non

²² A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 115/116.

²³ Espressione traslata dalle riflessioni di G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. del Dir.*, XXIV, Giuffrè ed., 1974, p. 277.

assumono le dimensioni estreme della minaccia concreta ed attuale all'esistenza stessa della maggioranza e/o dell'assetto dei poteri in quel momento vigente.

In questo senso, dovrebbero contribuire alla definizione di un paradigma governativo in cui l'ordine pubblico si concretizza e opera come limite solo in *extrema ratio*. Il problema è che, analizzando le tendenze legislative, le divergenti interpretazioni dottrinali e gli orientamenti giurisprudenziali relativi agli articoli summenzionati, si rileva un'attitudine pressoché costante ad anticipare la soglia di questa *extrema ratio* fino a ricomprendere anche minacce assolutamente prive dei caratteri della attualità e concretezza e che, piuttosto, sembrerebbero viaggiare sui binari – legittimi – della potenzialità.

In effetti, ciò che si osserva ricostruendo l'evoluzione all'interno dell'ordinamento delle libertà oggetto di studio, è un progressivo restringersi della loro garanzia attuato tramite una nuova declinazione in senso immateriale della sicurezza, componente inizialmente materiale dell'ordine pubblico, ma che diviene grimaldello, come risulta in modo più chiaro dalle recenti tendenze legislative, per la declinazione in senso ideale dell'ordine pubblico.

Nell'ultimo capitolo, dunque, mi concentro, partendo dagli anni Settanta fino ad arrivare ai provvedimenti più recenti in materia di sicurezza, su alcuni passaggi indicativi, a mio avviso, delle evoluzioni dell'ordine pubblico.

Gli anni Settanta rappresentano un punto nodale in un'analisi sull'ordine pubblico, dal momento che, in questo periodo, la crisi economica e politica ha portato l'ordine pubblico al centro del dibattito facendone la base "ideologica" della futura legislazione, quella che fra il 1978 ed il 1982 decreterà la definitiva adozione dell'emergenza come metodo di governo.

Le leggi di "emergenza" incisero sensibilmente sullo Stato di diritto²⁴, dal momento che con esse vennero considerate non solo accettabili, ma necessarie le sospensioni delle libertà sancite in Costituzione, adottando una politica legislativa che, successivamente, risultò funzionale all'introduzione di nuove forme di coercizione, di controllo sociale e di prevenzione e gestione delle "devianze" e degli antagonismi. Si pensi alla legge sull'ordine pubblico del 1975 (la c.d. legge Reale, l. n. 152/1975), ai decreti legge antiterrorismo (d.l. n. 59/1978 e d.l. n. 625/1979) ed ancora alla legge sui pentiti del 1982 (l. n. 304/1982): provvedimenti con cui si passa dalla politica penale alla mera politica penale dell'ordine pubblico.

Con questa espressione si intende far riferimento a quella politica volta a tutelare, non tutti gli interessi significativi di un determinato contesto sociale, ma quelli propri dei «gangli essenziali del potere» delle classi dominanti, spesso «camuffati sotto la formula dell'ordine pubblico

²⁴ Cfr. C. BERMANI, *Il nemico interno*, Odradek, Roma, 2003, p. 327-331.

costituzionale»²⁵. La conseguenza di tali scelte è, ovviamente, il sacrificio dei diritti individuali sull'altare dell'ordine pubblico, sacrificio che, seppur giustificato come eccezionale e transitorio, storicamente ha comportato significativi riflessi sulla politica penale generale, assestandosi e diventando permanente.

La Corte costituzionale aveva subordinato la declaratoria di costituzionalità delle leggi dell'emergenza che erano state sottoposte al suo vaglio alla provvisorietà delle loro disposizioni, precisando che, sebbene davanti ad una situazione di emergenza il Parlamento ed il Governo avessero «non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere», l'emergenza fosse da considerare una condizione sì «anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea [le cui] misure insolite (...) perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo».

Tuttavia, gli indirizzi così indicati dalla Corte sono stati disattesi dal legislatore che, tramite proroghe giustificate con continui richiami alla necessità, ai rischi ed alle crisi sociali o politiche, ha reso perpetua l'originaria temporaneità e ha consolidato il paradigma emergenziale come metodo nelle scelte del legislatore penale.

In questo modo, anche se all'interno di un quadro sociale e politico sensibilmente diverso, alcuni elementi caratterizzanti la legislazione dell'ordine pubblico degli anni Settanta si ritrovano negli anni Duemila. Ciò emerge in modo sufficientemente esplicito dalle politiche legislative relative alle “nuove emergenze”: sicurezza (criminalità organizzata, mafia, conflitto sociale) e immigrazione, fenomeni politico-sociali in realtà assolutamente disomogenei fra loro, ma che da anni nel nostro ordinamento vengono affrontati congiuntamente. Si tratta di problematiche eterogenee, con radici socio-economiche profondamente differenti e che, invece, sono indistintamente identificate come “problemi di sicurezza pubblica”.

Chiara esempio di tale tendenza sono interventi normativi come il c.d. “Pacchetto sicurezza” del 2008/2009, i decreti-legge nn. 13 e 14 del 2017 (c.d. decreti Minniti), i decreti-legge n. 132 del 2018 e n. 53 del 2019. Si tratta di disposizioni che, con intensità diverse, esprimono l'adesione ad una comune politica legislativa: quella (emergenziale, appunto) che si basa sulla declinazione in senso ideale della sicurezza, componente (inizialmente materiale) dell'ordine pubblico.

A seguito dell'analisi delle novità più rilevanti in materia di immigrazione e di sicurezza urbana introdotte con tali provvedimenti²⁶, si ha la sensazione che con l'adozione di tali politiche legislative

²⁵ Cfr. F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Questione criminale*, 1975, p. 221 ss.

²⁶ In particolare, l'analisi si soffermerà: relativamente al “Pacchetto sicurezza” del 2008/2009, sull'introduzione dell'aggravante di clandestinità (poi dichiarata incostituzionale con la sent. n. 249 del 2010), del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, sul riconoscimento ai sindaci di un nuovo potere di ordinanza in materia di sicurezza urbana e sulla costituzione delle cc.dd. “ronde”; per quanto riguarda i “decreti Minniti”, invece, sulla nuova disciplina del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale e sulle disposizioni relative al “decoro urbano” (segnatamente, sull'introduzione del DASPO urbano); in merito ai “decreti Salvini”, sull'abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari e, in generale, sulle principali novità introdotte in materia di immigrazione (ad esempio, il potere conferito al Ministro dell'Interno di emanare provvedimenti volti a limitare o vietare

in materia di diritti fondamentali, si siano volute costruire, dagli anni Settanta in poi, delle libertà “educate”, disciplinate secondo le regole di un ordine pubblico rispondente ai principi economico-politici dominanti, e, in questo senso, ad un ordine pubblico ideale.

Attraverso la nuova declinazione di una delle componenti tradizionali dell’ordine pubblico (la sicurezza), nell’incapacità di combattere le fragilità sociali tramite una politica volta alla sicurezza dei diritti, si è giunti alla costruzione di un “diritto alla sicurezza”²⁷; diritto che per potersi “fortificare” deve cercare la sua ragione nella (attuale, potenziale, strumentale che sia) emergenza per l’ordine pubblico.

In sintesi, negli anni l’ordine pubblico, per meglio adattarsi ai mutamenti sociali e alle contingenze politiche, si è collocato al confine fra la dimensione materiale e quella immateriale, fino a raggiungere, negli ultimi tempi, una (preoccupante) rinnovata forza, essendo utilizzato dal legislatore non solo per difendere il superiore interesse generale, ma anche per formalizzare dei compromessi sociali o proteggere degli interessi settoriali²⁸.

Efficacemente è stato affermato²⁹ che l’ordine pubblico costituisce l’insieme dei limiti politici del diritto soggettivo, ma se non si declina tale assunto in senso democratico e pluralista, si reprimono i diritti nell’ottica di una strenua e statica difesa dell’ordine vigente.

Se è vero che è impossibile far rientrare in un quadro esclusivamente giuridico una nozione – come l’ordine pubblico – il cui contenuto è essenzialmente politico³⁰, è anche vero che se non si stabiliscono dei confini giuridici sufficientemente forti, l’ordine pubblico e le sue restrizioni saranno facilmente sottoposte all’arbitrio dei poteri politico-economici dominanti in un dato periodo. Ed in questo modo, l’ordine pubblico potrebbe diventare lo specchio del peso che nella società, in quel preciso momento, posseggono le varie classi sociali e riflettere l’importanza dei corrispettivi interessi, venendo a coincidere con l’idea di normalità e di ordine e con i valori espressi dalle classi e dai poteri di volta in volta dominanti.

Invece, provare a tratteggiare dei confini giuridici di questa nozione ed ancorarli saldamente ai principi sanciti in Costituzione, probabilmente sarebbe la strada giusta per raggiungere l’obiettivo principale dell’ordine pubblico nella sua declinazione democratica: l’esercizio dei diritti di libertà di tutti, la realizzazione ed il mantenimento dei diritti sociali per tutti.

l’ingresso di navi nelle acque territoriali italiane per motivi di ordine pubblico) e, infine, sulla penalizzazione del reato di blocco stradale e sulle altre novità in materia di sicurezza e ordine pubblico, compresa l’introduzione di specifiche aggravanti per i reati commessi in occasione di manifestazioni pubbliche o in luogo aperto al pubblico.

²⁷ Per un’analisi critica del passaggio dalla sicurezza dei diritti alla formulazione del “diritto alla sicurezza”, si veda A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. Palma, S. Anastasia (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 21.

²⁸ Cfr A. Plantey, op. cit., p. 32.

²⁹ A. Levi, *Ordine giuridico ed ordine pubblico*, Congresso internazionale di filosofia, Bologna, 6-11 aprile 1911, in *Rivista di filosofia*, ed. A. F. Formigini, Modena, 1911, p. 18.

³⁰ Come sosteneva già T. H. Healy, *Théorie générale de l’ordre public*, in *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 9, Parigi, Librairie Hachette, 1926.

CAPITOLO I: L'ordine pubblico e le sue evoluzioni

1. I diversi tipi di ordine pubblico: prospettive di teoria generale

L'ordine pubblico è oggetto di analisi fin dalla nascita degli stati-nazione, interrogando i giuristi di tutte le epoche e delle diverse branche del diritto sulla portata della sua nozione, sulle sue possibili componenti e declinazioni e sulla natura, sulla radice stessa del suo fondamento. Interrogativi così profondi che hanno portato la riflessione sull'ordine pubblico a sorpassare gli stretti confini del giuridico, essendo quest'ultimo un concetto alla base dell'intera vita sociale che richiama nella sua analisi una prospettiva filosofica, sociologica e, soprattutto, politica.

Mentre l'approccio filosofico alla questione è insidioso, dal momento che si tratta di un concetto che dovrebbe esprimere la realtà per come dovrebbe essere, la stessa difficoltà non si dovrebbe palesare, a rigor di logica, nel campo del diritto, dal momento che qui la nozione in esame dovrebbe essere delineata dalle disposizioni legislative che la richiamano¹.

In realtà, anche qui sembrano esserci le difficoltà potenzialmente riscontrabili in filosofia, dal momento che l'ordine pubblico appare connesso all'idea stessa del diritto, essendo legato ai principi fondamentali vigenti all'interno di una società in un dato momento storico: è il punto di incrocio fra le diverse teorie politiche, giuridiche e filosofiche sulle libertà e sulle tensioni fra queste ultime e l'autorità. Si è detto, infatti, che porsi la questione dell'ordine pubblico significa esaminare le fondamenta e le condizioni di esercizio del potere².

Tuttavia, essendo evidentemente difficile tracciare un quadro completo della questione che analizzi in maniera esaustiva tutte le differenti "anime" dell'ordine pubblico (giuridica, morale, filosofica), in questa sede appare opportuno limitare lo studio del concetto alla nozione giuridica di quest'ultimo, in particolare in relazione alle libertà e ai diritti fondamentali della persona, soffermandoci solo brevemente su quelle componenti extra-giuridiche (politiche, morali, sociali) che intersecano il piano giuridico.

L'attenzione che la dottrina ha negli anni dedicato al concetto di ordine pubblico si spiega con la volontà di contribuire all'elaborazione di una nozione fondamentale, ago della bilancia nel rapporto autorità-libertà, le cui evoluzioni rappresentano la cartina di tornasole della coesione sociale e del rapporto rappresentante-rappresentato, nel tentativo di darne una definizione o, quantomeno, di delinearne le componenti, le radici, il ruolo all'interno dell'ordinamento.

¹ Cfr. A. GROPPALI, *Sul concetto di ordine pubblico*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I: *Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1940, p. 73.

² Così A. PLANTEY, *Définition et principes de l'ordre public*, in R. POLIN (a cura di), *L'ordre public*, PUF, 1996, p. 29.

Ma, nonostante i numerosi sforzi nel tentativo di fornire una definizione omogenea, quantomeno nelle sue componenti essenziali, l'unica caratteristica dell'ordine pubblico unitariamente sottolineata dalla dottrina è la natura prettamente dinamica ed evolutiva della nozione in esame³: le sue possibili declinazioni restano infatti fondamentalmente legate alle circostanze fattuali, alle esigenze dell'epoca e del luogo in cui l'ordine pubblico è invocato e, allo stesso tempo, all'ambiente politico, morale e religioso dominante in un dato momento. Questo carattere contingente lega, dunque, l'ordine pubblico ai fatti, dall'osservazione dei quali deriva l'intensità della domanda d'ordine richiesta in un determinato periodo, assumendo, conseguentemente, declinazioni diverse a seconda delle circostanze: carattere contingente che si traduce in un aspetto evolutivo dell'ordine pubblico, che ha mutato forma e dimensioni in base alle trasformazioni del diritto e della concezione di Stato.

Non solo. A questo elemento di difficoltà nella ricerca di una definizione di ordine pubblico, si deve aggiungere che la nozione in esame appare ontologicamente animata da differenti nature (probabilmente irriducibili *ad unum*), sia perché "fluttuante" relativamente alle mutevoli contingenze socio-politiche, sia perché caratterizzata da diverse e contrapposte esigenze (comprendendo in sé elementi essenzialmente restrittivi dei diritti ed altri volti invece alla protezione degli stessi), sia perché variabile a seconda dei distinti ambiti di applicazione.

In effetti, oltre al carattere contingente e dinamico sottolineato da più parti, ciò che appare evidente come peculiarità della nozione in esame è la variabilità – forse impossibile da sintetizzare – di contenuti, i quali rispondono ad una *ratio* politico-giuridica differente a seconda della materia e che modificano, di volta in volta, anche i "confini" dell'ordine pubblico⁴: così abbiamo un ordine pubblico internazionale, interno, pubblico, civile, penale o amministrativo, declinazioni distinte di una stessa locuzione di cui unico comun denominatore sembra essere il riferimento ad un insieme di principi ritenuti a certi fini inderogabili.

Quando, però, si va a ricercare la fonte di questi principi, la dottrina si divide nuovamente e si discute se debbano essere ricavati per astrazione dal sistema legislativo o essere desunti dalla "lettura" congiunta di questo sistema con la coscienza sociale⁵, o ancora coincidere con l'intero ordine giuridico⁶ o solo con i principi desumibili dalla Costituzione⁷: differenti correnti che rispondono,

³ Cfr. fra gli altri, P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1962, «(...) nous avons été conduit par une idée directrice profonde: en effet, il nous a semblé que c'était atrophier la notion dynamique d'ordre public que de la limiter à ce rôle d'obstacle (...)» p. 5 ss.; A. PLANTEY, *Définition et principes de l'ordre public*, cit., pp. 27 ss.; V. GREVI (*Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, in *Il Politico*, 1976, p. 345) lo definisce come «concetto composito, sfaccettato, di assai difficile riduzione ad un significato unitario, e forse proprio perciò di impiego molto vasto: perché ciascuno può attribuirgli la dimensione che più gli aggrada».

⁴ Cfr. L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965, p. 130.

⁵ Cfr. A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, 1990, p. 3.

⁶ Cfr. fra gli altri, P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, cit., pp. 49, 90, 277; G. BURDEAU, *Manuel de Droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, Paris, 1948, pp. 37, 55.

⁷ Cfr. V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1956, p. 71.

ovviamente, a diverse visioni in merito allo scopo, al ruolo, al fondamento dell'ordine pubblico all'interno del nostro ordinamento.

Si evince una sostanziale impossibilità di tracciare una categoria dai contorni precisi che conduce, di conseguenza, a tentare di elaborare uno strumento flessibile, capace di adattare le regole del diritto alla complessità dei fatti sociali: ne deriva, quindi, una nozione di ordine pubblico relativamente imprecisa e problematica, soprattutto in considerazione dell'attitudine di tale concetto a porsi come strumento di interpretazione e bilanciamento fra le contrapposte esigenze di ordine e di libertà.

Il carattere estremamente variabile della nozione di ordine pubblico appare potenzialmente pericoloso per l'esercizio delle libertà fondamentali: una definizione maggiormente precisa della nozione in esame, forse, permetterebbe di circoscrivere meglio non tanto i comportamenti umani vietati, quanto piuttosto le decisioni che l'autorità pubblica può prendere per ragioni di tutela dell'ordine pubblico.

A complicare ulteriormente una riflessione già tanto articolata, si aggiunge l'osservazione che questa nozione comprende al suo interno non solo i fatti, ma anche la morale: in effetti sembrano confluire al suo interno elementi provenienti dalla morale sociale (volta a perseguire l'obiettivo della pace in una data collettività) ed anche dalla morale privata⁸.

Tuttavia, accettare questo quadro e rinunciare ai tentativi di definizione e alle opportunità di riflessione su questo concetto, sembra molto rischioso: significherebbe confinare l'ordine pubblico fra le nozioni *sui generis*, misteriose, considerarlo come «*une sorte de catégorie innommée*», vicino alla “salute pubblica” o alla “ragione di Stato”⁹, e questo aprirebbe le porte ad una deriva totalitaria nella declinazione del rapporto autorità-libertà.

In una prospettiva di teoria generale, qual è quella che ci si propone ora di abbozzare, può essere molto utile soffermarsi in particolare sull'esperienza francese in materia, che appare ricchissima di riflessioni, anche contrastanti fra loro e caratterizzate da visuali differenti e da approcci eterogenei. Per questo si affiancheranno all'analisi della dottrina e della giurisprudenza italiana (che verrà indagata nel prosieguo di questo lavoro) le riflessioni emergenti dallo studio del dibattito francese sul punto che, soprattutto nei primi anni del Novecento, si è focalizzato sullo studio della teoria generale del concetto in esame.

Per non perdersi nel *mare magnum* in cui naviga a vista questa nozione, sembra opportuno approcciarsi a tale analisi, partendo da quelle che sono considerate le componenti tradizionali della nozione in esame, per poi arrivare a quelle “nuove”, frutto di elaborazioni estensive, e poter così ragionare sulle diverse concezioni dell'ordine pubblico proposte dalla dottrina nel tentativo di

⁸ Sulla componente “morale” dell'ordine pubblico si tornerà più avanti nel testo (cfr. paragrafi 2.1.2.; 4.).

⁹ Cfr. P. BERNARD, *op. cit.*, p. 247.

raggiungere una (forse irraggiungibile) *reductio ad unum* della nozione o di definirne il fondamento, il ruolo e il fine all'interno dell'ordinamento.

2. Le componenti tradizionali

L'ordine pubblico è spesso considerato – come l'interesse generale – uno *standard*, una nozione giuridica dal contenuto variabile che, non essendo definito in Costituzione¹⁰, viene delineato dal legislatore ed ha la caratteristica di avere una base normativa “flessibile”, basata su dei testi scritti che da un lato prestano facilmente il fianco alla possibilità di interpretazioni estensive, ma dall'altro non ingabbiano con formule troppo rigorose la naturale complessità dell'ordine pubblico, nozione “cangiante” a seconda di epoche e circostanze¹¹.

Ci sono però dei termini ricorrenti nelle norme scritte relative all'ordine pubblico che permettono di indicare quelle che sono considerate le componenti tradizionali della nozione in esame.

Partiamo da un testo che in Francia è stato considerato la “base legale” dell'ordine pubblico: la legge 5 aprile 1884 (sui poteri di polizia del sindaco), con la quale vengono fissati gli obiettivi generali della polizia dell'ordine pubblico nella “*sécurité, la tranquillité, la salubrité publique*”, componenti che andranno a formare la “trilogia classica o tradizionale”, oggetto specifico di quello che poi sarà definito dalla dottrina “ordine materiale”¹².

In Italia, parallelamente, possiamo individuare quelle che variamente vengono indicate come le “direzioni” o gli “aspetti tipici” dell'ordine pubblico materiale e che parte della dottrina chiama «componenti immediate»¹³ – distinguendole dalle componenti mediate, elementi propri dell'ordine immateriale – nei concetti di sicurezza, incolumità, sanità, tranquillità: componenti che, come giustamente viene rilevato, costituiscono attribuzioni distinte dell'ordine pubblico, ma non completamente separate perché ognuna può rivelarsi, a seconda dei casi, sub-componente dell'altra¹⁴. Una parte della dottrina identifica l'ordine pubblico con «la somma o la sintesi di tali interessi» e

¹⁰ Né, come noto e come approfondiremo in seguito (cap. II), all'interno della Costituzione italiana, né nel testo costituzionale francese ci sono disposizioni generali volte a stabilire l'esigenza di salvaguardare l'ordine pubblico. Tuttavia, quest'ultimo esprime egualmente un obiettivo di valore costituzionale creato dalle elaborazioni del *Conseil constitutionnel*, come sottolinea A. ROBLOT-TROIZIER, *L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in A. DUBREUIL (a cura di), *L'ordre public. Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne*, ed. CUJAS, 2013, p. 310.

¹¹ Efficaci risultano le parole di C. GUIRAUD (*La Police et l'ordre public*, Bordeaux, Delmas, 1938) secondo cui la «*pure notion d'ordre public*» deve essere cercata nelle sentenze del Consiglio di Stato e nei documenti legislativi e, comunque, non sarà sufficiente stabilirla immutabilmente, ma occorrerà svilupparla adattandola quotidianamente ai «*besoins juridiques nouveaux, issus des conditions nouvelles de la vie publique*», p. 11.

¹² Sull'ordine materiale e sulla sua contrapposizione con l'ordine immateriale o ideale ci si soffermerà maggiormente in seguito (v. *infra*, par. 4).

¹³ C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in ID, *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 127.

¹⁴ Così A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, cit., p. 6 e C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, cit., p. 129-130.

sostiene che questi siano riassunti solo per comodità nel termine “ordine pubblico”, lemma che riesce a tenere insieme tutti questi possibili oggetti e che solo per questo viene preferito alla locuzione “sicurezza pubblica”, concetto (ad avviso di questa dottrina) maggiormente chiarificatore dell’accezione puramente materiale dell’ordine pubblico¹⁵.

Tuttavia, accanto a queste componenti dell’ordine pubblico, la cui classificazione – sebbene sotto “etichette” differenti (tradizionali, immediate, principali) – è ormai assodata, ne sono state individuate anche delle altre, più difficilmente determinabili e quindi maggiormente discrezionali.

In Francia, ad esempio, con il *Code général des collectivités territoriales* (CGCT) emanato nel 1996, sono state sì consacrate le tre componenti tradizionali, ma con delle variazioni sul tema dato che, nel tempo, ci sono stati alcuni mutamenti all’interno del trittico summenzionato: dapprima, è apparsa la nozione di *sûreté*¹⁶ (al posto della *tranquillité*), declinabile come una sfumatura della *sécurité*, a cui, successivamente, si è aggiunto il “*bon ordre*”.

Ovviamente, i mutamenti all’interno di questa disposizione non hanno aiutato nella lettura e nell’analisi dell’ordine pubblico e riflettono, in una relazione biunivoca, la confusione e le imprecisioni riscontrabili in dottrina in merito alla individuazione delle componenti tradizionali dell’ordine pubblico: alcuni autori parlano esclusivamente di *securité*, *salubrité*, *tranquillité publiques*, altri vi aggiungono *le bon ordre* e *la sûreté*, o assimilando quest’ultima alla *securité*, oppure mettendo sullo stesso piano *le bon ordre* e *la tranquillité*.

Da ciò si può facilmente dedurre la sussistenza di una confusione ed una imprecisione già nella definizione delle componenti tradizionali (chiamate anche componenti elementari o immediate), destinata inevitabilmente ad aumentare quando i confini della nozione si allargano fino a ricomprendere al proprio interno concetti come la morale e altri valori legati ad una declinazione immateriale dell’ordine pubblico (componenti supplementari). Effettivamente, da questo quadro risulta una forte eterogeneità nell’accezione delle componenti tradizionali da cui deriva una consistente discrezionalità nell’utilizzo dei relativi strumenti: la *securité* e la *sûreté* possono ricomprendere al proprio interno qualsiasi ipotetico rischio; così anche la *tranquillité publique* e la *securité publique*, il cui potenziale utilizzo può essere infinito e «*dépend seulement de l’imagination des autorités publiques*»¹⁷.

¹⁵ Così G. CORSO, *Ordine pubblico. b) Diritto pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffrè ed., 1980, p. 1079. Contrario, invece, all’assimilazione ordine pubblico/pubblica sicurezza, fra gli altri, P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1953, p. 117.

¹⁶ Nozione che si trovava già nell’art. 2 della *Déclaration des Droits de l’Homme* del 1789 e che in Francia è stata storicamente identificata con la sicurezza della propria libertà personale. Alcuni si sono spinti fino a definirla come «la sicurezza giuridica dell’individuo nei confronti del potere» (così J. RIVERO, H. MOUTUCH, *Libertés publiques*, VII ed., tomo I, Paris, 2003; altri (G. CARCASSONNE, *La Constitution*, IX ed., Paris, 2009, p. 425) la equiparano alla sicurezza giuridica intesa nel senso della consapevolezza di ciò che chiunque in un dato momento e senza ripercussioni sa di avere il diritto di poter fare o meno.

¹⁷ Così B. BONNET, *L’ordre public en France: de l’ordre matériel et extérieur à l’ordre public immatériel. Tentative de définition d’une notion insaisissable*, in C. A. DUBREUIL (a cura di), *L’ordre public*, cit., p. 124.

Si tratta, in altre parole, di componenti che lasciano ampio spazio alla valutazione soggettiva delle situazioni di pericolo per l'ordine pubblico compiuta dalle autorità amministrative in funzione delle proprie convinzioni e delle analisi sulle circostanze fattuali.

In effetti, è anche dal carattere aleatorio di queste componenti tradizionali che discende la facilità già evidenziata con cui la nozione di ordine pubblico viene modificata in base alle esigenze della realtà, riuscendo a garantire la necessità-base dell'assenza di disordini, di turbamenti. Analizziamole singolarmente.

Partiamo dalla “*sûreté*”, nozione che, stando al suo primo significato, dovrebbe avere per oggetto la protezione contro gli avvenimenti (incidenti, catastrofi, calamità naturali) che minacciano la collettività o gli individui e che di conseguenza comportano l'adozione di misure restrittive, ad esempio, del diritto di circolazione o di soggiorno.

In realtà, in Italia, la Corte costituzionale già con alcune risalenti pronunce ha escluso «l'interpretazione, inammissibilmente angusta, che la “sicurezza” riguardi solo l'incolumità fisica» e ha affermato che la generale sensazione di *sicurezza pubblica* si realizza quando i cittadini sono liberi nello svolgimento delle proprie lecite attività e non temono minacce fisiche o morali alla propria persona, essendo in queste circostanze operativa la garanzia dell'ordinato vivere civile, *rectius*, dell'ordine pubblico¹⁸.

Tuttavia la “*sûreté*” come la “*securité*” si prestano facilmente a interpretazioni estensive, tanto che anche i più rigidi sostenitori del carattere tassonomico, tassativo delle componenti dell'ordine pubblico, non mancano di definirla come la componente tradizionale maggiormente adattabile ad una «articolazione fattuale», potendola declinare non solo come sicurezza in atto ma anche come «possibilità di fare affidamento su un determinato ordine materiale»¹⁹.

In questa sede, è il caso di fare solo un cenno²⁰ alle potenziali derive caratterizzanti la componente “sicurezza” che, tramite un'interpretazione estensiva, è spesso utilizzata come termine generico che identifica l'ordine pubblico in generale, ponendo le basi per lo svilupparsi di alcune tendenze ed evoluzioni che sembrano alimentare le derive repressive delle odierne politiche legislative. Tendenze che si estendono ed influenzano anche la declinazione della “*tranquillité publique*”, concetto che invece, storicamente, o viene fatto coincidere con l'assenza di turbamenti materiali, di rumori e di

¹⁸ Sent. n. 2/1956, punto 5 del *Considerato in diritto*; la sicurezza qui sembrerebbe coincidere con uno stato psicologico soggettivo, come scrive A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico*, 1963, p. 120 ss., dall'autore stesso ribadito anche in ID., *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e Società*, n. 2/2013, Editoriale scientifica, p. 193, nota 59.

¹⁹ Cfr. C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 145.

²⁰ L'argomento verrà solo accennato nei paragrafi di questo capitolo (diffusamente) e sarà oggetto di riflessioni più ampie nel capitolo conclusivo del presente lavoro.

disagi pratici “*dans la rue*” (e in questo senso si parla anche di quiete pubblica), oppure viene inteso come «riflesso subiettivo di una situazione di assenza di pericolo per il godimento di propri diritti»²¹.

Per questo la dottrina italiana non è unanime nel considerare la tranquillità come una delle componenti c.d. immediate dell'ordine pubblico, ritenendo preferibile considerarne tassativo l'elenco, e quindi declinare la tranquillità come sub-componente, cioè come una di quelle specifiche situazioni di fatto che incidono solo potenzialmente sull'ordine pubblico, venendo ad assumere carattere rilevante solo quando coinvolgono direttamente le componenti tradizionali della sanità, sicurezza e incolumità²².

La *salubrité publique*, invece, designa come oggetto dell'ordine pubblico l'igiene pubblica e la sanità pubblica nel senso più largo del termine: è evidente infatti che non si può garantire l'assenza di turbamenti senza che sia assicurata la salute, fattore di pace e *condicio sine qua non* del mantenimento dell'ordine in una società. Essendo la salute non un concetto astratto, ma un concetto che muta con il mutare della società, tale componente si è progressivamente allargata nel tempo, designandosi come una nozione essenzialmente evolutiva perché vivente, legata alla realtà. E così anche questa componente che, fra le componenti del trittico, sembra quella meno “geneticamente predisposta” all'indeterminatezza e alla discrezionalità, ha contribuito allo sconfinare della nozione in esame su terreni quantomeno incerti. Si pensi, ad esempio, alla tendenza – evidente in alcune pronunce della Corte costituzionale come ad esempio quelle relative ai fenomeni dell'accattonaggio o della prostituzione²³ – a considerare il limite della sanità «congiuntamente al limite della pubblica moralità e della sicurezza, venendo a perdere certi suoi connotati essenziali»²⁴.

Infine, occorre soffermarsi sul “*bon ordre*”, locuzione che compare per la prima volta nell'art. L2212-2 del CGCT e che, fra le componenti tradizionali, rimane quella più difficile da delimitare. Stando al tenore letterale dell'articolo menzionato, sembrerebbe che il *bon ordre* debba essere interpretato come un concetto assolutamente indipendente rispetto alle altre componenti del trittico tradizionale; al contrario, la dottrina e la giurisprudenza, sebbene non uniformemente, sostengono che il *bon ordre* non aggiunga necessariamente un supplemento alla nozione “ordine pubblico”, ma che possa essere declinato semplicemente come l'insieme o la sintesi della *securité*, della *sûreté*, della *tranquillité* e della *salubrité publiques*. In particolare, intendono il *bon ordre* come una situazione di stabilità caratterizzata per l'assenza di turbamenti intensi di qualsiasi natura in seno alla società, designando in questo modo un concetto confinante con quello di tranquillità pubblica e che, anzi, lo comprende, essendo quest'ultimo individuato con il riposo e la serenità degli abitanti.

²¹ A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, cit., p. 4.

²² Cfr. C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 129.

²³ Si veda le sentt. n. 2/1956, n. 126/1962, n. 68/1964.

²⁴ A. CERRI, *op. loc. ult. cit.*

Stante questa difficoltà nel determinare se il *bon ordre* costituisca la quarta componente dell'ordine pubblico materiale o se, invece, sia semplicemente l'elemento che ingloba le tre componenti del trittico tradizionale, rimane la sensazione che si sia davanti ad un concetto a geometria variabile, cui si potrà ricorrere quando non si riuscirà a legittimare le misure prese tramite il ricorso alle tre componenti tradizionali.

In questo senso, si potrebbe leggere nel *bon ordre* la chiave per l'introduzione delle componenti morali all'interno della nozione di ordine pubblico: una sorta di preludio all'ordine pubblico immateriale.

2.1 Allargamento progressivo delle componenti tradizionali

Negli anni, le politiche legislative e le elaborazioni della giurisprudenza hanno contribuito all'estensione progressiva della nozione dell'ordine pubblico materiale tradizionale, allargando i confini della trilogia "*bon ordre, sûreté publique, salubrité publique*".

A tal proposito, occorre evidenziare l'importante ruolo della giurisprudenza nella elaborazione della nozione di ordine pubblico: il suo contributo non si è limitato alla mera interpretazione letterale del sintagma in esame all'interno delle disposizioni normative, ma ha portato all'elaborazione di elementi nuovi (come lo sviluppo della teoria delle circostanze eccezionali), anche se non sufficienti a fornire una definizione netta del concetto in esame, i cui contorni rimangono essenzialmente "fluidi". Ad esempio, in una decisione del *Conseil constitutionnel* del 1977²⁵, se da un lato si stabilisce che la semplice prospettiva di un attentato all'ordine pubblico può giustificare una limitazione della libertà individuale, dall'altro non si va oltre e non viene presentato nessun criterio materiale atto a stabilire in cosa consista effettivamente l'"ordine pubblico". La stessa parzialità caratterizza anche altre decisioni: quella del 1986²⁶ che, al contrario della precedente, dichiara conforme a costituzione la norma sottoposta al suo sindacato, ma lo fa limitandosi semplicemente ad indicare l'esigenza che *«ces infractions soient en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur»*. Ed ancora, le decisioni del 25 gennaio 1985²⁷ e quella del 20 gennaio del 1981²⁸ che, facendo un generico riferimento alla

²⁵ Decisione n. 75-76 DC del 12 gennaio 1977 con cui si dichiara non conforme a Costituzione la norma sottoposta al giudizio del Consiglio, dal momento che *«les pouvoirs attribués par cette disposition aux officiers de police judiciaire et aux agents agissant sur l'ordre de ceux-ci pourraient s'exercer, sans restriction, dans tous les cas, en dehors de la mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels, alors même qu'aucune infraction n'aura été commise et sans que la loi subordonne ces contrôles à l'existence d'une menace d'atteinte à l'ordre public»*.

²⁶ Decisione n. 86-213 DC del 3 settembre 1986, relativa alla legge contro il terrorismo e gli attentati alla sicurezza dello Stato.

²⁷ Decisione n. 85-187 DC del 25 gennaio 1985 in merito allo stato d'emergenza in nuova Caledonia, in cui si afferma che l'instaurarsi dello stato d'assedio è possibile in tutti i casi di *«péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public»*.

²⁸ Decisione n. 80-127 DC del 20 gennaio 1981, con la quale si dichiarava la conformità parziale a Costituzione di una legge contenente misure rafforzative a tutela della sicurezza e della libertà delle persone.

prevenzione da possibili attentati all'ordine pubblico, non definiscono né i confini di queste minacce, né il contenuto dell'ordine pubblico. Lo stesso si può dire per la giurisprudenza relativa allo status degli stranieri in Francia, dal momento che il *Conseil constitutionnel* non sembra specificare nelle sue decisioni quali siano le potenziali minacce all'ordine pubblico scaturenti dal loro soggiorno sul territorio francese²⁹.

Essenzialmente, dunque, gli elementi forniti dalla giurisprudenza sembrano svilupparsi a partire dall'idea di sicurezza: la difesa interna del territorio, la sicurezza delle persone e dello Stato sono indicate come la declinazione iniziale dell'ordine pubblico, il cui scopo è la protezione dell'insieme della nazione e, specificatamente, delle istituzioni e degli organi di governo.

Tuttavia, un simile schiacciamento della nozione di ordine pubblico sull'idea di sicurezza non sembra sufficiente a darne una chiara definizione o a definirne l'ambito di applicazione. Anzi, in questo modo si rende palese il rischio di considerare l'ordine pubblico come un "contenitore universale".

Per quanto concerne l'apporto alla riflessione fornito dalla dottrina, si deve evidenziare la tendenza a effettuare un parallelismo fra l'evoluzione dell'ordine pubblico e quella generale dello Stato, legando l'analisi delle tendenze espansive dell'ordine pubblico³⁰ al fenomeno dell'allargamento dei poteri dello Stato³¹.

Occorre, a questo punto, approcciarsi allo studio dei "nuovi" vettori dell'ordine pubblico che spostano i confini di questa nozione su altri e (sembra) più scivolosi terreni: si parla infatti di ordine pubblico estetico, morale, politico, economico, nozioni originate in alcuni casi dalla elaborazione dottrinale, in altri dall'interpretazione giurisprudenziale e in altri ancora dalla convergenza di entrambe.

2.1.1. L'ordine estetico

Partendo dall'ordine estetico, bisogna anzitutto rilevare che si tratta di un problema posto principalmente dalla dottrina francese e che la giurisprudenza sembra esitare ad inserire stabilmente tra i canoni di protezione dell'ordine pubblico. Alcuni autori sostengono la rilevanza di un ordine

²⁹ Fra le altre, si possono consultare le decisioni n. 98-399 DC del 5 maggio 1998 e n. 89-261 del 28 luglio 1989, dalle quali si può verificare come «*le Conseil ne précise jamais quelles sont les menaces que les étrangers font peser sur l'ordre public, ni surtout quel est le contenu de l'ordre public que ces étrangers sont susceptibles de menacer (sauf à estimer que, par essence, les étrangers font peser des menaces sur la "sécurité des personnes et des biens")*». Così J. M. LARRALDE, *La constitutionnalisation de l'ordre public*, in M. J. REDOR (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux, Actes du colloque de Caen des jeudi et vendredi 12 mai 2000*, Nemesis, Bruxelles, 2001, p. 218.

³⁰ Già nel diritto romano non era sconosciuto il problema della "fluidità" dei confini dell'ordine pubblico e dei possibili suoi differenti contenuti: l'esercizio di un diritto individuale poteva essere limitato nell'interesse della «*paix publique, ou de la santé publique, ou de la beauté publique, ou de la richesse publique, c'est-à-dire pour la prospérité et la grandeur de l'État*» come riporta M. CAPS-LIENHART, *L'ordre public*, Lion, Bosc Frères, 1934, p. 22.

³¹ Cfr. P. BERNARD, *op. cit.*, p. 25.

estetico basandosi sull' "interesse generale" della popolazione a che l'Amministrazione difenda il "bello", l'estetica, appunto, la cui salvaguardia assumerebbe di conseguenza le vesti di componente della nozione di ordine pubblico. In particolare, le lesioni al bello potrebbero comportare un turbamento sociale suscettibile di determinare un turbamento dell'ordine in generale, in senso lato, declinato cioè come garanzia del patrimonio non solo materiale, ma anche culturale e spirituale di una società.

Alcuni in dottrina, insistendo sui possibili turbamenti pubblici causati da eventuali ingiurie all'arte, fanno rientrare nel concetto di sicurezza e comodità delle strade, quello di tutela dell'aspetto estetico di queste, elaborando un ulteriore e specifico compito dell'Amministrazione: quello di proteggere i sentimenti artistici del passante nella stessa misura in cui ne garantisce l'integrità fisica nella circolazione stradale. L'uomo ha diritto alla protezione della sua vita morale, intellettuale e spirituale così come della sua vita fisica, in quanto tutti questi costituiscono aspetti indissolubili dell'interessa della sua esistenza³².

Altri motivano l'apertura della nozione di ordine pubblico all'estetica facendo leva sul carattere intrinseco di quest'ultima che, in quanto creatrice d'ordine e di armonia, è un fattore di pace sociale e, dunque, è già in sé un ordine³³.

Ma, anche a fronte di alcune piccole aperture³⁴ al riconoscimento del carattere giuridico dei "motivi estetici", la giurisprudenza prevalente risulta reticente al pieno inserimento dell'"estetica" fra le componenti dell'ordine pubblico. Un simile, prudente, atteggiamento dei giudici si spiega facilmente: se si vedesse nell'estetica una giustificazione a tutte le misure di polizia, si condurrebbe il diritto sulla strada dei costumi e del gusto, aprendo in questo modo le porte all'arbitrario e, quindi, all'abuso. La giurisprudenza ha dunque limitato il posto occupato da questa nuova possibile componente dichiarando che, affinché l'autorità amministrativa sia giustificata ad agire nel quadro dei suoi poteri di polizia, l'imperativo della salvaguardia dell'estetica non è di per sé sufficiente, ma resta necessario che l'ingiuria ai "valori estetici" sia talmente grave da poter provocare turbamenti esterni ulteriori³⁵.

2.1.2. *L'ordine morale*

Dal momento che il modo di concepire l'ordine pubblico risente – inevitabilmente – anche della concezione del diritto da cui si parte, alcuni autori, sostenendo fortemente che il diritto non debba

³² P. DUEZ, *Police et esthétique de la rue, chronique 17*, Dalloz, Parigi, 1927.

³³ M. CHARLIER, *Les fins du Droit public moderne*, in *Revue du Droit public*, 1947, p. 127.

³⁴ Ad esempio, la pronuncia del Consiglio di Stato del 23 ottobre 1936, "*Union parisienne des syndicats de l'Imprimerie*", riconosce espressamente fra i poteri generali spettanti alla polizia, quello specifico della salvaguardia dell'estetica.

³⁵ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, cit., p. 30.

soltanto garantire il mantenimento dell'ordine ma anche della virtù³⁶, vedono nel diritto un'esigenza di moralità che considerano un fine superiore³⁷ e aprono la strada all'ingresso della morale nel concetto di ordine pubblico, specchio che ha il compito di riflettere il clima sociale del momento³⁸ e, allo stesso tempo, di fare in modo di conservarne stabilmente l'immagine.

La nozione di ordine pubblico si troverebbe, secondo tale visione, al confine fra il campo del diritto e quello della morale e ne costituirebbe il tramite, traducendo in atto quelle regole morali che, anche se non integrate nella legge, informano, al pari delle regole giuridiche politiche ed economiche, la nostra collettività e fanno parte del nostro ordinamento.

La nozione di ordine pubblico è così corrispondente alle esigenze di coscienza individuale e sociale ed è costruita come il riflesso giuridico della moralità condivisa dalla collettività: un insieme di costumi, morale, credenze, valori accettati e condivisi da tutti i cittadini in un dato momento storico, all'interno di un dato ordinamento e in vigore di un dato regime politico rispetto al quale la nozione in esame si pone come la traduzione in termini giuridici.

Una simile impostazione dell'ordine pubblico solleva non poche problematiche e divide la dottrina fra chi rileva importanti criticità e chi sostiene, invece, l'assenza di elementi giuridicamente discutibili nell'ordine pubblico morale, essendo essenziale solo che il turbamento sia reale e che l'amministrazione adotti misure proporzionate, sottoposte al controllo giurisdizionale³⁹. Secondo questo secondo filone, parafrasando le parole di Lebreton, il rispetto della moralità pubblica impone un certo conformismo che si basa sulla condotta pubblica degli individui, non sulla loro condotta privata o sul loro pensiero: declinata in questo senso, la moralità pubblica ha per effetto di mantenere la pace sociale e non moralizzare l'individuo che rimane padrone delle proprie azioni⁴⁰.

L'ordine pubblico e la morale sarebbero dunque due concetti separati non da una differenza nelle rispettive componenti, ma da un differente grado di intensità.

Resta chiaro che la morale è un concetto non definito, né probabilmente definibile, in tutte le sue declinazioni, ma la dottrina e la giurisprudenza hanno variamente tentato di ritagliarne i confini rilevanti ai fini del diritto. Ad esempio, la giurisprudenza amministrativa francese ha pensato di arginare la vastità del campo prendendo in considerazione non la morale, ma la "moralità", sfumatura linguistica e concettuale che permette di non aprire completamente le porte dell'ordinamento all'ingresso di un'accezione immateriale dell'ordine pubblico, ma di rimanere "a cavallo" fra la declinazione materiale di quest'ultimo e quella ideale.

³⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du Droit*, LGDJ, 1955.

³⁷ M. CHARLIER, *Les fins du droit public moderne*, cit.

³⁸ M. BURDEAU, *Manuel del Droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, cit.

³⁹ Cfr. B. BONNET, *L'ordre public en France: de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable*, cit., p. 132.

⁴⁰ G. LIBRETON, *Droit administratif général*, 6° ed., Dalloz, coll. Cours, n. 177, p. 187.

Il Consiglio di Stato francese, nel tentativo di delineare l'oggetto dell'ordine pubblico morale, ha quindi effettuato una serie di progressive aperture tramite alcune sentenze che hanno provveduto a "scoprire" una parte di questa fluttuante nozione: più volte il Consiglio di Stato francese ha fatto richiamo alla decenza pubblica⁴¹, poi all'igiene morale⁴², successivamente ad un "*intérêt de moralité*" che può essere un aspetto dell'interesse generale⁴³ oppure una declinazione dell'interesse alla difesa del buon costume⁴⁴.

L'evoluzione della giurisprudenza amministrativa francese sembra tratteggiare due ordini di prospettive all'interno della relazione fra morale e ordine pubblico.

Una prima, più risalente e che potremmo definire classica, circoscrive la moralità nel campo dell'individualità e sanziona solo i turbamenti della tranquillità pubblica più evidenti, quando cioè il disordine morale rischia di provocare un disordine materiale. In quest'ottica, potremmo considerare l'ordine morale come un prolungamento, un'estensione dei problemi di sicurezza o di tranquillità pubblica. Ne deriva una "moralità" che, legata all'assenza o presenza di turbamenti, si discosta dalla "morale" e permette all'autorità amministrativa di reprimere gli attentati alla morale quando, e solo quando, siano suscettibili di provocare un pubblico scandalo e sfociare nel disordine sociale.

La seconda prospettiva tracciata dalla giurisprudenza, invece, delinea un concetto di moralità pubblica che non si confonde con quello di tranquillità o di assenza di scandali, ma apre alla repressione in nome di un ordine morale anche quando non sembrano esserci evidenti rischi di risvolti materiali, ritenendo sufficiente prendere in considerazione la controllabilità del contesto sociale di riferimento, nel quadro di una moralità pubblica protetta non in quanto etica incondizionata, ma come ordine pubblico locale⁴⁵.

A questo punto, però, occorre chiedersi di quale tipo di moralità si tratti. Anzitutto, occorre escludere che l'ordine pubblico possa contenere tutta la morale e quindi bisogna provare a distaccarsi dalle declinazioni filosofiche, politiche o sociologiche del concetto di "morale", per tentare un approccio solo giuridico, volto cioè a ricavare una «morale giuridica» dall'insieme delle leggi, delle consuetudini, dei bisogni generali di una collettività. Bernard la identifica con quel "*minimum*" etico, o di idee morali accettato dalla maggioranza degli individui in un dato momento, in una data società e che, quindi, non è la traduzione di un cristallizzato codice morale, ma varia con il tempo e i costumi⁴⁶. È il minimo morale condiviso dalla maggioranza dei cittadini che lo hanno accettato e

⁴¹ Sent. del Consiglio di Stato 30 maggio 1930.

⁴² Sent. del Consiglio di Stato 7 novembre 1924.

⁴³ Sent. del Consiglio di Stato 15 maggio 1936.

⁴⁴ Sent. del Consiglio di Stato 30 settembre 1960.

⁴⁵ Si pensi alla sentenza del Consiglio di Stato del 18 dicembre 1959 con cui si vietava la proiezione di un film considerato immorale in relazione alle circostanze territoriali.

⁴⁶ P. BERNARD, *op. cit.*, pp. 34-35 e p. 263.

tradotto in regole obbligatorie: una morale laica «*noyau commun de toutes les parties de la conscience juridique française*»⁴⁷.

Si evidenzia così una declinazione della morale volta all'estensione del concetto di ordine pubblico, il quale non si limiterebbe più a considerare l'assenza o meno di turbamenti esterni, materiali, ma si allargherebbe a tutto ciò che contribuisce all'armonia della collettività, divenendo lo strumento giuridico che permette alla morale di penetrare nel diritto.

In tal senso, un'importanza particolare riveste la celebre sentenza del Consiglio di Stato francese con cui si vieta la pratica del c.d. "lancio dei nani": con essa, tramite una lettura morale e immateriale dell'ordine pubblico, il fulcro dell'attenzione è stato spostato oltre l'orizzonte puramente locale per abbracciare l'intera società ed è stata introdotta anche la dignità umana come componente dell'ordine pubblico⁴⁸.

Occorre, infine, accennare alla dottrina che vede una stretta relazione fra l'ordine morale e l'ordine politico (di cui si parlerà a breve): essendo il disordine morale ed il disordine politico essenzialmente ed esistenzialmente legati, non può esistere un ordine morale senza un ordine politico e né un ordine politico senza un ordine morale⁴⁹.

2.1.3. *L'ordine economico*

L'economia ha acquisito nel tempo un ruolo sempre più totalizzante all'interno delle società, condizionando, a seconda delle correnti dominanti in un dato momento storico, le relazioni di potere all'interno dell'ordinamento statale e, di conseguenza, il diritto e le sue formulazioni.

Partiamo da due dati. È innegabile che l'ordine pubblico sia stato interpretato in maniera differente – e, di conseguenza, abbia determinato l'adozione di differenti discipline normative – negli Stati liberali dell'Ottocento, negli stati sociali del secolo successivo e negli ordinamenti neo-capitalisti e neo-liberisti degli ultimi quarant'anni. È altresì innegabile che la politica economica è diventata un fattore di sicurezza e di stabilità, un vettore di tranquillità e di pace sociale: un motivo di ordine che giustifica il prendere in considerazione da parte dell'Autorità alcuni scopi economici nel compito di mantenimento dell'ordine pubblico.

Così molti autori hanno sostenuto l'affermarsi di una nuova declinazione del concetto di ordine pubblico: Georges Ripert, ad esempio, afferma che con il mutare della regolamentazione economica

⁴⁷ M. CHARLIER, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁸ Sentenza del Consiglio di Stato del 27 ottobre 1995, nel cui testo si può leggere: «*Considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine (...)*».

⁴⁹ R. POLIN, *L'ordre public*, in R. POLIN (a cura di), *L'ordre public*, cit., p. 11.

nasce anche un nuovo ordine pubblico, di natura diversa⁵⁰; Georges Burdeau evidenzia come la tranquillità e la sicurezza non riescano più a “contenere” l’ordine pubblico che si trova ormai condizionato anche dalle relazioni economiche⁵¹; Philippe Malaurie riconosce l’apparire di un ordine pubblico economico e sociale che consiste in un ordine pubblico nuovo⁵².

È dunque il legislatore che, attraverso le sue scelte di politica legislativa, articola e mette in opera questo ordine pubblico economico, mentre al giudice spetterà operare il controllo sul bilanciamento fra le nuove esigenze necessitate dall’evoluzione delle iniziative economico-politiche e il rispetto delle libertà personali.

Come evidenzia la dottrina, in seguito all’ingresso di queste componenti di natura economica, la nozione di ordine pubblico si è allargata ma soprattutto, si è trasformata, al punto che in molti parlano di ordine pubblico “nuovo”: se quello tradizionale era fondato sulla protezione del solo interesse pubblico, di ciò che, dunque, si imponeva in maniera generale, questa nuova componente economica sembra aprire la strada alla protezione di interessi particolari, alla salvaguardia della situazione economica e sociale di alcune categorie di persone.

In considerazione di quanto osservato, possiamo sostenere, parafrasando Bernard, che l’introduzione della componente economica nell’ordine pubblico con il suo relativismo ha generato un relativismo giuridico.

Lo stesso autore, sebbene inizialmente sottolinei il carattere progressista dell’ordine pubblico economico – che nel momento in cui scrive (1962) considera legato indissolubilmente ad un’idea di «*aménagement harmonieux*» – subito dopo ne riconosce le conseguenze rischiose gravanti sulla libertà: legato a teorie economiche e sociali estremamente fluttuanti, l’ordine pubblico risulterebbe in balia delle problematiche causate dalla strumentalizzazione a fini politici del diritto e dall’utilizzo di nozioni giuridiche a fini economici⁵³. Queste interpretazioni non sono condivise da una parte della dottrina italiana che, muovendo dall’attenzione ai diritti sociali caratterizzante la nostra Costituzione e, in particolare, dall’eguaglianza sociale, dal diritto al lavoro, dalla funzione sociale attribuita alla proprietà privata, sostengono l’emergere anche in Italia⁵⁴ dell’«ordine pubblico in senso economico; figura la quale potrebbe acquistare maggiore concretezza, all’atto in cui entrassero in vigore le organiche leggi di programmazione e di controllo dell’attività economica» volute dalla Costituzione⁵⁵.

⁵⁰ Cfr. G. RIPERT, *L’ordre économique et la liberté contractuelle*, Mélanges Geny, II, 1935.

⁵¹ M. BURDEAU, *Traité de Science Politique, t. I: le Pouvoir politique*, Parigi, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

⁵² P. MALAURIE, *Note sous C.A. Poitiers*, 18 décembre 1953 – *Électricité de France* – D. 1954-519.

⁵³ P. BERNARD, *op. cit.*, p. 38-39.

⁵⁴ La figura dell’ordine pubblico in senso economico è stata indagata da G. FARIAT, *L’ordre public économique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.

⁵⁵ Vedi L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965, p. 134.

2.1.4. L'ordine politico

Si tratta, probabilmente, della componente più complessa della nozione di ordine pubblico, essendo difficile circoscrivere i relativi ambiti di intervento e limitare le conseguenti interferenze fra potere amministrativo e potere politico.

D'altro canto, il potere politico e l'ordine pubblico sembrano essere uniti da un legame ancestrale: *«ce ne sont pas les commandements du pouvoir, au moment où ils sont produits comme des acts, qui sont acceptés par le peuple. Ce n'est même pas le pouvoir en soi qui est accepté, c'est l'institution politique au nom de laquelle le pouvoir commande»*⁵⁶. Legame per alcuni così palese e profondo da essere sufficiente a distinguere l'ordine pubblico da altre nozioni/limiti ad esso potenzialmente assimilabili: legge, buon costume e ordine pubblico rappresenterebbero sì dei limiti, ma molto differenti tra loro, dal momento che i primi due hanno, rispettivamente, natura giuridica e natura etica, mentre l'ordine pubblico si differenzerebbe in quanto limite di *«carattere politico assoluto ed inderogabile»*⁵⁷.

È naturale pensare che un regime politico veda nell'ordine pubblico un possibile strumento di protezione dal momento che svolge una funzione di mantenimento anche sul piano politico delle relazioni sociali: la condivisione, l'accettazione o la sottomissione ad un sistema politico costituiscono, seppur con diverse sfaccettature, un fattore d'ordine. Si pensi alla tendenza – evidente nel regime statutario – a servirsi, da parte dell'autorità, della nozione di ordine pubblico come valvola del sistema, come concetto “tutto-fare” variamente interpretabile e quindi opportunamente utilizzabile a sostegno di un determinato “tipo” di ordinamento costituito⁵⁸.

Buona parte della dottrina, pur ritenendo che non sia possibile parlare di una nozione giuridica di ordine pubblico volta a garantire l'integrità di un gruppo di regole che definiscono un dato regime politico, deve comunque ammettere la concretezza del rischio di una strumentalizzazione dell'ordine pubblico, dato il legame a doppio filo tra legislatore, amministrazione e politica.

Rischio che si traduce nella tentazione di utilizzare a fini politici gli strumenti propri dell'ordine pubblico, con la conseguenza di falsare la taratura della bilancia con la quale si dovrà valutare il peso specifico del sacrificio dei diritti di libertà di volta in volta in gioco.

Anche chi esclude l'allargamento dell'ordine pubblico alla tutela del regime politico vigente non può non considerare quanto e come tale nozione sia sensibile ai fenomeni politici, essendo innegabile quantomeno che gli sviluppi di una situazione politica possano sfociare nel terreno dell'ordine arrivando effettivamente a provocarne turbamenti: sarebbe, dunque, vano lo sforzo di tenere la

⁵⁶ Così M. HAURIUO, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud & Gay, Paris, 1933, p. 75.

⁵⁷ A. GROPPALI, *Sul concetto di ordine pubblico*, cit., p. 76, corsivo aggiunto.

⁵⁸ Cfr. C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 125.

nozione di ordine pubblico totalmente al riparo da valutazioni politiche. In effetti, le sue elaborazioni, le sue declinazioni, sono il frutto dell'operare: del legislatore, in cui è ontologico il carattere politico; dell'amministrazione, che non è organicamente separata dalla politica; della dottrina e della giurisprudenza, che non possono non considerare nelle loro analisi le situazioni sociali esistenti da un punto di vista politico. Tanto che, in considerazione proprio del carattere fluido ed evolutivo dell'ordine pubblico, si può avere la sensazione che la definizione di tale nozione dipenda più dalla volontà dell'autorità amministrativa, dalla volontà politica, dall'operare di un giudice, che dall'inquadramento di questa all'interno di una definizione giuridica⁵⁹.

Bisogna qui accennare ad alcune interpretazioni dell'ordine politico cui dottrina e giurisprudenza hanno fatto ricorso spesso, soprattutto per giustificare la potenziale portata repressiva di misure adottate dal legislatore in periodi di tensioni o di emergenze (reali o presunte). Interpretazioni che tradiscono sfumature differenti.

Autorevole dottrina ha individuato nella nozione di ordine pubblico la concretizzazione dello stretto legame esistente fra diritto e politica. Anzi, di più: sostiene che l'ordine pubblico abbia natura *prettamente* politica, dato che è lo strumento principale di difesa del piano politico posto alla base della società. A dimostrazione di tale teoria, si evidenzia l'impotenza dell'ordine pubblico a svolgere un ruolo di protezione quando non è sorretto da una solida base politico-sociale su cui appoggiarsi⁶⁰.

Muovendosi in questa direzione, la giurisprudenza francese (ma in parte anche quella italiana, come vedremo nei capitoli successivi) in alcuni casi sembra prendere in considerazione un "ordine pubblico democratico", fondato sulla stabilità e la sicurezza di certi principi e di alcune regole considerate talmente salde e ancorate ai costumi dei cittadini che un loro turbamento potrebbe rapidamente tradursi materialmente in disordine pubblico.

In altri casi, invece, il legislatore ha identificato l'oggetto di tutela dell'ordine pubblico nella forma repubblicana del governo⁶¹ e la giurisprudenza francese ha confermato lo stretto legame fra difesa delle istituzioni e mantenimento dell'ordine e della pace sociale, soprattutto quando la gravità del pericolo derivante da un'allarmante situazione sociale sembra giustificare il venir meno delle vesti giuridiche dell'ordine pubblico.

È chiaro che di fronte ad eventi politici particolarmente allarmanti, il naturale "istinto di sopravvivenza" porti un governo a proteggere l'integrità delle istituzioni politiche: se ci si pone in una simile prospettiva "neutra", l'ordine pubblico politico è lo strumento con cui si proteggono quelle

⁵⁹ Come nota B. BONNET, *op. cit.*, p. 136.

⁶⁰ M. BURDEAU, *Manuel de Droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, cit., pp. 37-38.

⁶¹ Ad esempio, l'art. 1 co. 3 di una legge francese del 10 gennaio 1936 prevedeva lo scioglimento immediato di tutti i gruppi che avessero come obiettivo quello di attentare con la forza alla forma repubblicana del governo, anche senza la necessità del concretizzarsi di tale intento in atti di esecuzione.

regole e quelle istituzioni politiche che rappresentano la base, il *minimum* accettato e condiviso dall'insieme dei cittadini.

Non manca in dottrina chi, anticipando i tempi, ha messo in luce il rischio insito anche in questo aspetto neutro della nozione, o meglio, in una sua sistematizzazione: quello, cioè, di arrivare alla sostituzione completa della nozione giuridica del concetto per legarlo definitivamente ed esclusivamente a qualcosa di contingente ed instabile come il potere politico⁶².

Malgrado il prospettarsi di un simile rischio, però, si evidenzia comunque l'affermarsi di una tendenza a considerare l'esistenza di un ordine pubblico "democratico" e di un ordine pubblico "repubblicano" sulla base dell'assunzione dei principi generali del diritto come fonti non scritte di diritto.

Spesso per giustificare misure esorbitanti la declinazione tradizionale e materiale dell'ordine pubblico, infatti, si è fatto ricorso alla concezione di un ordine politico che ricomprende fra le sue componenti "l'ordine pubblico e la legalità repubblicana", locuzione che lascia intendere una precisa opzione politica: davanti alla scelta fra tutelare l'ordine in senso di difesa delle libertà (ordine democratico in senso stretto) e tutelare l'ordinamento repubblicano, si considera prioritaria la salute di quest'ultimo, anche al costo di sopprimere le libertà.

Si pensi, ad esempio, al caso sollevato dalle decisioni dei giudici francesi in merito al divieto per le donne di portare il velo integrale (burqa) nei luoghi pubblici: il Consiglio di Stato, interrogato sulla questione, ha redatto un suo studio in merito⁶³ dal quale emerge in maniera chiara che la dignità della persona non risultava elemento sufficiente a giustificare il divieto generale del velo integrale, dal momento che si sarebbe applicato anche a donne che avevano deliberatamente scelto di portarlo. A fronte della necessità di dare veste giuridica a tale interdizione, si riscontrava una certa difficoltà nell'inquadrare questo divieto nell'ambito dell'ordine pubblico: in effetti, il velo integrale non rappresenta in sé un problema per la sicurezza o la tranquillità pubblica, quantomeno non genericamente o relativamente all'intero spazio pubblico.

Il Consiglio costituzionale, nella decisione relativa al caso in esame⁶⁴, si è discostato dalle conclusioni del Consiglio di Stato ed ha abbracciato le scelte del legislatore, affermando che il divieto in questione non solo è proporzionato agli scopi individuati dal legislatore nazionale, ma è anche necessario in una società democratica. I giudici arrivano a tali conclusioni considerando il velo integrale come contrario alla dignità della donna astrattamente intesa e asserendo che una donna che nasconde il proprio volto, volontariamente o meno, si trova comunque in una situazione di inferiorità

⁶² Cfr. P. BERNARD, *op. cit.*, p. 42.

⁶³ *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, relazione del Consiglio di Stato al Primo Ministro, 30 marzo 2010.

⁶⁴ Decisione 2010-613 del 7 ottobre 2010, in cui il Consiglio afferma che tali pratiche disconoscono le esigenze minime della vita in società, aprendo così la strada ad una nuova possibile componente volta ad allargare ulteriormente la nozione di ordine pubblico.

e di esclusione, condizione incompatibile con i principi costituzionali della libertà e della uguaglianza.

Si è davanti allo stesso ragionamento posto alla base della decisione relativa alla pratica del “lancio dei nani”⁶⁵: non si tratta di difendere la libertà del singolo individuo o l’eguaglianza fra determinati individui, ma di proteggere il “valore libertà” e il “valore uguaglianza”, dei valori repubblicani⁶⁶. Il burqa per il Consiglio costituzionale francese è contrario all’idea repubblicana del vivere insieme, alla visione della società francese trasmessa dal legislatore: in sintesi, è contrario ai valori della Repubblica, e dunque all’ordine pubblico largamente inteso.

Di fronte al delinarsi di scenari simili, la dottrina italiana ha individuato (criticamente) l’affermarsi di una prospettiva di allontanamento dal concetto di ordine pubblico come «bene immediatamente riferibile ai consociati per attingere un valore che concerne la collettività unitariamente intesa»⁶⁷. A tale proposito, alcuni autori hanno sottolineato come, assecondando una simile elaborazione, si possa ritornare in qualche misura ad una concezione morale dell’ordine pubblico, simile a quella operante all’interno dei precedenti ordinamenti, con la differenza che questo ordine morale è o dovrebbe essere democratico: in effetti, si tratta comunque di una sorta di conformismo all’*idea regnante* e allo *spirito maggioritario*⁶⁸.

3. Le divergenze in dottrina e i relativi “ordres publics”: il caso francese e l’esperienza italiana

Da quanto visto fino ad ora in relazione ai possibili contenuti dell’ordine pubblico, sembrerebbe più corretto parlare di “ordini pubblici” invece che di “ordine pubblico”. Una simile deduzione, però, è stata accolta da più parti in dottrina come «*imparfait*» e ha spinto, di conseguenza, la riflessione oltre il piano degli elementi costitutivi, alla ricerca del nucleo essenziale che si trova al di là delle diverse concretizzazioni dell’ordine pubblico, del *quid* potenzialmente capace di giustificare una sintesi dei contenuti e la conseguente teorizzazione di un ordine pubblico come categoria unitaria.

Diversi contenuti, ma un unico contenitore⁶⁹: un’interpretazione di tale nozione che riesca a contenere in sé tutte le manifestazioni dell’ordine pubblico e che dovrà, di conseguenza, declinarlo

⁶⁵ Per la quale si veda *supra*, par. 2.1.2.

⁶⁶ Come suggerisce A. ROBLOT-TROIZIER, *op. cit.*, p. 314, il quale continua affermando provocatoriamente «*Avec la complicité du Conseil constitutionnel, les valeurs de la République priment ainsi sur la liberté de la personne*».

⁶⁷ Così A. CERRI, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁸ Espressioni utilizzate da P. BERNARD, *op. cit.*, pp. 43 ss.

⁶⁹ Così E. PICARD, *Introduction générale: la fonction de l’ordre public dans l’ordre juridique*, in M. J. REDOR (a cura di), *L’ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droit fondamental*, Actes du colloque de Caen des jeudi et vendredi 12 mai 2000, Nemesis, Bruxelles, 2001, p. 22.

in maniera generale ed astratta e presentarlo come norma essenzialmente non scritta e fondamentalmente indeterminata, ma caratterizzata da un unico nucleo essenziale.

Al netto delle diverse interpretazioni dell'ordine pubblico che verranno analizzate, rimane, come emergerà più chiaramente dalle argomentazioni eterogenee che hanno supportato gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza, un problema di fondo: l'ordine pubblico è un principio, un interesse generale dell'ordinamento, un concetto indeterminato ovvero storicamente variabile? Nessuna di queste definizioni riesce ad essere pienamente soddisfacente. Probabilmente, il sintagma che meglio sembra rispondere alle diverse possibili "anime" dell'ordine pubblico è quello di paradigma: un paradigma di governo attraverso il quale gestire il rispetto dell'ordinamento e che operi a livello costituzionale così come nel diritto civile, internazionale, amministrativo e penale.

Prima di analizzare i vari tentativi di *reductio ad unum*, occorre ribadire una caratteristica della nozione in esame: l'ordine pubblico non presenta delle esigenze astrattamente e assolutamente definibili, ma il suo contenuto varia in funzione delle circostanze, facendo sì che i "confini" di questa nozione prendano le forme dell'evoluzione dello Stato, subendo conseguentemente estensioni e restringimenti nella sua portata, con l'obiettivo di tutelare la pace sociale instaurata da un dato ordine vivente e dinamico.

Questa sua natura circostanziale pone, però, un problema: un'accezione dell'ordine pubblico tarata esclusivamente sui fatti, sulle circostanze, appunto, legherebbe tale nozione alla necessità e all'opportunità e questo non è ammissibile in uno Stato di diritto, in cui le possibilità di limitare le libertà e i diritti fondamentali devono trovare disciplina, giustificazione e limiti in norme e principi superiori⁷⁰. Principi certamente consolidati negli ordinamenti odierni: basti pensare a quanto sancito già nel 1789 con la *Déclaration de Droits de l'Homme*, che all'art. 2 afferma la necessità della "*conservation des droits*"⁷¹ e alla sua più recente evoluzione nel più efficace principio della *realizzazione dei diritti*, recepito dalle costituzioni vigenti.

In effetti, dall'insieme di questi testi traspare l'idea base di limitare i diritti per poterli tutelare sia in relazione all'esercizio di altri diritti, sia contro gli abusi del potere, riconoscendo quindi che la conservazione dei diritti e la loro realizzazione si legano al principio originario dell'ordine pubblico. Da qui, però, comincia a delinearsi un problema: nei conflitti che inevitabilmente si manifesteranno si dovrà operare un bilanciamento, distinguendo quali diritti (o aspetti di essi) e principi siano talmente essenziali all'ordine costituito da dover essere specialmente protetti in tutti i casi. Occorre,

⁷⁰ In questa sede, non sembra opportuno (data la complessità della questione) soffermarsi sulle conseguenti problematiche relative al fondamento giuridico di tali limiti e all'individuazione della fonte che li dispone; ci si limita ad evidenziare un parallelismo fra il contenuto variabile dell'ordine pubblico e il suo «rang glissant» all'interno della gerarchia fra le norme (come nota E. PICARD, *op. cit.*, p. 32).

⁷¹ "*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*".

dunque, individuare i diritti fondamentali essenziali al mantenimento dell'ordine, concetto quest'ultimo che nel lemma "ordine pubblico" assume, dunque, una connotazione imperativa, di ingiunzione che deve essere rispettata in tutte le circostanze, ponendosi, di conseguenza, come strumento di tutela dell'ordine stabilito: strumento di cui si dota l'ordinamento giuridico per proteggersi nei propri elementi essenziali e premunirsi contro i rischi di disordini pubblici, oggettivi.

L'ordine pubblico assume dunque le vesti di norma imperativa, nel senso che va a limitare le libertà di cui godevano i soggetti di diritto in un dato ordinamento prima che essa si imponesse, cioè prima che un determinato evento potenzialmente turbativo dell'ordine si verificasse. Tale imperatività deve essere considerata in rapporto alla normatività ordinaria: le esigenze di ordine pubblico si impongono nonostante e (anche) contrariamente ad un'altra norma o regola che, in assenza di pericolo per l'ordine pubblico, si sarebbe normalmente imposta, presentando dunque, per il suo modo di operare, un carattere derogatorio.

Necessità di individuare il punto di intersezione fra la curva dei diritti e la retta delle condizioni materiali e giuridiche poste alla base dell'ordinamento di volta in volta vigente: è questo, dunque, l'ordine pubblico, e le problematiche relative a tale nozione derivano dagli infiniti punti di equilibrio esistenti fra queste due linee, variabili a seconda dell'interpretazione dell'ordine pubblico che si adotta all'interno dell'ordinamento. E il mantenimento del punto di equilibrio fra queste due rette, individuato di volta in volta, si esprime attraverso l'adozione di interpretazioni giurisprudenziali e di politiche legislative differenti e differentemente repressive, in quanto sono diretta conseguenza di uno scopo preciso, individuato grazie ad una delineazione degli obiettivi che si intendono perseguire.

Dunque, strumenti, obiettivi, scopo: tre questioni strettamente collegate fra loro, su cui la dottrina si è ampiamente interrogata e la giurisprudenza confusamente espressa e che, a seconda delle diverse declinazioni e combinazioni possibili, disegnano diversi "ordres publics" e assegnano un differente ruolo alla nozione di ordine pubblico all'interno dell'ordinamento.

Sembra necessario, quindi, provare a riassumere le varie opinioni formulate su questi aspetti e le loro interazione, che poi, a ben vedere, possiamo sistematizzare come problematiche generali in merito al fondamento dell'ordine pubblico.

Partendo dalle elaborazioni più risalenti, Gabriel Vereilles-Sommières, vedeva tre diversi scopi nell'ordine pubblico, destinati non ad escludersi vicendevolmente, ma a ricomprendersi l'uno nell'altro: «*l'ordre public a trois sens et n'en a que trois (...) il signifie tantôt la paix public, tantôt la disposition rationnelle de toutes choses dans un people, tantôt le bien public. Il a le premier sens dans le langage courante et littéraire, le secon dans la langage philosophique, le troisième dans la*

langue pratique et juridique (...) Ces trois sens ne sont pas étrangers l'un à l'autre: le premier n'est qu'un extrait du second, dont le troisième est un dérivé»⁷².

Altri hanno invece teorizzato due possibili interpretazioni dell'ordine pubblico cui corrispondono due differenti scopi di tale nozione a seconda che si opti per la "teoria obiettiva" o per la "teoria subiettiva". La prima raccoglie l'insieme degli scopi garantiti dall'ordine pubblico e mira all'analisi del contenuto essenziale di questa nozione; mentre la seconda identifica il contenuto di quest'ultimo nel potere discrezionale del giudice e mette l'accento sul carattere elastico della nozione che, volutamente non definita dal legislatore, conferisce ai giudici mandati in bianco, venendo a designare una nozione il cui contenuto ed il cui scopo risulterebbero di volta in volta dall'esercizio del potere discrezionale del giudice che, nella sua interpretazione, necessariamente adopererà «criteri morali di benevolenza, pietà, solidarietà, tolleranza ecc. o (...) criteri politici di convenienza, opportunità, prudenza»⁷³. Se, da un lato, la teoria subiettiva avrebbe il merito di sdoganare l'atteggiamento tipicamente discrezionale dell'ordine pubblico – che, di conseguenza, rifugge ogni regolamentazione giuridica – dall'altro, la teoria obiettiva sostanzialmente mira a ricomprende nell'ordine pubblico «beni ed interessi di alto valore sociale che non sono protetti specificatamente dal diritto»⁷⁴.

C'è poi chi ha diviso l'ordine pubblico c.d. amministrativo da quello c.d. normativo⁷⁵ sottolineando, però, il rapporto strumentale fra i due: il primo implicherebbe un'accezione materiale della nozione in esame e verrebbe a coincidere essenzialmente con i poteri di polizia e opererebbe nel settore pubblicistico del diritto; il secondo, invece, avrebbe delle traduzioni anche immateriali (o ideali) e troverebbe applicazione nel diritto civile e internazionale.

Altra dottrina, nel tentativo di individuare il nucleo essenziale dell'ordine pubblico, si è focalizzata principalmente sul rapporto fra ordine pubblico e diritti fondamentali, partendo dal presupposto che anche questi possono essere declinati come elemento costitutivo dell'ordine pubblico, dal momento che una determinata azione materiale o giuridica può comprometterli. Si sostiene l'esistenza di un legame stretto fra i due concetti, così forte da non poter arrivare all'individuazione della base fondamentale dell'ordine pubblico se non attraverso il nucleo essenziale dei diritti, anzi, del diritto stesso, generalmente inteso: è quest'ultimo ad essere declinato come il diritto fondamentale sulla base del quale si fonda un ordine obbligatorio⁷⁶.

Si sono individuate due possibili letture di questa relazione: la prima considera l'ordine pubblico come non fondamentale ma subordinato ai diritti fondamentali e strumentale alla garanzia di questi

⁷² G. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Paris, Cotillon-Pichon, 1899, (extrait de la "Revue de Lille"), p. 10.

⁷³ A. GROPPALI, op. cit. p. 77

⁷⁴ *Ivi*, p. 78.

⁷⁵ Il riferimento è a L. PALADIN, *Ordine pubblico*, cit., par. 2 e 3 e, sebbene con conclusioni diverse, a C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, cit., p. 372.

⁷⁶ Cfr. E. PICARD, op. cit., p. 43.

ultimi; una seconda teoria vede, invece, i diritti fondamentali sempre assoggettati alle possibili esigenze di ordine pubblico.

Questa seconda lettura teorizza un simile equilibrio di rapporti partendo dal fondamentale principio di eguaglianza, in base al quale non ci possono essere libertà dispensate dall'obbligo di rispettare le condizioni che assicurano a *tutti la stessa libertà*⁷⁷. I diritti si esercitano nella società, di conseguenza la loro definizione giuridica deve contenere i limiti imposti dal contesto di riferimento e per questo, secondo tale teoria, l'ordine pubblico, nel suo senso fondamentale, è coesteso ai diritti fondamentali; e, d'altro canto, i diritti fondamentali contribuiscono a determinare l'ordine pubblico, in quanto considerati elementi costitutivi di quest'ultimo.

Osservando il quadro risultante dalle varie interpretazioni relative alla natura dell'ordine pubblico, il dato principale che si evidenzia è quello della confusione: sensazione comprensibile dal momento che tale nozione è invocata solo quando si ritiene negata o violata e si impone quando si crede che venga opposta o minacciata, mettendo così l'accento sulla definizione puramente negativa di disordine. In tal senso, Guiraud affermava che è proprio quest'ultimo, il disordine, il termine centrale da cui partire nell'analisi del concetto di "ordine pubblico", perché vista dal di fuori tale nozione non è altro che l'assenza di disordini⁷⁸. Concetto, quello di disordine, il cui peso specifico si avverte ancor di più nelle società democratiche, in cui l'esigenza di assicurare l'ordinato svolgimento della vita sociale deve fare i conti con la realtà in larga misura caotica e in cui, conseguentemente, il riconoscimento delle libertà deve essere calibrato in base alla considerazione e alla tolleranza del potenziale disordine⁷⁹.

Non ci si può, però, accontentare di questa definizione *a contrario*, perché non è sufficiente: non si ristabilisce l'ordine semplicemente facendo cessare un disordine, ma mettendo in campo i mezzi necessari per eliminare le cause del disordine, per ritrovare l'equilibrio sociale, base della pacifica convivenza.

A tal proposito, troviamo in dottrina chi affianca all'obiettivo immediato del mantenimento dell'ordine un fine collettivo che ne allarga inevitabilmente la portata, conferendo alla nozione una prospettiva sociale con lo scopo di tutelare l'armonia dei rapporti all'interno della collettività⁸⁰. In questo modo si delinea un'idea di ordine pubblico che abbia come fine la soddisfazione dei bisogni collettivi, la protezione dell'esercizio delle libertà, lo sviluppo dell'uomo.

Partendo dal primo dei fini elencati, è facile constatare che l'esistenza di bisogni non garantiti si traduce in insoddisfazione che, a sua volta, può facilmente trasformarsi in fattore di turbamento, di

⁷⁷ Sostenuta, fra altri, da E. PICARD, *op. cit.*, p. 48 ss.

⁷⁸ C. GUIRAUD, *La police et l'ordre public*, Bordeaux, Delmas, 1938, p. 6.

⁷⁹ Cfr. G. CORSO, *Ordine pubblico. b) Diritto pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffrè, 1980, p. 1080.

⁸⁰ P. BERNARD, *op. cit.*, diffusamente nel testo.

disordine esterno: si tratta di uno scopo conseguente ad un'idea di ordine più ampia, condivisa dalla giurisprudenza che in alcune sentenze ha evidenziato come la missione di assicurare l'ordine pubblico ricomprenda anche la soddisfazione dei bisogni del paese o locali⁸¹.

Il secondo degli scopi elencati, quello della protezione dell'esercizio delle libertà, è legato ad una tradizionale nozione materiale di ordine pubblico, che al carattere negativo di questo fa corrispondere un'organizzazione essenzialmente positiva ed equa dell'esercizio delle libertà. In questo senso, l'ordine pubblico non dovrebbe essere un fine in sé, ma uno strumento attraverso il quale assicurare la coesistenza delle libertà nel giusto bilanciamento: un "*aménagement harmonieux*"⁸², una pianificazione equilibrata.

Il terzo obiettivo sposta nuovamente l'ago della bussola verso una nozione più ampia di ordine pubblico: l'estensione delle componenti tradizionali della nozione hanno permesso di constatare che l'ordine non si esaurisce nell'assenza di disordini esterni ma, per poter durare nel tempo, deve cementificare la tutela delle condizioni che garantiscono il pieno sviluppo dell'individuo all'interno della collettività.

È così che si giustifica l'allargamento dei confini dell'ordine pubblico, la cui nozione viene integrata e consolidata attraverso considerazioni morali, economiche, politiche nell'intento di proteggere l'equilibrio sociale vigente.

3.1. I tentativi di *reductio ad unum*: un ordine pubblico giuridico, politico o sociale?

Il lemma ordine pubblico viene usato dal legislatore in più circostanze, operanti, come già affermato, in differenti campi del diritto: civile, penale, internazionale, amministrativo. Si è già accennato in generale ai numerosi sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel tentativo di trovare una composizione fra le diverse braccia e le diverse declinazioni dell'ordine pubblico, una sistematizzazione della nozione risultante anche dalla precisazione del suo scopo o del suo ruolo.

Partendo dalle riflessioni sui contenuti e sugli elementi costitutivi, una parte della dottrina riduce la complessità dell'ordine pubblico ad una sola nozione omnicomprensiva facendo coincidere quest'ultimo con l'ordine giuridico⁸³ nel suo insieme. Più specificamente, per una parte della dottrina la nozione di ordine pubblico ingloba nelle sue esigenze il rispetto dei principi generali del diritto,

⁸¹ Ad esempio, le sentenze del *Conseil d'État* francese del 24 febbraio 1961, Isnardon, in A.J. 1961, II, p. 229 ss. e del 7 gennaio 1944, Lecoq, in R.D.P. 1944, p. 325.

⁸² Come lo definisce P. BERNARD in *La notion d'ordre public en droit administratif*, cit., p. 49.

⁸³ Alcuni in questa *reductio* hanno visto il passaggio da un «ordine di polizia» ad un «ordine di giustizia», sulla scia della trasformazione della fisionomia dello Stato, da Stato di polizia a Stato di diritto in senso liberale per arrivare, infine, allo stato sociale di diritto proprio della nostra Costituzione. Vedi V. GREVI, *op. cit.*, p. 346.

coincidendo così con l'«ordine giuridico»⁸⁴ inteso come l'insieme delle regole che disciplinano le azioni per renderle conformi a delle finalità sociali e avendo sempre come scopo la conciliazione fra l'esercizio delle libertà e la necessità della vita sociale.

Burdeau, ad esempio, definisce l'ordine pubblico come «*le reflet de l'économie générale de l'ordre juridique en vigueur à un moment donné.*»⁸⁵. Secondo questo approccio, la legalità viene, in quanto valore, interamente ricompresa nel concetto di ordine pubblico dal momento che il rispetto delle leggi integra un'esigenza di ordine: è quello che Hauriou chiama «blocco legale»⁸⁶, cioè l'insieme delle leggi e dei regolamenti.

Parallelamente, una sintesi simile sembra potersi individuare anche in alcune pronunce della Corte costituzionale italiana – nelle quali l'ordine pubblico viene inquadrato come «l'ordine legale su cui poggia la civile convivenza»⁸⁷ – e in alcune tesi sostenute in dottrina, che leggono l'ordine pubblico come «riflesso immanente dell'ordinamento giuridico»⁸⁸, limite esercitabile potenzialmente nei confronti di tutte le azioni esperibili all'interno di un dato sistema, o come quel sentimento scaturente da un ordinato svolgimento della vita sociale dovuto *all'osservanza delle norme giuridiche*⁸⁹. Tale carattere di limite generale delle situazioni giuridiche di libertà viene ribadito anche in altre sentenze, in cui si afferma ad esempio, che «le libertà cosiddette privilegiate non possono sottrarsi ai *principi generali dell'ordinamento giuridico*, i quali impongono limiti naturali alla espansione di qualsiasi diritto»⁹⁰.

Conferma ulteriore si può trovare in un'altra pronuncia della Corte in cui all'interno dell'ordine legale costituito, oggetto ormai assodato dell'ordine pubblico, si ricomprende anche la tutela dell'ordine economico unitamente alla conservazione di quei «valori che ogni Stato, per necessità di vita, deve pur garantire»⁹¹.

Ulteriore evoluzione di quest'ultima lettura della nozione in esame si può riscontrare nella tesi che, non condividendo la totale equiparazione fra l'ordine pubblico e l'intero ordinamento giuridico,

⁸⁴ Cfr. P. BERNARD, *op. cit.*, p. 74 ss. Allo stesso modo, in Italia, con l'obiettivo di garantire il limite dell'ordine pubblico e definire l'intervento delle autorità amministrative, vengono considerate equivalenti le aree d'azione dell'ordine pubblico e dell'ordine giuridico: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo italiano*, IV, Società editrice libraria, Milano, 1904.

⁸⁵ M. BURDEAU, *Traité de Science Politique, t. I: le Pouvoir politique*, Parigi, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 141 ss. e ID., *Manuel de droit public (Les libertés publiques, les droits sociaux)*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, p. 37; 50 ss.

⁸⁶ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1933.

⁸⁷ Sent. n. 2/1956 ripresa dalla sent. n. 25/1965 (punto 6 del Considerato in diritto) e dalla sent. n. 19/1962, in cui, al punto 4 del Considerato in diritto, si può leggere «l'ordine pubblico (...) – inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale (cfr. la sentenza di questa Corte n. 2 del 1956) – è un bene collettivo».

⁸⁸ V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 134.

⁸⁹ Cfr. E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961, p. 9.

⁹⁰ Sent. n. 25 del 1965 al punto 3 del Considerato in diritto (corsivo aggiunto). Si segnala anche la sent. n. 168 del 1971 nella quale, al punto 3 del Considerato in diritto, il concetto di ordine pubblico costituzionale viene sì affermato, ma con una sfumatura diversa derivante dall'averne individuato il fine nel «garantire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili». In questo modo, la Corte sembrerebbe aver trasformato «l'ordine pubblico da limite dei diritti in un loro presupposto», come nota A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, cit., p. 200.

⁹¹ Sent. n. 87 del 1966, punto 4 del Considerato in diritto.

restringendo il “campo visivo” alla sola costituzione, teorizza uno schiacciamento del contenuto dell’ordine pubblico sul portato della carta costituzionale. Si profila così una possibile declinazione dell’ordine pubblico come rispondente nei suoi limiti e confini all’ordinamento costituzionale o, più generalmente, al rispetto dell’*ordine* costituzionale inteso come assenza di turbamenti che possano determinare una rottura degli equilibri istituiti⁹², propri del carattere democratico dell’ordinamento: ne consegue la considerazione del limite dell’ordine pubblico come immanente all’esercizio dei diritti costituzionali e alla tutela degli assetti e degli equilibri sanciti in costituzione. In una pronuncia della Corte si legge che «l’esigenza dell’ordine pubblico, per quanto altrimenti ispirata rispetto agli ordinamenti autoritari, non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari (...) al regime democratico e legalitario, consacrato nella Costituzione vigente (...) è connaturale un sistema giuridico, in cui gli obiettivi consentiti ai consociati e alle formazioni sociali non possono esser realizzati se non con gli strumenti e attraverso i procedimenti previsti dalle leggi, e non è dato per contro pretendere di introdurre modificazioni o deroghe attraverso forme di coazione o addirittura di violenza. Tale sistema *rappresenta l’ordine istituzionale del regime vigente; e appunto in esso va identificato l’ordine pubblico del regime stesso (...)* così inteso, *l’ordine pubblico è un bene inerente al vigente sistema costituzionale (...)* il mantenimento di esso – nel senso di *preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi (...)* sia *finalità immanente del sistema costituzionale*»⁹³.

In altri termini, l’ordine pubblico sarebbe un bene «inerente al sistema costituzionale che costituisce un limite insuperabile all’esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti»⁹⁴. Di più: sarebbe, e vale la pena sottolinearlo ancora, «l’ordine istituzionale del regime vigente» ed una «*finalità immanente del sistema costituzionale*»⁹⁵.

Autorevole dottrina legge con sfumature diverse la declinazione di ordine pubblico in esame, nozione in cui riconosce la coesistenza di una varietà di significati fra i quali assume rilevante importanza l’interpretazione in «senso costituzionalistico», in base alla quale l’ordine pubblico verrebbe a coincidere con il «sistema di valori e principi inderogabili, che informano storicamente l’ordinamento generale della comunità statale»⁹⁶

⁹² Sul punto, criticamente, C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 132-133.

⁹³ Sent. n. 19 del 1962, punto 4 del Considerato in diritto (corsivo nostro). Più tardi, il Pretore di Recanati nell’ordinanza di rinvio del 21 maggio 1970 (riportata da A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 1779) si rifarà a tale declinazione dell’ordine pubblico (considerandolo, quindi, ordine istituzionale del regime vigente) ma vi aggiunge, a mio avviso, un’ulteriore sfumatura, più attenta alla dimensione materiale, intendendo la Costituzione come «struttura portante di quell’ordinamento giuridico che non può non tendere al proprio permanere».

⁹⁴ Così, nel commentare criticamente alcune tendenze della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di ordine pubblico, G. CORSO, *Ordine pubblico. b) Diritto pubblico*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffrè ed., 1980, p. 1064.

⁹⁵ Espressioni, come visto, che si leggono nel testo della sentenza n. 19 del 1962 e dalle quali emerge una declinazione dell’ordine pubblico che è stata criticata aspramente dalla dottrina (v. ad esempio C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l’ordine pubblico*, in *Giur. Cost.* 1962, p. 192) in quanto confonde la tutela dell’*ordre dans la rue*, cioè dell’ordine di polizia, con l’ordine istituzionale, il quale ha per oggetto i valori ideali recepiti dall’ordinamento giuridico.

⁹⁶ V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1956, p. 71.

C'è, però, chi non condivide affatto la teorizzazione di un ordine costituzionale, sia che venga inteso come condizione di efficacia dell'ordinamento, sia che si intenda come complesso di principi emergente da tutte le norme della Costituzione⁹⁷, escludendo che tali principi, pur costituendo un ordine, possano svolgere una funzione normativa ulteriore rispetto a quella espressamente prevista o che possano essere oggetto di autonoma tutela e quindi costituire un limite ai diritti e, in generale, alle situazioni giuridiche soggettive⁹⁸. Su tale assimilazione si basa infatti la teoria (sposata dalla Corte costituzionale in diverse sentenze) dei limiti impliciti ai diritti costituzionali, in base alla quale si sono limitati diritti costituzionalmente garantiti per esigenze non espressamente previste dalla Carta, ma considerati come impliciti nel concetto di tutela dell'ordine costituzionale e istituzionale vigente. Ad esempio, applicando tale declinazione, la Corte nella sent. n. 168 del 1971 ammette che situazioni soggettive costituzionalmente tutelate vengano condizionate da «esigenze di una tollerabile convivenza», elemento non meglio precisato e quindi estremamente aleatorio che, nonostante questo, verrebbe in questo modo ad avere forza normativa⁹⁹.

Da qui si è detto, efficacemente, che va escluso «il diritto di cittadinanza a un ordine costituzionale»¹⁰⁰.

Tornando alla interpretazione che vede l'ordine pubblico come equivalente all'ordine giuridico, è interessante segnalare le letture critiche di simile omologazione: ad esempio, l'osservazione secondo la quale, allargando la tutela garantita dall'ordine pubblico ai reati (non più quindi ai soli delitti) che possano turbare l'ordinata convivenza, si arriva a ricomprendere nei fatti produttivi di disordine anche fatti giuridicamente non vietati, escludendo, di conseguenza, l'identificazione dell'ordine pubblico con l'ordine giuridico¹⁰¹. Ancora, c'è chi si discosta da simile equiparazione sostenendo che da essa possa derivarne una confusione fra i limiti dell'uno e dell'altro, con l'inevitabile smarrimento dell'autonomia logica dei due concetti e la relativa perdita di garanzie nei confronti dei pubblici poteri¹⁰².

Alcuni, invece, si discostano dall'assimilazione fra l'ordine pubblico e l'ordinamento giuridico sostenendo che il concetto di ordine pubblico abbia in comune con quello giuridico solo il riferimento alla vita sociale (e ciò per l'aggettivo pubblico che lo collega alla collettività) e che, al contempo, si distanzi da esso per altre ragioni. In particolare, in considerazione del fatto che il sostantivo ordine

⁹⁷ Si pone infatti l'accento sul fatto che in entrambi i casi si affermerebbe un ordine pubblico ideale che andrebbe ad alterare la «circularità del potere» costruendo le basi per «l'involuzione del nostro ordinamento liberal-democratico in un sistema di democrazia guidata», così A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 1780-1781.

⁹⁸ Cfr. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico*, 1963, p. 111.

⁹⁹ Cfr. A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 1780-1781.

¹⁰⁰ Così G. CORSO, *Ordine pubblico, b) Diritto pubblico*, cit., p. 1082-1083.

¹⁰¹ P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1953, p. 117 ss.

¹⁰² A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, cit., p. 113.

sta ad indicare la necessità della presenza di certe condizioni senza le quali quello stato di cose (l'ordine) non esisterebbe ma anzi muterebbe fino a degenerare nel disordine, l'ordine diviene un concetto che non solo designa la realtà per come è, ma indica anche come la realtà deve essere. Ed è proprio questo elemento di valutazione della realtà sociale che, secondo questa dottrina, caratterizza il concetto di ordine pubblico rispetto a quello di ordine giuridico¹⁰³. Mentre quest'ultimo è un sistema di elementi che non possono non esistere in ogni società, l'ordine pubblico è un bene che si ottiene e si mantiene solo a patto di conservare determinate condizioni: è quello stato di cose che rappresenta la normalità di una collettività. Secondo Levi, la tipologia di rapporto fra ordine giuridico ed ordine politico è quella di mezzo a fine, e dunque l'ordine pubblico che si viene a delineare trascende l'ordine giuridico e diviene concetto politico: in questa interpretazione, l'ordine pubblico coincide con il bene del *populus sociatus*, della collettività organizzata e diviene dunque oggetto e fine dell'intero ordinamento giuridico «il quale costituisce, appunto, l'insieme delle condizioni obbiettive, cui risponde il concetto di ordine pubblico»¹⁰⁴. E quest'ultimo, sempre secondo Levi, viene a coincidere, in un ordinamento giuridico costituito, con «l'insieme dei limiti politici del diritto subbiiettivo»¹⁰⁵: formulazione con la quale l'autore si proponeva di fornire una complessiva caratterizzazione del concetto in esame nel campo giuridico.

Anche un'altra corrente dottrinale si oppone alle teorie che considerano l'ordine giuridico e l'ordine pubblico come sostanzialmente coincidenti e basa le proprie critiche sull'osservazione che, nel ricomprendere all'interno dell'ordine pubblico tutti gli elementi dell'ordinamento giuridico, si trascura una presenza ingombrante: quella del principio di libertà e dei diritti fondamentali, che sono sicuramente fondamento dell'ordinamento giuridico, ma non anche dell'ordine pubblico, in quanto entrambi affondano le radici in un terreno più profondo di quello proprio di un ordinamento giuridico costituito. In altre parole, se un ordine giuridico costruisse come norme di ordine pubblico tutte le norme che contiene, non potrebbe più fondarsi sul principio di libertà.

Sostenendo che i diritti fondamentali e il principio di libertà vengano prima dell'ordine pubblico e del testo scritto che li recepisce e ne disciplina l'esercizio, tale dottrina ricerca, quindi, non nel testo scritto fondamentale di un dato ordinamento (la Costituzione) la base dell'ordine pubblico, ma nel *Diritto*, o meglio, nell' "*esprit de droit*" che quella costituzione ha determinato. Sottolineano che tutto il diritto presuppone un certo ordine («*ordre d'une société, ordre d'organes, ordres de droits et d'obligations, et ordre de normes, de principes et de règles...*») e trovano in questo la ragione e la funzione fondamentale dell'ordine pubblico: anche se non tutte le regole di un ordinamento giuridico

¹⁰³ Tesi sostenuta da A. LEVI, *Ordine giuridico ed ordine pubblico*, Congresso internazionale di filosofia, Bologna, 6-11 aprile 1911, in *Rivista di filosofia*, ed. A. F. Formiggini, Modena, 1911, p. 7 ss.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 13

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 18.

sono di ordine pubblico, è il diritto stesso, in quanto ordine giuridico, a contenere in sé il principio di ordine pubblico¹⁰⁶.

Sempre all'interno delle sistematizzazioni teorizzate a partire dai contenuti e dagli elementi costitutivi dell'ordine pubblico, bisogna menzionare quella basata sulla contrapposizione fra l'ordine pubblico amministrativo e l'ordine pubblico normativo già accennata nel paragrafo precedente: il primo ha carattere materiale, imponendosi e limitando di conseguenza le attività dei consociati; il secondo, corrispondendo a quanto stabilito dal diritto vigente, allo *ius positum* in un dato momento e luogo, ha natura ideale. L'uno (quello amministrativo) si riferisce al regolare andamento del *vivre ensemble* e afferisce allo «Stato-persona nei suoi originari compiti di polizia e sicurezza interna»¹⁰⁷, e qui, secondo tale dottrina, rientrerebbe la nozione di ordine pubblico operante nel diritto amministrativo, penale e costituzionale; l'altro (quello normativo) corrisponde all'integrità del sistema normativo e fa capo allo «Stato-ordinamento quale sistema coerente ed unitario di valori e di principi»¹⁰⁸, e si ritroverebbe nel diritto civile e internazionale privato, sebbene la dottrina in esame non manca di rinvenirne qualche traccia anche all'interno della Costituzione stessa. Secondo questa teoria, l'ordine pubblico non viene a coincidere con l'ordinamento giuridico, ma costituisce un'esigenza comunque limitata dai principi della legalità e della libertà che, quindi, può essere soddisfatta solo qualora l'ordinamento lo preveda espressamente disciplinandone i confini.

Inoltre, non manca chi, basandosi soprattutto su alcune tendenze della giurisprudenza, sostiene l'esistenza di un legame fra “ordine pubblico” ed “interesse generale”, considerando il primo come una sorta di frazione, di partizione del secondo¹⁰⁹. A supporto di questa lettura, si evidenziano i passaggi di alcune decisioni del *Conseil constitutionnel*: in particolare, quella del 20 gennaio 1981, quella del 22 luglio del 1980 e quella del 3 settembre 1986¹¹⁰. Con la prima, il *Conseil* considera conformi a Costituzione le misure sottoposte al suo parere, sostenendo che le conseguenti limitazioni di diritti non costituiscono delle coercizioni maggiori di quelle necessarie alla salvaguardia dei fini di *interesse generale* aventi valore costituzionale; con la seconda, il *Conseil* declina la protezione delle persone e dei beni (una componente dell'ordine pubblico) come elemento di «*sauvegarde de l'intérêt général*»¹¹¹ avente il carattere di principio di valore costituzionale; nella terza, infine, ci si riferisce

¹⁰⁶ E. PICARD, *op. cit.*, pp. 36-37.

¹⁰⁷ Così L. PALADIN, *Ordine pubblico*, cit. p. 130.

¹⁰⁸ *Ibidem*. Questa distinzione fra ordine pubblico amministrativo e ordine pubblico normativo ricalca quella più nota fra ordine pubblico materiale e immateriale o ideale che verrà approfondita nel paragrafo 4.

¹⁰⁹ Cfr. J. E. SCHOETTL, *Interêt générale et Constitution, Rapport public du Conseil d'Etat 1999*, Etudes et documents, n. 50, 1999, p. 375 ss.; M. VERPEAUX, B. MATHIEU, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, Semaine juridique JCP, I, 201, 2000, p. 147.

¹¹⁰ Rispettivamente, decisione n. 80-127 DC del 20 gennaio 1981; n. 80-117 del 22 luglio 1980 relativa ad una legge sul controllo in materia nucleare; n. 86-216 del 3 settembre 1986 riguardante una legge sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri in Francia.

¹¹¹ Decisione del *Conseil constitutionnel* n. 80-117 del 22 luglio 1980.

indifferentemente e per lo stesso scopo al concetto di «*impératifs d'intérêt public*» e al concetto di «*nécessités d'ordre public*»¹¹².

Altre teorie¹¹³ sostengono, invece, che l'ordine pubblico abbia natura duale, cioè sia giuridica che politica, nel senso che l'imperatività che suppone deve riflettere quello che politicamente si considera necessario alla preservazione dell'ordine sociale e dell'ordine giuridico. E queste due nature sono strettamente connesse, dal momento che la componente politica non deve essere intesa solo come elemento costitutivo dell'ordine pubblico, ma anche come condizione della sua effettività in quanto categoria giuridica.

In altre parole, lo Stato, in quanto ordine sia giuridico che politico, dispone di una risorsa specifica volta al suo mantenimento e alla sua conservazione: l'ordine pubblico.

L'idea di questa stretta articolazione fra dimensione giuridica e dimensione politica dell'ordine pubblico si rende evidente se, partendo dalla considerazione dell'ordine pubblico come l'insieme delle regole che la coscienza collettiva giudica indispensabili, se ne evidenzia il legame con il sistema dei valori morali cui aderisce la maggioranza dei cittadini e il cui rispetto costituisce un «*contrat social tacite qui fonde l'autre contrat social, de nature politique, par lequel le peuple manifeste sa volonté de constituer une communauté étatique*»¹¹⁴.

Ancora, vi è chi individua tre “anime” nell'ordine pubblico: l'ordine morale (o dei costumi), l'ordine propriamente politico e l'ordine sociale. Secondo questa linea interpretativa, l'ordine pubblico sarebbe la sintesi, sempre in divenire, di queste componenti, risultando di volta in volta dall'amalgamarsi dell'ordine dei costumi (com'è praticato nei fatti in un determinato momento), dell'ordine propriamente politico, e dell'ordine sociale (declinato come successione nel tempo di situazioni di calma e situazioni di crisi provvisoriamente governate)¹¹⁵.

Una parte della dottrina¹¹⁶, sempre nel tentativo di tenere insieme le diverse declinazioni dell'ordine pubblico e di definire più nettamente questa nozione, costruisce la propria analisi assumendo l'esistenza di due significati di ordine pubblico: nella prima accezione, lo indentifica con i valori politici dello Stato, intendendo questo termine nel senso di “cosa pubblica”; nella seconda, con i valori sociali non politici, vedendo nella nozione in esame un sinonimo di “pubblica utilità”.

In altre parole, si distinguono due specie di ordine pubblico: a) l'ordine politico nello Stato; b) l'ordine nella società.

¹¹² Decisione del *Conseil constitutionnel* n. 86-216 del 3 settembre 1986.

¹¹³ S. ROLAND, *L'ordre public et l'État. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public*, in C.A. DUBREUIL (a cura di), *L'ordre public*, ed. CUJAS, Parigi, 2013, pp. 11-15.

¹¹⁴ G. LEBRETON, *Ordre public et dignité de la personne humaine: un problème de frontière*, in M.J. REDOR (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics et droits fondamentaux*, Emile Bruyillant, Bruxelles, 2001, p. 353.

¹¹⁵ R. POLIN, *L'ordre public*, in R. POLIN (a cura di), *L'ordre public*, cit., p. 25.

¹¹⁶ Cfr. P. BERNARD, *op. cit.*, p. 70 ss.

Il primo aspetto viene incontro all'esigenza di stabilità politica e risponde alla necessità di impedire il verificarsi di turbamenti del buon funzionamento dello Stato, che qui però appare declinato in un senso più complesso, non coincidente solamente con un regime politico determinato, ma con la salvaguardia di quel *minimum* di organizzazione statale che è fattore di stabilità e pace.

La giurisprudenza, nel tentativo di delineare questo nucleo essenziale alla base del concetto di ordine pubblico nel senso di ordine nello Stato, ha provato ad individuare le componenti in cui questo si articola. Così, mettendosi in questa prospettiva, il *Conseil* ridisegna i contorni della sicurezza esterna ed interna dello stato declinando il concetto di difesa in maniera più ampia per farlo uscire dal piano esclusivo della guerra e rivestire un carattere permanente: la difesa interna del territorio si declina come la necessità di mantenere la tranquillità sociale e la stabilità degli organi di governo, facendo fronte a tutte le forme di aggressione della vita della nazione tramite misure di polizia e di difesa che salvaguardino l'infrastruttura dell'ordinamento, l'apparato amministrativo e governativo.

Ad esempio, sempre muovendo da un'accezione del lemma "difesa e sicurezza" come tutela dell'ordine politico nello Stato, si ricomprendono fra gli obiettivi di ordine pubblico anche la tutela del buon funzionamento dei servizi pubblici, fonte di pace sociale e vettore di uguaglianza, secondo un'idea di Stato in cui il mantenimento dell'ordine non è legato soltanto alla sicurezza nelle strade, ma anche alla sicurezza economica e sociale.

Salendo lungo la scala gerarchica su cui è stata costruita l'idea di ordine politico nello Stato, in cima troviamo la salvaguardia del regime politico, dunque una protezione delle istituzioni politiche realizzata nel nome dell'ordine pubblico: tutto ciò che attenta all'ordine costituzionale è un fattore di disordine, di turbamento della pace pubblica e salvaguardare la tenuta delle istituzioni e della forma repubblicana significa tutelare l'interesse pubblico e mantenere l'ordine.

Insomma, l'ordine pubblico suppone l'ordine democratico e nello Stato, il quale preserva l'interesse nazionale, ha per obiettivo il buon funzionamento dello Stato e si identifica con ciò che Hauriou chiama «legittima difesa dello Stato»¹¹⁷.

L'ordine nella società è invece una prospettiva nuova che mira a mettere in luce l'essenza, l'oggetto permanente dell'ordine pubblico, declinando una nozione di ordine sociale che ha per scopo la stabilità dello stato sociale, la difesa delle sue fondamenta nell'interesse generale della collettività.

Ne deriva una nozione di ordine pubblico che corrisponde a delle esigenze connaturate alla natura dell'uomo e della società: questa dottrina si spinge oltre la contingenza e la circostanzialità, designando una nozione di ordine pubblico potenzialmente adattabile a tutte le società perché volta ad assicurare il rispetto del substrato sociale, cioè di tutti i valori caratterizzanti le diverse collettività umane.

¹¹⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, ed. Recueil Sirey, Parigi, 1929.

Da qui, alcuni arrivano ad inglobare nell'ordine pubblico il diritto naturale, sostenendo che il primo ricomprenda le regole ideali e universali, i principi superiori che assicurano il normale funzionamento della società: in questo modo l'ordine pubblico, proteggendo i valori sociali esistenti, concretizza in delle norme il diritto naturale, aprendo anche ad esso (come per la morale) la strada per introdursi nell'ordinamento¹¹⁸.

Sembra opportuno, a questo punto, soffermarsi sul concetto di ordine sociale in relazione all'ordine pubblico e all'ordinamento giuridico: questione che ha interessato la dottrina e che sembra necessaria sia per poter ragionare sui tentativi di *reductio ad unum* del concetto ordine pubblico, sia per individuare il senso, il ruolo, la *ratio* di tale nozione nell'economia di un ordinamento.

Autorevole dottrina sviluppa le proprie analisi a partire dal rapporto fra società e giustizia, evidenziando come, sebbene intimamente legate, esse non siano una sola cosa¹¹⁹: può esserci, ad esempio, un ordine sociale (o un'istituzione di esso) profondamente ingiusto o una giustizia incapace di adattarsi alle esigenze sociali.

Se si guarda al passato, ci si accorge che l'ordine sociale e la giustizia possono proseguire insieme oppure opporsi l'un l'altro ed esprimersi, conseguentemente, in un ordinamento organico e pacificato oppure in uno stato di crisi sociale. Il desiderio di giustizia provoca le rivoluzioni sociali che rovesciano l'ordine sociale stabilito per crearne uno nuovo: così sembrano crearsi e convivere in tutte le società due fazioni, una conservatrice, moderata o reazionaria, il cui interesse è il mero mantenimento dell'ordine sociale, ed una rivoluzionaria o riformista, più attenta al rispetto dell'ideale di giustizia. Una tensione latente e destinata a durare nel tempo basata, secondo tale dottrina, su alcuni dati (supposti come) strutturali: ad esempio, il fatto che, se l'ordine sociale è mutevole (dal momento che ne esistono diverse forme) l'idea di giustizia, invece, si ritiene essere sempre la stessa; oppure la constatazione che, anche se l'ordine sociale contiene una certa dose di giustizia già incorporata in sé, si trova comunque sempre in conflitto con una nuova dose di giustizia che lotta per essere incorporata anch'essa.

Insomma, se la giustizia ha come scopo l'*aequum* e il *bonum*, l'ordine sociale, essendo realizzazione di una determinata idea della società, ha per scopo la stabilità del corrispondente stato sociale: ne deriva una diversa gradazione nell'urgenza degli obiettivi tale da far sì che l'ordine sociale prevalga sulla giustizia. Questa differenza ha condotto a ritenere che l'ordine sociale sia un elemento della società prioritario rispetto alla giustizia: in altre parole, l'ordine sociale rappresenterebbe «le

¹¹⁸ Tesi di LERBOURS-PIGEONNIÈRE, *L'ordre public*, Thèse, 1934 cui Bernard replica affermando che sarebbe più opportuno considerare l'ordine pubblico come l'aspetto giuridico del Diritto naturale, interpretando l'ordine pubblico come il diritto naturale di una collettività inteso nel senso di regole fondamentali e necessarie alla sua sopravvivenza.

¹¹⁹ Cfr. M. HAURIU, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud & Gay, Paris, 1933.

minimum d'existence, et la justice sociale est un luxe dont, dans une certaine mesure on peut se passer»¹²⁰.

In sintesi, l'ordine sociale può essere identificato nella tensione verso la stabilizzazione dello Stato sociale attraverso una struttura equilibrata.

A questo punto della riflessione, si deve aggiungere un terzo elemento a questa rapporto dialettico: il diritto, volto alla realizzazione sia dell'ordine sociale, sia della giustizia. Anche qui, però, si sottolinea il maggior peso che in questa dialogo assume il primo elemento rispetto al secondo, dato che, essendo più facilmente constatabile l'elemento della struttura e dell'organizzazione di una società rispetto a quello della giustizia vigente al suo interno, si ritiene che l'ordine sociale sia un elemento immediatamente percepibile.

Andando oltre questo primo approccio, si ricava che non solo l'elemento dell'ordine sociale è quello che dona una determinata fisionomia al diritto positivo, ma anche quello che delinea il diritto positivo come insieme di regole organizzate in categorie che si applicano a corrispondenti categorie di relazioni sociali¹²¹.

L'ordine sociale, generalmente assimilato alla stabilità sociale, viene a volte considerato come una forma di staticità, mentre al contrario è una forma di movimento: anzi, è proprio da questo movimento lento e uniforme di trasformazione di un sistema sociale ordinato, che nasce la stabilità sociale.

A questo punto sembra opportuno accennare al problema di una possibile dicotomia fra ordine naturale ed ordine pubblico. Il rapporto dialettico fra questi due concetti si basa su una subordinazione del secondo al primo in ottemperanza alla Dichiarazione del 1789, la quale assegna alla legge lo scopo di realizzare l'ordine naturale, a condizione che questo ordine naturale non nuoccia all'ordine pubblico stabilito dalla legge. L'ordine naturale considera l'uomo come valore superiore e fine ultimo del diritto e individua il suo bisogno primario nella garanzia di una vita conforme alla sua natura.

Di conseguenza, l'ordine pubblico voluto e costruito dall'uomo deve realizzare, rendere concreto l'ordine naturale: e se la conformità fra questi due ordini non è realizzata, la legislazione rischia di causare turbamenti e rimettere in discussione le basi stesse della società creando le premesse per una situazione di conflitto, di rivolta.

Dunque, guardando il prospetto appena tratteggiato delle diverse teorie proponenti un'unificazione del concetto in esame, possiamo osservare un generale insuccesso dei vari tentativi effettuati: il che ci porta a concludere che l'ordine pubblico può essere compreso all'interno di quei concetti giuridici definiti "in disordine"¹²².

¹²⁰ *Ivi*, p. 49.

¹²¹ *Ivi*, pp. 45-67.

¹²² Cfr. C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 125.

3.2. Il ruolo, lo scopo e il senso dell'ordine pubblico: i diversi approcci e alcune recenti evoluzioni (cenni)

Dopo queste considerazioni, sembra opportuno riprendere alcune riflessioni già accennate e soffermarsi (seppur brevemente) sulle differenti teorizzazioni relative allo scopo e al senso che l'ordine pubblico riveste all'interno di un ordinamento, questione fondamentale perché dalle differenti interpretazioni relative al ruolo svolto da tale nozione dipende evidentemente il grado e la qualità della libertà e della socialità all'interno di una data collettività.

Una parte della dottrina vede nell'ordine pubblico la traduzione in termini giuridici del potere, essendo anch'esso un insieme di diverse componenti politiche, sociali e morali¹²³. Partendo da questo, attribuisce un triplo ruolo all'ordine pubblico: anzitutto, quello di garanzia e tutela dell'ordinamento giuridico, svolto con lo sforzo di assicurare il rispetto delle regole fondamentali che assicurano l'equilibrio, l'ordine e l'armonia del diritto, e che connota tale nozione come essenzialmente conservatrice.

Questo è considerato l'obiettivo minimo dell'ordine pubblico, il suo elemento primario: sopprimere le minacce, evitare i disordini nel tentativo di garantire la sicurezza, condizione basilare dell'ordine. Per adempiere questo compito, però, la tutela dell'ordine pubblico ha spesso giustificato l'assunzione di misure particolarmente limitative delle libertà, fino ad arrivare alla nascita di regimi di eccezione e l'adozione di paradigmi emergenziali: tutte manifestazioni dell'affermarsi di una sorta di istinto di conservazione dello Stato.

Il secondo ruolo è quello che l'ordine pubblico assume come mezzo di risoluzione di conflitti e che adempie stabilendo un ordine di priorità fra due o più regole di diritto o diverse volontà particolari. Così interpretato come strumento di conciliazione fra libertà e come criterio di disposizione razionale di tutte le cose all'interno di una società, il suo scopo si identifica nel garantire l'equilibrio dei rapporti, l'armonia e la pace pubblica. In quest'ottica, assume le vesti di parametro delle esigenze sociali, cioè di strumento per valutare gli elementi avvertiti come prioritari dalla società e in base al quale si sceglie cosa proteggere attivamente in difesa della vita sociale. In tal modo, l'ordine pubblico diviene allo stesso tempo istinto di conservazione e di sviluppo che tende a realizzare un equilibrio armonioso fra le varie tendenze sociali, individuali e collettive.

Infine, il terzo ruolo è quello che vede l'ordine pubblico come mezzo di adattamento, cioè come nozione che permette al legislatore di leggere la realtà sociale, recepirne i mutamenti, le evoluzioni e allargarsi a nuovi obiettivi: l'ordine pubblico verrebbe così a situarsi al confine fra l'autorità dello Stato e il consenso popolare in vista della realizzazione del bene comune.

¹²³ P. BERNARD, *op. cit.*, p. 262.

In sintesi, la dottrina in esame individua il fine dell'ordine pubblico presente in tutte e tre le sue declinazioni nel bene comune o pubblico: anche se quest'ultimo è, in realtà, l'obiettivo finale di tutte le regole sociali, è solo tramite l'ordine pubblico che si ha una traduzione in termini giuridici dello stesso.

Altri, più semplicemente, leggono nell'ordine pubblico un complesso di esigenze e di principi di carattere politico che trovano una sintesi nella «considerazione unitaria dell'interesse fondamentale dello Stato»¹²⁴.

Non manca chi tenta di definire l'ordine pubblico partendo dal suo rapporto con le libertà, di cui deve essere pianificazione armoniosa: se le libertà sono garantite in funzione del mantenimento dell'ordine, l'ordine non può che essere compreso attraverso le libertà. Meglio, l'ordine è un fine per il raggiungimento del quale la scelta dei mezzi da utilizzare non è indifferente: deve essere ottenuto tramite l'esercizio delle libertà di modo che se esternamente si caratterizza per il risultato materiale della sicurezza e della tranquillità, è perché giuridicamente è declinato come equilibrio fra le libertà¹²⁵.

Dalla tesi che vede nell'organizzazione delle libertà il fine dell'ordine pubblico, si discosta parte della dottrina¹²⁶ che, partendo dall'analisi della giurisprudenza in materia, non considera l'ordine pubblico né un concetto costituzionale, né un diritto, né un principio, ma una tecnica che assicura l'esercizio e la protezione dei diritti e delle libertà, un mezzo per garantire questo equilibrio. Una simile prospettiva apparirebbe evidente a partire dalla decisione del 27 luglio 1982¹²⁷, con la quale il *Conseil* ha consacrato la tutela dell'ordine pubblico come obiettivo di valore costituzionale, confermando quanto già preannunciato con la decisione del 20 gennaio 1981¹²⁸, secondo la quale l'obiettivo di prevenire attentati all'ordine pubblico è necessario alla realizzazione di principi e diritti di valore costituzionale¹²⁹. In sintesi, lo Stato, e il legislatore nello specifico, deve sì rispondere alle esigenze sociali, ma si tratterebbe di un'obbligazione di mezzi, non di risultato, implicante la scelta oculata e costituzionalmente bilanciata di tali strumenti. Ne deriva che il rapporto fra l'ordine pubblico e i diritti di libertà, in quest'ottica, è un rapporto di mezzo a fine.

¹²⁴ Così A. GROPPALI, *op. cit.*, p. 79-80.

¹²⁵ M. BURDEAU, *Manuel de droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, cit., p. 54-55.

¹²⁶ Cfr. J. M. LARRALDE, *La constitutionnalisation de l'ordre public*, cit., p. 223.

¹²⁷ Decisione n. 82-141 DC del 27 luglio 1982, con la quale si afferma che è compito del legislatore conciliare l'esercizio della libertà di comunicazione prevista dall'articolo 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo con «*les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte*».

¹²⁸ La decisione n. 80-127 DC del 20 gennaio 1981 al punto 56 afferma: «*la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en oeuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle*».

¹²⁹ L'identificazione dell'ordine pubblico con l'interesse alla prevenzione e alla repressione dei reati caratterizzerà l'atteggiarsi della nozione in esame nel contesto della legislazione d'emergenza.

Alcuni¹³⁰, in maniera molto lineare, trovano la funzione dell'ordine pubblico nella garanzia che vengano soddisfatte in tutte le circostanze le esigenze d'ordine materiale e giuridico che sono essenziali all'interno di un dato ordinamento giuridico. Ma negli ordinamenti giuridici fondati sul principio di libertà e sulla garanzia della Costituzione, questo ragionamento sembra vacillare dal momento che le libertà, considerate nel loro contenuto, non contengono tutti riferimenti all'ordine pubblico: questa nozione viene in gioco solo quando la Costituzione, direttamente o indirettamente, la prevede e quindi non può condizionare sempre e costantemente l'uso di tutte le libertà, effetto che produrrebbe se fosse davvero la base su cui si fonda l'efficacia dell'intero ordinamento¹³¹.

L'ordine pubblico si basa su ciò che l'ordinamento giuridico nel suo insieme ritiene fondamentale, vitale: e fino a quando è la libertà a ricoprire questo ruolo, l'ordine pubblico, inevitabilmente, resta circoscritto entro determinati limiti.

Tuttavia occorre evidenziare che, nel corso della storia, il principio di libertà è stato affiancato da altri principi che sembravano rivestire un ruolo altrettanto importante (l'eguaglianza, ad esempio): ne consegue un mutamento nei bilanciamenti, nello scopo e anche nell'accezione di ordine pubblico.

In effetti, fino a quando, nello Stato liberale, l'obiettivo era esclusivamente quello della conservazione dei diritti, l'ordine pubblico rivestiva un carattere di mera protezione, delle persone, dei beni e di un determinato ordine sociale: il principio dell'uguale libertà formale prevaleva su quello dell'uguaglianza.

Con l'affermarsi dei doveri di solidarietà, però, lo Stato ha l'obbligo di garantire fra i cittadini la parità delle condizioni, costruendo così su altre basi l'ordine sociale, economico e giuridico. L'ordine pubblico diviene più «*constructif*», «*dynamique*»: all'ordine pubblico di protezione si sostituisce un ordine pubblico di direzione¹³².

Negli ultimi decenni, però, si assiste ad un ritorno della imperatività della legge di mercato¹³³, che potrebbe comportare una “rivincita” del valore “libertà” su quello della uguaglianza e solidarietà.

In realtà, sembra trattarsi di una vittoria parziale: quest'ultima, infatti, se è schiacciante sul piano della gestione e del ruolo delle leggi economiche, non risulta avere lo stesso peso nelle politiche legislative relative alle libertà fondamentali, la cui applicazione appare sempre meno eguale e solidale.

Oggi il valore che sembra essere fondamentale, primario, per i soggetti di diritto è la sicurezza, declinata in tutti i settori, e il “rischio”, invece, il nemico da combattere.

¹³⁰ Si tratta di quella parte di dottrina (già segnalata) secondo cui l'ordine pubblico verrebbe a coincidere con l'ordine giuridico: fra gli altri, P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, cit.; M. BURDEAU, *Traité de Science Politique, t. I: le Pouvoir politique*, cit.

¹³¹ Cfr. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, cit., p. 123, nota 52.

¹³² E. PICARD, *op. cit.*, p. 58.

¹³³ Su questo punto si tornerà in maniera più approfondita nell'ultimo capitolo del presente lavoro.

In un simile quadro, l'ordine pubblico trova una nuova forza e nuove linee direttive: in particolare, quelle del principio di precauzione che si affianca a quelle dettate dal principio di necessità e di proporzionalità, con il conseguente rischio che si allarghi ulteriormente l'insieme delle norme di ordine pubblico. In particolare, alcuni autori sottolineano un mutamento di prospettiva: tradizionalmente inquadrato come obiettivo di valore costituzionale, oggi l'ordine pubblico sembra essere diventato in realtà una esigenza costituzionale che il legislatore deve perseguire, trasformandosi da norma per misurare la costituzionalità in norma imperativa¹³⁴.

Per poter identificare il ruolo essenziale dell'ordine pubblico, però, occorre fare un passo indietro rispetto alle recenti tendenze contemporanee, “pulirlo” dalle derive attuali e ritornare a vedere l'ordine pubblico come l'insieme delle esigenze considerate vitali all'interno dell'ordinamento.

Esigenze il cui contenuto non è determinato da fonti scritte ma rimane essenzialmente non scritto, così da potersi imporre in tutte le situazioni possibili.

Emerge così un dato fondamentale: l'ordine pubblico non può essere cristallizzato in una definizione o in una determinazione scritta perché le travalicherebbe sempre, dal momento che la sua funzione è quella di tutelare l'“essenziale”, che non potrà mai essere definito né determinato¹³⁵.

4. Un precario equilibrio fra ordine materiale e ordine immateriale

A conclusione delle riflessioni fin qui svolte, occorre accennare brevemente a quella che sembra essere la sistematizzazione più fortunata della nozione di “ordine pubblico”, ovvero la teorizzazione di una divisione fra ordine pubblico materiale (o esteriore) ed un ordine pubblico immateriale (o, come spesso preferisce definirlo la dottrina italiana, ideale).

La definizione più fortunata relativa al concetto “ordine pubblico materiale” è quella elaborata da Hauriou, il quale, pur non contrapponendo le due diverse declinazioni summenzionate, ma qualificandole come le due componenti dell'organizzazione formale dell'ordine sociale¹³⁶, sosteneva che l'ordine pubblico si potesse riassumere nell' «*ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait opposé au désordre, état de paix opposé à l'état de trouble*». Di più: nel delineare i compiti dell'autorità pubblica in generale e della polizia in specie, evidenziava come quest'ultima dovesse semplicemente impedire tutto quello che provoca disordine e proteggere tutto ciò che non lo causa, senza risalire alle cause del male sociale, ma accontentandosi di ristabilire «*l'ordre matériel, l'ordre*

¹³⁴ Cfr. A. ROBLLOT-TROIZIER, *L'ordre public dans la jurisprudence constitutionnelle*, cit., p. 317.

¹³⁵ Cfr. E. PICARD, *op. cit.*, pp. 56-61.

¹³⁶ Come sottolinea A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, cit., p. 113, nota 3; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1928, p. 66 ss.

dans la rue»; la polizia «ne pourchasse pas les désordres moraux, elle est pour cela radicalement incompétente; si elle l'essayait, elle verserait immédiatement dans l'inquisition et dans l'oppression des consciences»¹³⁷.

In sintesi, l'ordine pubblico, nella sua dimensione materiale, viene a corrispondere con “*l'ordre dans la rue*”, cioè con uno stato di pace sociale tangibile, concreta, esteriore e comporta, dunque, la necessità di prevenire gli attentati alla sicurezza, alla salubrità e alla tranquillità pubblica (cioè a quelle che sono state indentificate come le componenti della trilogia tradizionale) cui si aggiunge l'obiettivo del mantenimento del “*bon ordre*”, nozione che ingloba e allarga il “trittico tradizionale” aprendo le porte all'ordine pubblico immateriale.

Quest'ultimo si allarga fino a comprendere, a seconda delle differenti interpretazioni, la morale, i costumi, gli obiettivi economici o i valori e i principi considerati fondamentali per le odierne democrazie. Oppure, verrebbe a identificarsi con il complesso di principi etici e sociali su cui si basa la convivenza civile e la pace sociale¹³⁸; o, ancora, finirebbe con il coincidere con gli ordinamenti economico-politici costituiti o, meglio, con determinati principi politici ritenuti indispensabili per la sopravvivenza dell'ordinamento¹³⁹. Atteggiamenti dell'ordine pubblico, questi ultimi, che si rivelano in maniera evidente negli ordinamenti che, o perché ideologicamente orientati, o perché sono in una fase di crisi politico-sociale, hanno bisogno di difendersi e per farlo si riparano dietro la trincea dell'ordine pubblico immateriale, considerando quest'ultimo come «una specie di norma di chiusura, di valvola di sicurezza»¹⁴⁰.

In altre parole, interpretato in questo modo, l'ordine pubblico in senso ideale diventa la condizione di efficacia dell'ordinamento¹⁴¹ e diviene il mezzo maggiormente utile per tutelare l'immutabilità di una data forma di governo, ponendosi o come il limite onnipresente delle situazioni giuridiche o come la sintesi dei principi politici posti alla base dell'ordinamento giuridico¹⁴².

Del tutto infondata, quindi, l'idea che questa interpretazione dell'ordine pubblico sia propria esclusivamente dei regimi autoritari: se si guarda ai contenuti in cui si sostanzia l'ordine ideale, questi possono essere (come in effetti sono) di democrazia o di attuazione della democrazia, come dimostra, ad esempio, il concetto di ordine pubblico in senso costituzionale¹⁴³. Tuttavia, bisogna fare delle differenziazioni: una cosa è riconoscere che l'ordine pubblico non sia un concetto estraneo al regime

¹³⁷ M. HAURIU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1933, p. 549.

¹³⁸ Cfr. P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1951, p. 21.

¹³⁹ Cfr. G. ZANOBINI, *Ordine pubblico*, in *Encicl. Ital.*, Roma, Istituto Treccani, 1935, XXV, p. 463.

¹⁴⁰ C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, cit., p. 138.

¹⁴¹ Così, commentando criticamente la sent. n. 19/1962 della Corte costituzionale, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 193.

¹⁴² Così, A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 114/115. L'Autore continua affermando che in questo modo si comprende l'evoluzione dell'ordine pubblico da “materiale” in “democratico”, “fascista”, “socialista”, concetti che si richiamano ad una realtà non di fatto ma giuridica, ideale.

¹⁴³ Cfr. V. GREVI, *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, cit., p. 345.

democratico – che, come qualunque società, crollerebbe se non supportato da una pacifica convivenza – altra cosa è «pretendere che in una società democratica (caratterizzata dall'assenza o dalla insufficienza di un accordo complessivo sui valori e sulle istituzioni, dalla mobilità sociale, dalle crisi economiche, da conflitti non negoziabili, da sproporzione istituzionale fra domanda politica e decisioni dei pubblici poteri) vi sia un ordine rafforzato rispetto ad una società organizzata autoritariamente o totalitariamente, o peggio che quest'ordine venga eretto da un apparato legislativo e istituzionale»¹⁴⁴. L'ordine pubblico democratico a cui ci si vuole appellare, secondo alcuni, non può essere trattato secondo gli schemi propri dell'ordine pubblico ideale (cioè come clausola di garanzia del potere istituito): non è «il potere tout court che va difeso, ma lo è un certo modo di costituirsi e di operare del potere»¹⁴⁵.

Se ad un primo sguardo la dimensione materiale ed esteriore sembra fornire una definizione maggiormente delimitata e chiara della nozione in esame e quindi meno “pericolosa” rispetto alle libertà fondamentali, a ben vedere anche le componenti tradizionali sono fluide e circostanziali. Si pensi, ad esempio, alla sicurezza pubblica¹⁴⁶, la cui interpretazione varia da un'autorità pubblica ad un'altra (come dimostrano le differenti politiche adottate dai sindaci in materia¹⁴⁷), spesso diverse non solo negli strumenti utilizzati, ma anche nella declinazione del concetto di sicurezza e, conseguentemente, nell'individuazione delle minacce a quest'ultima. Anche qui, dunque, ricopre un certo peso la valutazione relativa e contingente – quindi potenzialmente arbitraria – operata di volta in volta dall'autorità pubblica.

Il dialogo fra queste due facce dell'ordine pubblico è stato variamente interpretato e tradotto da legislatore, dottrina e giurisprudenza nel corso del tempo: alcuni¹⁴⁸ hanno sempre sostenuto la necessità, per ordinamenti che si definiscono democratici, di separare nettamente queste due anime della nozione, ammettendo l'operatività solo dell'ordine pubblico materiale; altri¹⁴⁹ distinguono fra ordine pubblico amministrativo (inerente l'esercizio delle libertà fondamentali) e ordine pubblico

¹⁴⁴ Così G. CORSO, *Ordine pubblico, b) Diritto pubblico*, cit., p. 1083.

¹⁴⁵ C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 139.

¹⁴⁶ Concetto, come si è accennato, estremamente aleatorio, il cui uso ed abuso negli ultimi decenni ha caratterizzato le tendenze dei vari governi, aprendo importanti e interessanti problematiche che verranno approfondite nei capitoli successivi del presente lavoro.

¹⁴⁷ Come indica B. BONNET, *L'ordre public en France: de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable*, cit., p. 121. Anche in Italia possiamo trovare degli esempi in tal senso: dal 2006 (con i “Patti per la sicurezza” conclusi fra Ministro dell'interno e alcune amministrazioni comunali) e, ancor di più, dal 2008 (con le misure contenute all'interno del d.l. n. 92/2008), gli enti locali sono coinvolti nella costruzione della “sicurezza partecipata” e godono di un nuovo potere di ordinanza in materia di sicurezza urbana. Nell'esercizio di questo potere, alcuni sindaci hanno adottato ordinanze contro lavavetri, ambulanti, writers e venditori di cibo etnico, o hanno impedito l'apertura di moschee, determinando una differenza nell'effettivo esercizio e nella effettiva garanzia di diritti a seconda della città in cui si vive. Su tale argomento, si veda *infra*, cap. IV.

¹⁴⁸ Fra altri, P. VIRGA, *La potestà di polizia*, cit., 1954, p. 19. Non mancano pareri assolutamente contrari: come, fra gli altri, A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella costituzione italiana*, cit., diffusamente; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, cit., p. 128, il quale afferma che se il problema della distinzione tra ordine pubblico materiale e ideale si può porre in via teorica, la questione cade davanti alla Costituzione poiché in essa «non c'è il minimo spazio, né per aggiungere componenti non previste dall'ordine pubblico materiale, né tanto meno per trasformare ipotetiche violazioni dell'ordine pubblico ideale in violazioni dell'ordine pubblico materiale».

¹⁴⁹ Cfr. L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, p. 132 ss.

normativo (ovvero, il limite operante nel diritto civile e internazionale), ammettendo solo per il secondo una possibile declinazione immateriale.

La giurisprudenza italiana e francese e la dottrina francese maggioritaria oggi sono concordi nell'ammettere la doppia dimensione dell'ordine pubblico: questo concetto verrebbe a coincidere ad un tempo con l'ordine materiale (o esteriore) e con il “*bon ordre moral*” (o “*moralité publique*”). Come è stato abilmente sostenuto, in questi ordinamenti «a parole si potrà anche dire che il limite dell'ordine pubblico è solo materiale: di fatto esso sarà “materiale” nel senso e per ciò che vorranno le disposizioni legislative ispirate ai principi politici imperanti. Sarà (...) un limite “giuridicamente o politicamente materiale”»¹⁵⁰.

Tentare di circoscrivere la nozione in esame, allora, comporta l'analisi congiunta della sua dimensione materiale ed esteriore e della sua dimensione immateriale o morale. Questo non significa che si sia giunti a mettere un punto o che si siano risolti dubbi e incertezze: sebbene la dottrina sia giunta alla conclusione che non si possa più ignorare la componente morale, non si possono comunque nascondere le problematiche conseguenti ad un simile allargamento di prospettiva.

Autorevole dottrina ha elegantemente tratteggiato i confini osmotici di questa problematica convivenza: innanzitutto, ha osservato che ogni violazione dell'ordine materiale comporta sempre una violazione dei valori del sistema (quindi di tipo ideale) e ha individuato la differenza fra i due nel “grado” della violazione. Nel caso in qui questa sia relativa all'ordine pubblico materiale, risulterà violato l'interesse materiale altrui e il principio posto alla base di quest'ultimo; invece, nel caso della lesione dell'ordine ideale, ciò che viene violato è proprio il principio in sé. Nel passaggio da una declinazione in senso materiale ad una in senso ideale, potendo arrivare a ritenere potenzialmente sanzionabile la semplice minaccia al sistema di governo o il dissenso radicale, avviene una modifica del livello di fedeltà richiesto al cittadino e un cambiamento nel contenuto del c.d. “obbligo politico”: l'ordine pubblico ideale diviene lo strumento privilegiato di una «democrazia che si difende»¹⁵¹.

In realtà, queste due possibili declinazioni dell'ordine pubblico (materiale/immateriale), non costituiscono due strade parallele, destinate a escludersi a vicenda¹⁵², ma sono percorsi con diversi punti di incrocio e sentieri di congiungimento: alcuni battuti da tempo e, quindi, consolidati; altri, costruiti *in itinere* dalla dottrina e dalla giurisprudenza a fronte delle esigenze circostanziali, come,

¹⁵⁰ A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 115/116.

¹⁵¹ A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, cit., p. 3. L'Autore continua affrontando la problematica del paradosso che deriva dall'adozione di un ordine pubblico ideale in una democrazia, laddove risulta contraddittorio sia negare il dissenso radicale, sia ammetterlo ma solo fino a quando rimane circoscritto e marginale, sia ammetterlo e reprimere gli atti che sono diretta conseguenza delle teorie espresse.

¹⁵² Secondo alcuni fra queste due nozioni esisterebbe un rapporto di tipo strumentale, nel senso che il mantenimento dell'ordine pubblico materiale costituisce il mezzo per poter garantire il fine della tutela dell'ordine pubblico ideale. Vedi V. GREVI, *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, cit., p. 345. Altri, invece, acquisiscono questa distinzione come punto di partenza per le indagini sull'ordine pubblico ma sottolineano che si tratta di una distinzione ipotetica, provvisoria, adottata perché strumentale allo studio di una nozione problematica, ma non acquisita dommaticamente: cfr. C. LAVAGNA, *op.cit.*, p. 126.

ad esempio, il “ponte” dei *valori repubblicani* architettato in seguito al palesarsi delle problematiche sollevate dall’utilizzo del *burqa*.

Ad oggi sembra che, nella sua sostanza, l’ordine pubblico sia essenzialmente materiale ed esteriore, ma che, contemporaneamente e nell’affrontare il quotidiano, la sua componente immateriale, ormai sdoganata, si stia consolidando ed allargando.

In effetti, nelle scelte legislative, confermate spesso dalle interpretazioni della giurisprudenza, si riscontra il riconoscimento di una componente immateriale dell’ordine pubblico, che viene a coincidere con l’ordine sociale e che si concretizza nella definizione di una base essenziale, minima di esigenze reciproche e di garanzie fondamentali per la vita in società, per il “*vivre ensemble*”.

In Francia questo “*vivre ensemble*” fa ormai parte dell’interpretazione dominante della nozione di ordine pubblico e si può riassumere anche nella formula “*valeurs républicaines*” (utilizzata dal *Conseil constitutionnel* nella decisione relativa al velo integrale¹⁵³), la quale, superando la singola componente del “*bon ordre moral*”, racchiude in sé il nucleo essenziale delle garanzie fondamentali per la vita in società, così da legare insieme morale, dignità e collettività, ridisegnando e allargando l’abito dell’ordine pubblico secondo le misure dei valori repubblicani francesi.

Non manca chi in dottrina sottolinea alcuni aspetti critici rispetto all’affermarsi di questa nuova componente dell’ordine pubblico costituzionale che, corrispondendo alle esigenze minime per la vita in società, può fornire una facile giustificazione a tutte le scelte operate dalla maggioranza parlamentare (nelle cui mani, come visto, si trova l’articolazione delle misure di ordine pubblico e quindi la definizione di quest’ultimo)¹⁵⁴. In questo modo il legislatore determina egli stesso il contenuto delle norme in riferimento alle quali valutare la costituzionalità delle misure restrittive della libertà personale e ci si trova così nella situazione paradossale in cui le norme-parametro per il controllo di costituzionalità sono definite dall’autore delle norme oggetto di controllo.

Il Consiglio costituzionale francese (ma spesso, come vedremo, anche la Corte costituzionale italiana), avallando le scelte di politica legislativa operate in questo ambito dal legislatore, ha limitato l’esercizio del potere di garanzia che le è proprio, lasciando esclusivamente nelle mani della maggioranza di governo il potere discrezionale di determinare il contenuto dell’ordine pubblico e, quindi, ha permesso una prevaricazione dei valori repubblicani sulle libertà personali.

A chiusura di questa parte iniziale della ricerca, in cui si è tentato di approcciarsi alla nozione in esame partendo dalla teoria generale in materia, analizzando l’ordine pubblico nelle sue varie componenti e declinazioni, sembra opportuno avanzare alcune riflessioni sull’impostazione della dottrina francese in merito all’ordine pubblico, anche in relazione a quella italiana.

¹⁵³ Decisione 2010-613 del 7 ottobre 2010.

¹⁵⁴ In questo senso A. ROBLOT-TROIZIER, *L’ordre public dans la jurisprudence constitutionnel*, cit., p. 315.

Innanzitutto, mi sembra che nel dibattito dottrinale francese odierno le problematiche relative all'“ordine pubblico” siano affrontate più spesso come questioni di diritto amministrativo che come questioni coinvolgenti ancor di più il diritto costituzionale. Nonostante i recenti fenomeni che coinvolgono la Francia ponendo serie e complesse questioni di ordine pubblico (penso al terrorismo e al fenomeno migratorio), le disposizioni in materia sono più spesso oggetto di riflessione degli amministrativisti e, dunque, le relative analisi rimangono concentrate sulle modalità di esercizio del potere eccezionale e derogatorio derivante dall'emergenzialità dell'ordine pubblico: concentrati sul *chi* e sul *come*, forse si è persa la centralità del terzo interrogativo, il *cosa*. Che cosa è l'ordine pubblico? Quali sono oggi i suoi confini, le sue componenti? E perché? Il dibattito all'interno della dottrina costituzionale odierna su questi punti non è totalmente assente, ma forse è meno ricco di quanto ci si aspetterebbe data l'importanza dei problemi che l'attualità pone in questo ambito. Probabilmente, questo deriva da alcune tendenze dell'ordinamento francese: una, più recente – dominante da qualche decennio anche in Italia – conduce ad “amministrativizzare” l'esercizio dei diritti, comportando, oltre che la perdita di una serie di garanzie, anche lo spostamento degli ambiti di attenzione e di riflessione. A questa si aggiunge un'altra tendenza, più risalente, che si sostanzia in una particolare attenzione alla protezione dei beni, messa praticamente sullo stesso piano di quella destinata alle persone. A tal proposito si possono richiamare alcune decisioni del *Conseil constitutionnel*, già citate in precedenza nel testo: ad esempio, la decisione n. 80-127 DC del 20 gennaio 1981, in cui si afferma che prevenire gli attentati all'ordine pubblico, «*notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens*» è necessario per la realizzazione di principi e diritti aventi valore costituzionale; o ancora, le decisioni n. 98-399 DC del 5 maggio 1998 e n. 89-261 del 28 luglio 1989, con cui si giustificano misure restrittive dei diritti dei migranti con l'argomentazione, non meglio motivata, che il loro soggiorno possa minacciare l'ordine pubblico e, quindi, la sicurezza delle persone e dei *beni*. Simile tendenza, forse, potrebbe derivare anche dal diverso peso che assume la dimensione sociale nell'impostazione della costituzione francese rispetto alla nostra. Come noto, la nostra Carta designa un ruolo privilegiato per l'art. 2 e i diritti sociali e, di conseguenza, la nozione di ordine pubblico si trova spesso a “fare i conti” con questa impostazione fondamentale del nostro ordinamento; nel testo francese, invece, non c'è la stessa attenzione particolare alla dimensione sociale e, dunque, nel bilanciamento fra le necessità di ordine pubblico e la garanzia dei diritti spesso rileva solo la dimensione individuale della singola libertà in questione. Ciò potrebbe risultare contraddittorio con quanto sopra riportato, e cioè con le interpretazioni di larga parte della dottrina e della giurisprudenza che, nella declinazione dell'ordine pubblico, prestano particolare attenzione alla sua dimensione sociale, al “*vivre ensemble*” che si è precedentemente richiamato; ma, in realtà, la socialità e la collettività cui si fa riferimento sembrano conservare un carattere individuale e venir

fuori dalla mera sommatoria dei singoli soggetti che compongono la società, senza assumere realmente una dimensione collettiva, di sintesi, capace di guardare non solo alla tutela dei diritti di libertà di tutti, ma anche alla garanzia dei diritti sociali per tutti.

In conclusione e sintetizzando quanto fin qui emerso, si possono avanzare alcune riflessioni.

Come visto, l'ordine pubblico è una nozione fluida, impossibile da cristallizzare in una definizione, sia per la variabilità dei suoi contenuti e delle sue funzioni, sia per la necessità di garantire una effettiva tutela dei diritti di tutti, dal momento che stabilirne una precisa declinazione significherebbe legare per sempre la nozione in esame ai valori, ai costumi, all'idea di ordine espressa da una data società in un dato momento storico.

Ed è in quest'ottica che oggi, al netto delle teorie e delle analisi effettuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza negli anni, l'ordine pubblico (sia in Francia che in Italia) si colloca al confine fra la dimensione materiale e quella immateriale.

Tuttavia occorre sottolineare i rischi insiti nell'eccessiva politicizzazione della nozione in esame, perché se è vero che, come sosteneva già Thomas H. Healy¹⁵⁵, è impossibile far rientrare in un quadro esclusivamente giuridico una dottrina – come l'ordine pubblico – il cui contenuto è essenzialmente politico, è anche vero che se non si stabiliscono dei confini giuridici sufficientemente forti (e quindi ancorati ai principi sanciti in costituzione), l'ordine pubblico e le sue restrizioni saranno facilmente sottoposte all'arbitrio dei poteri politico-economici dominanti in un dato periodo.

Così l'ordine pubblico potrebbe diventare lo specchio del peso che nella società, in quel preciso momento, posseggono le diverse classi sociali e riflettere l'importanza dei corrispettivi interessi, venendo a coincidere con l'idea di normalità e di ordine e con i valori espressi dalle classi e dai poteri di volta in volta dominanti¹⁵⁶.

E ancora una volta ci troveremo di fronte all'incapacità di garantire l'obiettivo principale dell'ordine pubblico nella sua declinazione democratica: l'esercizio dei diritti di libertà di tutti, la realizzazione e il mantenimento dei diritti sociali per tutti.

¹⁵⁵ T. H. HEALY, *Théorie générale de l'ordre public*, in *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 9, Parigi, Librairie Hachette, 1926.

¹⁵⁶ A. LEVI, *Ordine giuridico ed ordine pubblico*, cit., p. 11 ss.

CAPITOLO II: “L’ordine pubblico nell’ordinamento italiano: dallo Stato liberale alla Costituzione”

1. Cenni storici: l’evoluzione dell’ordine pubblico nello Stato liberale e nell’Italia fascista

Sembra opportuno a questo punto fare dei brevi cenni storici che tratteggino, seppur approssimativamente, l’evoluzione di questo concetto e delle sue applicazioni, individuando alcune tappe fondamentali nell’evoluzione della materia¹.

La prima tappa coincide con la promulgazione delle *leggi di unificazione* (legge 13 novembre 1859; legge di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865, n.2248, allegato B) e con il codice civile del 1865², disposizioni che, pur se relative a campi diversi del diritto, riportavano tutte l’espressione “ordine pubblico”, rendendo così evidente la diversità dei modi e degli ambiti di applicazione di tale concetto e la necessità, dunque, di formularne diverse nozioni a seconda dell’ambito di intervento (civile, internazionale privato, costituzionale, amministrativo, penale), comunque riducibili ad una partizione di fondo: diritto civile e diritto internazionale da un lato, diritto costituzionale e diritto penale dall’altro.

In questi testi si cominciava a distinguere, all’interno del novero dei reati contro l’ordine pubblico, quelli contro la giustizia e l’amministrazione da quelli lesivi della sicurezza e della tranquillità pubblica – lesivi quindi dell’ordine generale, essendo qui declinata la tranquillità non come obiettivo finale, ma come oggetto specifico della fattispecie criminosa – e venivano altresì definiti questi ultimi due concetti, interpretando la sicurezza come effettiva garanzia dei beni essenziali dello stato civile e la tranquillità pubblica come piena consapevolezza di tale garanzia³.

Se con la legge di pubblica sicurezza del 1865 l’ordine pubblico veniva definito come uno degli interessi pubblici legittimanti gli interventi dell’autorità di pubblica sicurezza (espulsione degli stranieri; cessazione o sospensione degli spettacoli, scioglimento delle riunioni) volti a limitare l’esercizio di un’attività materiale costituente manifestazione di libertà, con le leggi di unificazione furono definiti per la prima volta i compiti della pubblica sicurezza: controllare l’osservanza delle leggi, assicurare il mantenimento dell’ordine pubblico e prevenire i reati, ponendo così le basi delle misure di prevenzione⁴. Queste ultime, essendo affidate alla piena discrezionalità dell’esecutivo,

¹ Seguendo la ricostruzione effettuata in materia da P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, Vicenza, Neri Pozza, 1967, p. 12 ss.

² Cfr. *La nascita dello Stato unitario. Libri, periodici e stampe della Biblioteca della Camera dei deputati*, Centro riproduzioni e stampa della Camera dei deputati, Roma, 2011.

³ Cfr. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Milano, 1855, p. 727.

⁴ Amato sottolinea come l’amministrativizzazione delle misure preventive avesse comportato la sopravvivenza di queste alla scomparsa del regime assoluto e come questo espediente avesse fatto sì che esse introducessero anche nello stato liberale la “pena del sospetto”: cfr. P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, cit., p. 22.

costituirono pesantissimi limiti alle libertà della persona, di domicilio, di soggiorno, di circolazione: limiti che allargarono ulteriormente il loro ambito di applicazione con l'emanazione del T.U. del 1889, in seguito al quale le misure vennero dirette dichiaratamente contro le "classi pericolose alla società", formula assolutamente generica che comportò un aumento dei rischi derivanti dall'eccesso di discrezionalità.

Con la nuova disciplina si introdusse per la prima volta nel codice penale un titolo dedicato ai delitti contro l'ordine pubblico⁵, venne sostituita la locuzione "tranquillità pubblica" con "ordine pubblico" e si anticipò la soglia della punibilità dei reati contro quest'ultimo, includendo reati di pericolo e arrivando così a far coincidere il momento preventivo con quello repressivo.

Si andava delineando, dunque, un ordine pubblico di polizia che, non esaurendosi nella sicurezza e nel buon costume, garantiva all'autorità di pubblica sicurezza la facoltà di adottare provvedimenti anche al di fuori di questi ambiti: la tendenza (destinata ad influenzare anche la disciplina successiva) era quella di avvicinare la legislazione penale e quella di polizia⁶.

Tuttavia, nel complesso, la situazione generale nel campo della pubblica sicurezza appariva sostanzialmente statica e, soprattutto, ancorata legislativamente e giudizialmente ai canoni della riserva di legge e della riserva di giurisdizione⁷. Ed è proprio questo che ha fatto ritenere a parte della dottrina che la legge crispina fosse "*la più liberale fra le leggi di polizia italiane*"⁸, dal momento che con essa si tentò di eliminare i riferimenti generici all'ordine pubblico per sostituirli con indicazioni puntuali di situazioni e attività con esso contrastanti.

Si può avere conferma di questo orientamento guardando ai lavori preparatori al codice penale del 1899, in cui avvenne il passaggio dalla concezione c.d. *ideale* o *lata* dell'ordine pubblico (che comprende la tutela di valori come la religione, la proprietà) ad una concezione materiale di questo: l'ordine pubblico come sicurezza della società. E si può dire che, pur non essendo esente da ambiguità, fosse questa l'accezione di ordine pubblico che emergeva dalla legislazione penale, dalla legislazione di polizia e dall'interpretazione dottrinale che era dominante nello Stato liberale.

In merito al dibattito dottrinale in materia, si può affermare che nello Stato liberale furono sostanzialmente due le interpretazioni che alimentarono le discussioni relative alle possibili articolazioni dell'ordine pubblico ed al conseguente rapporto con le libertà che da questo potevano

⁵ Come riferisce G. Corso, tale denominazione inizialmente era stata bocciata dalla commissione ministeriale che doveva predisporre il progetto, perché ritenuta « "troppo generica in quanto offendono l'ordine pubblico non soltanto i reati preveduti in questo titolo, ma anche parecchi altri collocati altrove" (...) tutti i delitti ledono l'ordine pubblico, per cui sarebbe illogico isolarne alcuni come specificamente rivolti contro di esso: "a prescindere da ogni discussione dottrinale, il progetto considera come reato contro l'ordine pubblico ogni fatto che, per la varietà delle offese e per la diffusione di cui è suscettivo, attacca il buon aspetto e perturba il regolare andamento del vivere civile, ancorché non sia stata recata una lesione immediata a verun diritto privato o pubblico"», cfr. G. CORSO, *Ordine pubblico, b) Diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, XXX, Giuffrè, 1980, pp. 1058-1059.

⁶ Cfr. C. FIORE, *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1088.

⁷ P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, cit., p. 25.

⁸ Così G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, il Mulino, 1979, p. 134.

essere limitate. La prima partiva da una concezione dell'ordine pubblico comprensiva di tutti i valori tutelati dalla legge penale e questo, se da un lato comportava che la potestà di polizia fosse ancorata al rispetto della legge penale, per altro verso causava anche una dilatazione a dismisura dell'area di intervento riservata alla pubblica sicurezza, non essendo necessarie singole disposizioni che le conferissero specifici poteri⁹.

Oreste Ranelletti, principale esponente di questa parte della dottrina, sosteneva che, essendo l'ordine pubblico, la sicurezza, il buon costume tutte declinazioni di un ordine pubblico generale, *“dovunque è il delitto o la minaccia di questo la polizia deve intervenire [...] indipendentemente da una legge che le accordi espressamente tale facoltà [...] perché la facoltà di intervenire deriva dalla stessa ragione di esistenza della polizia di stato”*¹⁰. In altre parole, nell'ottica di rendere certo e determinato il limite costituito dall'ordine pubblico per le situazioni giuridiche e per i diritti di libertà, si considerava quest'ultimo equivalente al generale ordine giuridico¹¹.

Si recuperava un criterio finalistico, tipico degli ordinamenti assoluti, facendo sì che le potestà di polizia si espandessero nuovamente riconquistando la loro pienezza e che il principio di legalità venisse rispettato solo per un verso, e cioè con riguardo alle leggi che individuavano figure di reato, e risultasse violato con riguardo alle leggi che attribuivano poteri di polizia e ne disciplinavano presupposti e modi di intervento¹².

Fra i principali e più autorevoli esponenti della seconda linea interpretativa, troviamo Santi Romano, il quale attribuiva al cittadino, non una pluralità di diritti di libertà, ma un unico, fondamentale diritto di libertà: la pretesa di astensione da parte dello Stato da comportamenti illegali. Non riconoscendo l'ordinamento statutario una sfera intangibile di libertà al cittadino, la legge non trovava limiti nelle libertà di quest'ultimo, ma definiva l'ambito di queste libertà e segnava, quindi, il confine oltre il quale il potere amministrativo non poteva andare se non agendo come un semplice privato e facendo perciò emergere il diritto di resistenza dell'altro privato.

Per Ranelletti la teoria dell'ordine pubblico si traduceva in una plusvalenza dell'amministrazione sulla legge, mentre per Romano il principio di legalità, in cui si risolvono i diritti di libertà, veniva ad assumere il carattere di pilastro dello Stato di diritto.

Questi due indirizzi, fino agli inizi del Novecento, caratterizzarono e influenzarono variamente le linee perseguite dai vari legislatori, così che a volte risultò accentuata la tendenza a giustificare

⁹ Cfr. G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., pp. 123 ss.

¹⁰ Così O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, parte I, Milano, 1904, p. 296.

¹¹ Cfr. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico F. Serafini*, vol. CLXV, 1965, p. 112.

¹² Cfr. G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., pp. 120 ss.

qualsiasi intervento di polizia attraverso richiami al bene principe dell'ordine pubblico e a volte fu preponderante la tendenza ad interpretare strettamente il principio di legalità.

La tendenza liberale (confermata dal tenore delle disposizioni del codice penale del 1889) verso una progressiva espansione del concetto di ordine pubblico penalistico ed amministrativo preparò la strada alle «degenerazioni del periodo fascista, quando l'ordine pubblico diverrà valore ideale ed autonomo»¹³, «vita pacifica ed indisturbata degli ordinamenti politici, economici e sociali che costituiscono essenza del regime»¹⁴.

La legislazione fascista, in effetti, si pose su una linea di continuità rispetto a quella tracciata dallo Stato liberale, almeno per quanto riguarda un assunto fondamentale: quello per cui *non ci sono libertà o diritti individuali preesistenti allo Stato*. Con la conseguenza che si ebbe una sostanziale identificazione di quest'ultimo con il suo "braccio", l'Amministrazione, che quindi assunse il compito di riassumere ed esprimere la volontà dello Stato¹⁵.

Partendo da questo presupposto, che parte della cultura giuridica liberale aveva già fatto proprio¹⁶, il fascismo si differenziò per le modalità di attuazione e le ricadute pratiche di questa impostazione teorica, che furono certamente più incisive e sfociarono nella trasformazione delle libertà individuali in «gentili concessioni dell'esecutivo»¹⁷. Questa radicalizzazione che si può riassumere nell'assoluta priorità dello Stato sull'individuo, della Nazione sul popolo, comportò, infatti, che le libertà individuali potessero essere sacrificate non più solo sulla base del criterio della stretta necessità, ma anche in base al semplice criterio della preminente tutela dell'interesse pubblico.

L'ordine pubblico diveniva «fondamento di poteri impliciti, ai limiti o al di fuori del principio di legalità»¹⁸: ne derivò un considerevole aumento dei poteri discrezionali esercitati dagli organi amministrativi, che disponevano dei diritti e delle libertà così come voleva il governo.

Significativo in tal senso è il ricorrere alla clausola dell'ordine pubblico per giustificare e legittimare gli interventi più disparati: si fa riferimento a quest'ultima nella legge sulle associazioni (l. n. 2029 del 1925), in quella sulla cittadinanza (l. n. 108 del 1926), in quella sulla difesa dello Stato (l. n. 2008 del 1926) e nei due Testi Unici di pubblica sicurezza del 1926¹⁹ (r.d. 6 novembre 1926, n. 1848) e del 1931 (r.d. 18 giugno 1931, n. 773).

¹³ A. CERRI, *L'Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 1.

¹⁴ Così recitava la circolare del capo della polizia Bocchini nel fornire l'interpretazione dell'art. 2 del T.U. del 1926, come riportato da G. CORSO, *Ordine pubblico, b) Diritto pubblico*, cit., p. 1060.

¹⁵ Cfr. G. AMATO, *Individuo e Autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1976, pp.261-262.

¹⁶ In particolare, mi riferisco alle teorie di Vittorio Emanuele Orlando sulle libertà, per le quali cfr. per tutti, M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, pp. 3 ss.

¹⁷ G. AMATO, *Individuo e Autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 262.

¹⁸ Così G. CORSO, *Ordine pubblico, b) Diritto pubblico*, cit., p. 1060.

¹⁹ Il cui articolo 2 introdusse nel nostro ordinamento la locuzione "ordine e sicurezza pubblica": «Il Prefetto, in caso d'urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica».

Tutto questo perché, sebbene ci fossero degli elementi di continuità con lo Stato liberale, fu la concezione di ordine pubblico a cambiare: non più identificato con la sicurezza, l'incolumità, la tranquillità, l'ordine pubblico si estendeva fino a comprendere principi politici, morali, sociali. Prevalse qui la concezione *ideale* dell'ordine pubblico, che veniva così a coincidere con gli ordinamenti economico-politici costituiti: ogni azione che fosse rivolta anche latamente alla modifica di questi, era considerata una lesione, un attentato all'ordine pubblico²⁰. Allo scopo di perseguire tale disegno conservativo e repressivo, da un lato, vennero potenziati indirizzi preesistenti: per esempio, vennero ereditati dallo Stato liberale gli istituti dell'ammonizione e del domicilio coatto (che diventerà "confino di polizia"); anche la disciplina dell'arresto in flagranza si pose su una linea di continuità con la precedente legislazione, pur aumentando i margini di apprezzamento degli organi di polizia; venne ripreso l'elenco dei soggetti passibili di diffamazione e di ammonizione, allargandolo anche alle persone pericolose "socialmente o per gli ordinamenti politici dello Stato". Come ulteriore strumento di difesa del regime politico, furono rafforzate le misure di polizia, estendendo i presupposti per la loro applicazione²¹: la polizia poteva ora disporre della libertà personale e della libertà di circolazione dei cittadini ogni qualvolta ravvisasse in determinati fatti o comportamenti un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza e la moralità. Questa nuova valenza data al *sospetto* che assurgeva a motivo valido per adottare alcune misure di polizia comportò il venir meno della caratteristica della tipicità, necessaria nell'applicazione di misure afflittive.

Dall'altro lato, furono introdotti istituti non ereditati dallo Stato liberale, delle novità tipicamente "di regime", caratterizzate da un sensibile e significativo aumento dei compiti della polizia di sicurezza (allargati anche alla tutela della proprietà): per esempio, l'istituto dei rilievi segnaletici, a cui dovevano sottoporsi "le persone pericolose o sospette" e coloro che "non sono in grado o si rifiutano di provare la loro identità"; il fermo di indiziati, che si tradusse in un'anticipata custodia preventiva senza limiti stabiliti; venne abolita la scarcerazione automatica, considerata lesiva di quell'interesse pubblico che era assunto a bene principale dell'intera normativa.

Con il codice penale del 1930 si apportarono poi alcune significative modifiche: anzitutto, nel titolo dedicato ai delitti contro la personalità dello Stato, vennero annoverati numerosi delitti contro l'ordine pubblico che riassorbivano anche le ipotesi di reati politici previste dalla legislazione speciale e che facevano riferimento, quanto al bene oggetto di tutela, all'ordinamento costituito politico, economico, sociale dello Stato. In secondo luogo, vennero introdotte nel nostro ordinamento le misure di sicurezza, strumenti di attuazione della difesa sociale. Proprio per questa loro finalità, tali misure

²⁰ Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 270 ss.

²¹ A proposito di strumenti che sono emanazione diretta dell'autoritarismo e volti esclusivamente alla difesa del regime, bisogna sottolineare l'esistenza del Tribunale Speciale per la difesa dello Stato: istituito nel 1926, divenne la sede ordinaria di condanna per tutti i reati aventi riflessi politici, in un processo il cui rischio era totalmente a carico dell'imputato.

furono accolte dalla dottrina come provvedimenti amministrativi, con il conseguente carattere autoritario che questo comportò²². Ciò che appare particolarmente significativo è che questo potenziamento di compiti avvenne «sulla base della tutela di un bene, che fino ad allora aveva fatto solo qualche sporadica apparizione nella legge crispina, l'ordine pubblico, spesso affiancato dal sostanziale sinonimo-rafforzativo della sicurezza pubblica e dagli annessi della pubblica moralità e del buon costume»²³.

Di particolare importanza risulta poi l'introduzione, ad opera del T.U. del 1931, di una peculiare formulazione del concetto di necessità, che rilevava come fonte prevista dall'ordinamento, delimitata nella forma e non nel contenuto e che poteva derogare a norme di pari grado o superiori, nella piena discrezionalità dell'esecutivo. Basti pensare all'art. 2 del T.U. del 1931, in base al quale il prefetto “in caso di urgenza o per grave necessità pubblica” aveva il potere di “adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica”²⁴; ed agli artt. 214-219 T.U. 1931 in base ai quali nel caso di pericolo e di disordini il Ministro dell'interno o i prefetti potevano dichiarare lo “stato di pericolo pubblico”, durante il quale i prefetti potevano “ordinare l'arresto o la detenzione di qualsiasi persona, qualora ciò ritengano necessario per ristabilire o per conservare l'ordine pubblico”. Questo comportò che l'esecutivo, non dovendo sottostare alla forma della riserva di legge, assunse il ruolo di arbitro incontrollato dei rapporti fra stato e cittadino.

Dunque, il principio di legalità, principio cardine dello Stato di diritto ed ereditato poi dal fascismo, palesò così la sua insufficienza, non essendo riuscito a fare da argine alla compressione delle libertà civili e politiche che queste norme comportarono²⁵.

2. La Costituzione e l'ordine pubblico: a) il dibattito in Assemblea costituente

Lo Stato liberale e l'esperienza fascista si sono caratterizzati per la subordinazione dei diritti e delle libertà individuali alle scelte legislative (ovviamente condizionate da circostanze storiche, sociali, politiche) e all'operato di chi provvedeva ad applicarle effettuando, di volta in volta, il bilanciamento fra gli interessi perseguiti dal legislatore e le libertà individuali confliggenti. In questi ordinamenti, la possibile contrapposizione fra volontà ed interessi dello Stato e volontà ed interessi del cittadino non veniva considerata: la sfera delle libertà di quest'ultimo era assorbita dal preminente

²² Come riporta G. AMATO, *op. ult. cit.*, pp. 281-285.

²³ Così P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, cit., p. 34.

²⁴ Interessante la distinzione fra sicurezza pubblica ed ordine pubblico enunciata da Mussolini nella relazione ministeriale al t.u.l.p.s. del 1926, secondo la quale «la tutela dell'ordine attiene più direttamente alla difesa degli ordinamenti obiettivi dello Stato, mentre la tutela della sicurezza attiene più direttamente alla difesa dei cittadini e dei loro beni».

²⁵ Cfr. P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, cit. pp. 34-35.

interesse pubblico e schiacciata nell'ampio margine di discrezionalità in cui si muoveva l'operato di legislatori e giudici.

Con la Costituzione, furono scardinati gli assunti dai quali muovevano gli assetti precedenti e venne riconosciuta la possibilità del conflitto²⁶ fra Stato e individuo. Era sì riconosciuto che la formazione democratica della volontà politica garantiva la tendenziale uniformità di questa ai fini istituzionalmente perseguiti, ma questo non comportava più la scomparsa della possibilità del contrasto fra Stato ed individuo.

Non poteva più considerarsi lo Stato come il *prius* e i diritti di libertà come il *posterius*, perché erano questi ultimi ad avere assunto carattere prioritario rispetto ai contrapposti poteri pubblici in generale, ed ai poteri di polizia in specie.

Per poter passare ad un'analisi più puntuale che parta dall'esame della lettera della Costituzione, è necessario riportare il dibattito che in Assemblea costituente accompagnò l'esame della nozione "ordine pubblico", del suo significato e del suo utilizzo all'interno del nuovo quadro che si andava disegnando.

Occorre innanzitutto riportare i passaggi delle relazioni e delle proposte presentate alla Commissione per la Costituzione da alcuni deputati che furono oggetto del dibattito assembleare e costituirono la base delle successive discussioni in merito all'opportunità o meno dell'introduzione in costituzione del lemma "ordine pubblico".

Il deputato Giorgio La Pira, nella sua relazione presentata alla Prima Sottocommissione, partiva dall'analisi del rapporto libertà-autorità vigente durante il fascismo e, muovendo da una spiccata vocazione sociale di matrice cristiana, evidenziava efficacemente la totale subalternità dell'individuo rispetto allo Stato che caratterizzava il regime, arrivando a definire le vicende politiche appena attraversate del fascismo e del nazismo come punti di «crisi giuridico-politica» e di «crisi metafisica della persona». Partendo da questa considerazione, individuava fra i compiti irrinunciabili affidati alla nuova Costituzione quelli di «riaffermare solennemente i diritti naturali – imprescrittibili, sacri, originari – della persona umana e costruire la struttura dello Stato in funzione di essi. Lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato: ecco la premessa ineliminabile di uno Stato democratico»²⁷. Stabilita la necessità di riaffermare i valori della democrazia in opposizione alle restrizioni dello Stato totalitario, sorgeva il problema di individuare quali fossero i diritti essenziali della persona che potessero garantire la creazione ed il mantenimento dell'ordine sociale e politico e alla cui protezione finalizzare l'organizzazione politica e costituzionale dello Stato: per risolvere questo interrogativo e

²⁶ Per un'ampia analisi sul conflitto all'interno degli ordinamenti e sulla sua legittimazione ad opera del costituzionalismo moderno, si veda G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

²⁷ Come si può leggere nella introduzione della Relazione La Pira sui principi relativi ai rapporti civili consultabile on line al sito LanascitadellaCostituzione.it, sezione "Appendici generali – Relazioni e proposte presentate nella Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione".

per consolidare le formulazioni provvisorie degli articoli da lui proposte, La Pira nella sua relazione²⁸ dedicava un'apposita sezione alle analogie costituzionali. Al fine di individuare questi diritti essenziali, l'Autore richiamava, fra gli altri, alcuni passaggi del progetto de Menthon²⁹, del progetto Mounier³⁰, della Dichiarazione del 1789, della Costituzione del 1793 e del 1795. Il primo, all'articolo 2, individuava i diritti essenziali nella libertà, nella sicurezza, nel diritto al lavoro e nella resistenza all'oppressione e all'articolo 7 specificava che la sicurezza derivava dalla protezione che la società assicurava ad ogni cittadino per la tutela della sua persona, dei suoi diritti e dei suoi beni. Il progetto Mounier, similmente, all'articolo 1 parlava allo stesso proposito di diritto all'integrità fisica e morale della persona, di libertà nelle sue varie forme, di lavoro, sicurezza ed eguaglianza davanti alla legge.

Nell'art. 2 della Dichiarazione del 1789 questo nucleo essenziale di diritti veniva individuato nella libertà, nella proprietà, nella sicurezza e nella resistenza all'oppressione, cui la Dichiarazione del 1793 (art. 1) aggiungeva l'uguaglianza e la garanzia sociale, mentre la Costituzione del 1795 all'art. 1 tornava a prevedere solo la libertà, l'uguaglianza, la sicurezza, la proprietà.

Da questi richiami ai testi costituzionali emergeva in maniera costante il riferimento alla sicurezza, concetto che, secondo l'onorevole La Pira, non poteva più essere declinato esclusivamente come protezione giuridica, ma doveva essere esteso fino ad includere l'organizzazione economica, sociale, politica e giuridica, sì da garantire l'effettiva protezione di tutti i diritti della persona umana.

L'intera relazione in esame era caratterizzata da numerosi richiami alla morale ed esprimeva una generale propensione alla declinazione in chiave valoriale di determinati diritti, tendenza ricavabile, ad esempio, dall'articolo 16 del progetto che recitava: “ognuno ha diritto alla libera professione e propaganda delle proprie convinzioni sociali, politiche e filosofiche purché non siano in radicale contrasto con le libertà ed i diritti garantiti dalla presente Dichiarazione e con le *supreme norme morali*”.

Il lemma “ordine pubblico” compariva solo due volte all'interno del progetto di La Pira: nello specifico, era espressamente richiamato come limite alla libertà di circolazione e di domicilio³¹ (art. 13 del progetto) e alla libertà di riunione³² (art. 18 del progetto).

²⁸ Nel testo proposto dall'onorevole La Pira, alla terza sezione (in cui è riportato il progetto relativo al preambolo ed ai possibili articoli della futura Costituzione), l'articolo 2 recitava: “I diritti originari ed imprescrittibili della persona umana costituiscono un sistema integrale e solidale di diritti che concernono tutti i piani dell'attività umana: da quello personale a quello economico, culturale, politico e religioso. Essi sono: il diritto alla propria integrità giuridica; i diritti di libertà; il diritto al lavoro, al riposo, all'assistenza; il diritto di proprietà, il diritto all'istruzione; i diritti connessi con l'esistenza e l'autonomia della comunità familiare, religiosa, professionale, locale, nazionale (internazionale?)”.

²⁹ Progetto elaborato da F. de Menthon intorno al 1945 e poi adottato con qualche modifica dal Movimento Repubblicano Popolare per la prima Assemblea costituente francese.

³⁰ Consisteva in un progetto di dichiarazione dei diritti elaborato durante la resistenza francese da far adottare su scala europea.

³¹ L'articolo recitava infatti: “Ognuno ha diritto alla libertà di circolazione in tutto il territorio dello Stato (...). La legge potrà porre dei limiti soltanto per motivi di sanità o di ordine pubblico”.

³² “Il diritto di riunirsi pacificamente, senza armi e senza uniformi non autorizzate, è garantito a tutti. Solo per le riunioni in luogo pubblico è richiesto un avviso preventivo alle autorità competenti. La riunione può essere vietata per comprovate ragioni di ordine pubblico: il divieto comporta delle responsabilità”.

Ispirandosi a questa relazione, il progetto presentato (sempre alla I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione) da Giuseppe Dossetti prevedeva, all'articolo 1 della parte relativa alla libertà di opinione, di coscienza e di culto, che ad ogni uomo fosse garantita «la libera professione delle proprie idee e convinzioni, purché non contrastino con le supreme norme morali, con le libertà e i diritti garantiti dalla presente Costituzione, con i principi dell'ordine pubblico»³³.

Nella relazione di Lelio Basso, presentata sempre alla I Sottocommissione, il richiamo esplicito al limite dell'ordine pubblico veniva effettuato solo relativamente al domicilio e alla libertà di circolazione, come risultava dall'articolo 3 del progetto presentato dal deputato, in base al quale il domicilio era inviolabile e nessuno poteva introdursi se non per ordine di una autorità giudiziaria, ad eccezione dei casi di flagranza di reato ed altri casi eccezionali, tassativamente previsti dalla legge per “necessità di ordine pubblico”; e dal successivo articolo 4, che, in merito al diritto di circolazione, dichiarava la libertà di ognuno di circolare e fissare la propria residenza o domicilio liberamente all'interno dello Stato, “salvi i limiti imposti dalla legge per motivi di sanità o di ordine pubblico”.

Ebbene, nonostante queste previsioni, il successivo dibattito in assemblea costituente comportò l'espunzione dal testo della Costituzione del lemma in esame.

Deriva da qui la necessità di richiamare alcuni passaggi che hanno caratterizzato l'analisi dei costituenti in merito all'opportunità o meno dell'inserimento dell'espressione ordine pubblico all'interno della carta costituzionale.

Analizziamo preliminarmente i dibattiti che animarono i lavori delle Sottocommissioni per poi arrivare alle discussioni generali.

Nella seduta del 19 settembre 1946, la prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione discusse circa la libertà di domicilio così come presentata da Basso e ne scaturì un interessante dibattito. Il primo a prendere parola fu Palmiro Togliatti il quale osservò che la formulazione proposta (“o altri casi eccezionali, tassativamente regolati dalle leggi, per necessità di ordine pubblico”) si sarebbe tradotta in una «tale ampiezza nella quale tutto può rientrare»³⁴, dal momento che, in quel modo, sarebbe divenuto possibile per una legge contraddire la Costituzione per motivi di ordine pubblico. Basso replicò – debolmente – che la garanzia della non ammissione di altre eccezioni rispetto a quelle fissate dalla legge fosse sufficiente, ma prontamente Ottavio Mastrojanni e Francesco De Vita controbatterono affermando di concordare con l'onorevole Togliatti e, condividendo con quest'ultimo la paura che una qualsiasi legge in situazioni contingenti e speciali

³³ Si può consultare la proposta di Dossetti (“Lo Stato come ordinamento giuridico e i suoi rapporti con gli altri ordinamenti – Libertà di opinione, di coscienza e di culto”) on line al sito *LanascitadellaCostituzione.it*, sezione “Appendici generali – Relazioni e proposte presentate nella Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione”.

³⁴ Come riportato nel resoconto stenografico della discussione del 19 settembre del 1946 consultabile al sito della camera dei Deputati, sezione “Archivio storico”, (*archivio.camera.it*), p. 78.

avrebbe potuto «infrangere il concetto di Costituzione»³⁵ lasciando che prevalesse l'arbitrio, si associarono nel chiedere la soppressione dell'inciso “ordine pubblico”. Inoltre, Togliatti, insistendo nel proporre la soppressione, sottolineò – con una riflessione ancora estremamente attuale – la triste tendenza italiana a considerare la legge di pubblica sicurezza come prevalente: «si può scrivere quello che si vuole nella Costituzione o nei Codici. Poi il Governo fa la legge di pubblica sicurezza, la quale è la sola che regola i rapporti tra il cittadino e l'autorità dello Stato»³⁶. Successivamente, sostenne di voler sostituire l'“ordine pubblico” con il lemma “pubblica necessità” cui Aldo Moro contrappose la formula “pubblica incolumità” che gli apparve più restrittiva e più «umana».

La discussione proseguì nella seduta del giorno successivo (20 settembre 1946), concentrandosi sulla formulazione della libertà di circolazione così come risultava dal connubio delle relazioni presentate dai deputati Basso e Giorgio La Pira: “Ogni cittadino può circolare e fissare la propria residenza o domicilio in ogni parte del territorio, salvo i limiti imposti dalla legge per motivi di sanità o di ordine pubblico (...)”. Anche in questa circostanza, Togliatti insistette sulla potenziale apertura all'arbitrio che si nascondeva dietro il lemma “ordine pubblico”, nozione il cui utilizzo aveva garantito alle autorità di porre i limiti che avevano voluto, dando a queste ultime la possibilità «di fare qualsiasi cosa» e propose, dunque, di sostituire l'espressione nel modo seguente: “salvo i limiti disposti dalla legge, in circostanze eccezionali”. E a nulla sarebbe valso, secondo lo stesso Togliatti, sostituire, come proposto subito dopo il suo intervento dall'onorevole Giuseppe Grassi, l'“ordine pubblico” con la “sicurezza pubblica”, dal momento che il risultato sarebbe stato comunque quello di lasciare alla polizia la facoltà di inibire una libertà (nel caso di specie, quella di circolazione) per motivi di ogni genere.

Basso, nel tentativo di rendere meno equivoca la formula da lui proposta, suggerì di porre un argine all'arbitrio ancorando la costruzione della libertà in esame alla garanzia della legge e quindi riassumendo il tutto nella frase “salvo i limiti imposti con carattere generale dalla legge”: con questo chiarimento, secondo il relatore, si escludeva che le autorità esecutive potessero porre limiti contro una determinata persona o determinate categorie di persone. Ma a questa potenziale soluzione replicarono ancora Togliatti e Roberto Lucifero, il primo osservando che occorreva essere più concreti e precisare in quali circostanze la legge avrebbe potuto porre dei limiti, e il secondo sostenendo che le limitazioni avrebbero dovuto essere circoscritte ai soli casi di guerra, epidemia e pubblica calamità³⁷, e cioè a casi legati a ragioni sostanziali e che non fossero *ad personam*. Tale elencazione, però, non venne condivisa da Mastrojanni, secondo il quale una simile limitazione

³⁵ Così si esprime Mastrojanni, come si può leggere nel testo della discussione in esame, *ibidem*.

³⁶ Come risulta dal resoconto stenografico della seduta del 19 settembre 1946, *ibidem*.

³⁷ L'onorevole Mancini restringeva ulteriormente il raggio d'azione delle limitazioni osservando che la formula “pubblica calamità” risultava poco chiara e quindi potenzialmente espandibile fino ai confini dell'ordine pubblico. Di conseguenza, affermava di voler limitare le eccezioni solo ai casi di guerra ed alle esigenze igieniche.

avrebbe escluso la possibilità di «rinviare al proprio domicilio, con foglio di via obbligatorio, le persone che siano, per un motivo o per un altro, indesiderabili, come nei casi di accattonaggio o prostituzione», e avrebbe limitato di conseguenza il potere delle autorità di pubblica sicurezza il cui esercizio in questi casi rispondeva, secondo il deputato, «ad uno scopo di utilità e di necessità per l'umana convivenza»³⁸. Aldo Moro, ribadendo l'importanza di queste ultime considerazioni, riteneva che fosse una forma essenziale di tutela delle libertà dei cittadini quella di «permettere alla polizia di restituire al loro domicilio e ivi fissare le persone pericolose alla sicurezza pubblica»³⁹ e esprimeva nuovamente la convinzione che «un accenno all'ordine pubblico o a qualche cosa di analogo»⁴⁰ doveva essere fatto. In seconda battuta, proponeva che venisse espressamente vietato l'introduzione di limitazioni alla libertà in esame per motivi di carattere politico, sostenendo che in questo modo la locuzione “ordine pubblico” sarebbe stata più chiara e avrebbe assunto la funzione di tutela di fronte alla delinquenza comune ma non per motivi politici. A questo replicava Concetto Marchesi con parole che ancora oggi suonano estremamente attuali: dichiarò infatti che avrebbe accettato la proposta dell'onorevole Moro se non fosse stato consapevole «per lunghissima esperienza, che ad un certo punto l'avversario politico diventa un delinquente comune e quindi la legge lo colpisce come tale» e, a tal proposito, in merito alle parole “ordine pubblico” e “pubblica sicurezza”, ricordò i numerosi arbitrii cui questi due concetti avevano dato giustificazione nel corso della storia e si associava, dunque, alla proposta dell'onorevole Lucifero.

Il 24 settembre del 1946 fu la terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione ad affrontare l'opportunità o meno dell'inserimento nella carta costituzionale del lemma “ordine pubblico” in sede di discussione della proposta dell'onorevole Michele Giua riguardante il diritto di migrazione. Il primo comma dell'articolo sottoposto all'analisi dell'assemblea prevedeva che la libertà di ogni cittadino di circolare e di fissare la propria dimora, il proprio domicilio o la propria residenza potesse essere limitata dalla legge per motivi di sanità o di ordine pubblico. Il primo a non ritenere opportuno il riferimento a quest'ultimo limite fu l'onorevole Enrico Molè, ritenendolo un concetto di grande discrezionalità e osservando che, mentre i motivi sanitari venivano determinati in base a decisioni del Governo, le ragioni di ordine pubblico potevano essere sempre sollevate dalla polizia e aprire il campo all'arbitrio. Concordavano con Molè sia l'onorevole Francesco Colitto, il quale proponeva la sostituzione della locuzione “ordine pubblico” con la formula “salvi i limiti imposti dalla legge”, sia l'onorevole Gustavo Ghidini che, in qualità di presidente della Sottocommissione, poneva ai voti l'articolo così formulato: “Il cittadino può circolare e fissare il

³⁸ Così si esprimeva Mastrojanni come si può leggere nel resoconto stenografico della seduta del 20 settembre 1946 consultabile al sito archivio.camera.it, p. 85.

³⁹ Sono le parole di Moro, come risulta dal resoconto stenografico, p. 85.

⁴⁰ Sempre Moro, *ibidem*. Cogliendo questo suggerimento, poco dopo il deputato Grassi sosteneva che le limitazioni alla libera circolazione potessero essere ristrette ai motivi di sanità o di sicurezza pubblica.

domicilio, la residenza e la dimora in ogni parte del territorio dello Stato, salvo i limiti imposti dalla legge” che veniva approvato.

Fino ad ora, abbiamo riportato i passaggi delle relazioni presentate dai deputati e delle relative discussioni in Sottocommissione in cui furono affrontate in qualche misura le problematiche sollevate dalla nozione in esame; adesso passeremo all’analisi del successivo dibattito che animò le sedute dell’Assemblea costituzionale in sede di esame del progetto di Costituzione approvato dalla Commissione.

La prima seduta rilevante ai nostri fini, è quella del 26 marzo 1947, in cui si proseguì la discussione generale del Titolo I della parte prima del progetto, titolata “Rapporti civili”. In particolare, il concetto di ordine pubblico venne in rilievo durante la discussione relativa alla libertà di culto, quando l’onorevole Luigi Preti – richiamandosi anche ad alcuni episodi del passato in cui ragioni di ordine pubblico furono create facilmente e legittimarono larghe applicazioni della legge di pubblica sicurezza – affermò di non condividere assolutamente il limite dell’ordine pubblico cui, ex art. 14 del progetto esaminato, veniva subordinato l’esercizio dei culti acattolici. Di più: sottolineando la necessità di segnare una totale cesura con il passato, ribadiva che non si poteva adottare una formula di cui si servì il governo fascista «per legittimare i propri soprusi, e che domani (...) potrebbe eventualmente servire per consimili scopi», ma occorreva liberarsi di una clausola «ipocrita» che «significa, in pratica, arbitrio di polizia»⁴¹.

La discussione proseguì anche il giorno successivo (27 marzo) ed anche altri deputati, come ad esempio Calogero Di Gloria – a chiusura di un sentito discorso sul fascismo e sul pericolo non di un suo ritorno, ma, come efficacemente affermò, che «non se ne vada»⁴² – sostenne l’opportunità di togliere dal testo dell’articolo relativo alla libertà di culto la proposizione limitativa “purché non si tratti di principi o riti contrari all’ordine pubblico o al buon costume”.

Invece, nel suo intervento, l’onorevole Michelangelo Trimarchi fece dei distinguo fra le libertà: in particolare, riferendosi alla libertà di stampa e di propaganda o, in generale, di manifestazione del pensiero in ambito sociale, portò all’attenzione dell’assemblea il rischio che in casi del genere avrebbe potuto causare un esercizio totalmente libero di questi diritti. Affermò infatti che in tali circostanze fosse necessario un limite chiaro e preciso «per salvaguardare i beni morali della società, per impedire che l’uso di questa libertà possa pervertire le coscienze, portare al male, condurre al vizio (...) Perciò è bene che il limite ci sia e il limite è quello della morale, del buon costume, dell’ordine pubblico, limite che risponde (...) a questa esigenza: di salvaguardare il complesso sociale

⁴¹ Così come riportato nel resoconto stenografico della seduta in esame (26 marzo 1947) consultabile on line nella sezione “Archivio” del sito della Camera dei deputati, (archivio.camera.it), p. 2515.

⁴² Come si può leggere a p. 2554 del resoconto stenografico della seduta del 27 marzo 1947.

dal male»⁴³. Osservazioni condivise anche in un intervento successivo dall'onorevole Tito Oro Nobili.

L'esame continuava il 28 marzo e sempre in merito agli articoli relativi alla libertà di stampa, di associazione, di riunione e di culto. Per ciò che qui interessa, però, riportiamo solo alcuni passaggi dell'intervento di Costantino Mortati, relativi sì alla libertà religiosa, ma dai quali si può dedurre l'interpretazione della nozione "ordine pubblico" condivisa dall'illustre giurista. Egli, partendo dalle critiche mosse dagli onorevoli Luigi Preti e Ugo Della Seta all'ultima parte dell'art. 14 (libertà di culto), cioè al limite dei principi o riti contrari all'ordine pubblico, argomentava la propria posizione in merito non condividendo quanto affermato negli interventi richiamati. Sosteneva, infatti, che il limite posto dall'ordine pubblico fosse «operante di per sé, anche nel silenzio della Costituzione»⁴⁴ e quindi, anche a tacere di questo limite, la situazione non sarebbe mutata perché «il limite dell'ordine pubblico è immanente a ciascun ordinamento» e «trova la sua giustificazione in quelle esigenze di conservazione dell'assetto costituzionale dello Stato, che non potrebbe attuarsi se non con la conservazione dei principî fondamentali dell'ordinamento stesso»⁴⁵. Per la sensibilità cristiana e democratica propria di Mortati, l'ordine pubblico coincideva dunque con le fondamenta dell'ordinamento, con i valori e i principi che andavano a costruirne la base, il nocciolo essenziale.

Il rischio paventato dall'onorevole Preti e da altri, e cioè la traduzione di questo limite all'esercizio della libertà religiosa nell'apertura all'arbitrio della polizia, non era visibile agli occhi di Mortati, il quale escludeva l'effettiva realizzazione di questo pericolo facendo affidamento sulla garanzia esercitata dall'operato della magistratura, alla quale veniva affidata la tutela di ogni altra forma di libertà. Ad ogni modo, affermava che sarebbe risultato inutile non inserire nella carta costituzionale il lemma ordine pubblico, dal momento che comunque ad esso faranno riferimento leggi, decreti e provvedimenti di polizia.

A queste conclusioni, controbatteva l'onorevole Walter Binni nella seduta del 12 aprile 1947, sostenendo che, proprio trattandosi di provvedimenti contenuti in decreti di polizia, sarebbe stato opportuno evitare di inserire le stesse limitazioni, che definiva dannose, anche nella Carta costituzionale: si trattava, a suo avviso, di una formula pericolosa, rischiosa perché «ricca di tentazioni per chi ha il potere e può servirsene per i suoi scopi particolari»⁴⁶. Condivideva la stessa volontà di soppressione del lemma ordine pubblico dal testo dell'articolo relativo alla libertà di culto,

⁴³ *Ivi*, p. 2572.

⁴⁴ Si veda il resoconto stenografico della seduta del 28 marzo 1947, consultabile al sito archivio.camera.it, p. 2631.

⁴⁵ *Ibidem*. Nel passaggio immediatamente successivo a quello riportato, Mortati continua nella sua tesi affermando la sussistenza di un *continuum* fra la declinazione dell'ordine pubblico operante nel diritto costituzionale e il principio generale d'ordine pubblico vigente nel diritto civile e nel diritto internazionale, non sposando, almeno così sembrerebbe, quella dottrina (richiamata *supra*, par. 3; 3.1; 4) che teorizza una divisione fra l'ordine pubblico amministrativo-materiale (inerente l'esercizio delle libertà fondamentali) e l'ordine pubblico normativo-ideale (operante nel diritto civile e internazionale).

⁴⁶ Così a p. 2773 del resoconto stenografico della seduta del 12 aprile 1947 consultabile su archivio.camera.it.

l'onorevole Nobili, il quale riteneva il limite in discussione un «criterio troppo evanescente»⁴⁷ e spesso usato dai funzionari di polizia per vietare alcune manifestazioni “scomode” da gestire per loro o non desiderate dal Governo. Secondo quest'ultimo deputato, si trattava, dunque, di un criterio troppo elastico, troppo soggettivo e troppo facilmente invocabile per poter costituire il limite costituzionalmente previsto per l'esercizio di una libertà fondamentale. Dello stesso avviso, inoltre, fu l'onorevole Alberto Cianca.

Ne seguì che, alla fine della discussione, la locuzione “ordine pubblico” scomparve anche dalla previsione costituzionale relativa alla libertà di religione e di culto.

In conclusione, se l'ordine pubblico compare come limite di diverse libertà all'interno dei progetti contenuti nelle Relazioni di La Pira, Dossetti e Basso, in seguito ad un approfondito dibattito prima in Commissione e poi in sede d'Assemblea generale, la nozione in questione venne espunta dalla carta costituzionale. A ben vedere, probabilmente, si trattava di un richiamo (quello all'ordine pubblico) debole, il cui inserimento non convinceva fermamente nemmeno gli stessi proponenti. E questo lo si può leggere non solo nella difesa sottotono che caratterizzò il dibattito in seno all'assemblea che seguì alla presentazione dei progetti, ma anche nella previsione all'interno delle relazioni di La Pira e di Dossetti⁴⁸ del *diritto di resistenza all'oppressione* nei confronti dei possibili abusi del potere: una simile disposizione può lasciar immaginare una certa paura dei proponenti circa i possibili scenari che l'uso-abuso dell'ordine pubblico da parte del legislatore poteva aprire. Meglio: sembra che nella costruzione dei deputati, l'inserimento del limite dell'ordine pubblico come argine all'esercizio di libertà fondamentali venisse, a tutti gli effetti, bilanciato dall'espressa garanzia di tutela dai potenziali abusi dei poteri costituiti (diritto di resistenza all'oppressione) che l'inserimento di quel limite poteva provocare. *Simul stabunt vel simul cadent*.

⁴⁷ Ivi, p. 2775.

⁴⁸ Nella seconda relazione di Lelio Basso (quella relativa ai principi dei rapporti politici), pur non comparando un diritto alla resistenza all'oppressione, viene inserito all'articolo 5 il seguente diritto: “chiunque, cittadino o straniero, ritenga di aver subito un abuso da parte dei pubblici poteri della Repubblica, può portarne reclamo innanzi al Parlamento”. Inoltre, qualcosa di simile viene prospettato anche dall'onorevole Nobili Tito Oro, il quale, nella seduta del 10 aprile 1947, aderendo ai progetti che volevano rinviare ad un Proemio la riconsacrazione delle libertà e, dunque, in sostituzione di alcuni articoli, presenta il seguente emendamento: “La Repubblica garantisce con apposite leggi la più ampia tutela delle libertà storicamente acquisite e riconsacrate in Proemio, nonché i diritti che ne discendono. Quando l'esercizio di tali diritti ponga in pericolo l'ordine pubblico, la pubblica salute o il buon costume, il magistrato o il funzionario di polizia che, in virtù delle leggi speciali, ne abbia determinata la sospensione o la restrizione, risponderà penalmente di ogni arbitrio e di ogni eccesso”.

2.1. *Segue*: b) L'ordine pubblico all'interno della nuova cornice costituzionale

Con la nascita della Costituzione, concetti come l'ordine pubblico, la sicurezza dei cittadini, o la loro incolumità, dato il ruolo che hanno svolto nei precedenti ordinamenti, dovevano essere «ricreati dal di dentro, onde renderli coerenti con l'ordinamento vigente»⁴⁹.

Come si desume dall'analisi svolta nel paragrafo precedente, in Costituzione non troviamo l'espressione “ordine pubblico”⁵⁰: la sensazione generale che si ha leggendo le discussioni che hanno animato l'Assemblea è quella di una certa «diffidenza»⁵¹ del Costituente verso questa nozione, dalla quale molti hanno dedotto un certo «sfavore»⁵² che caratterizzerebbe il nostro sistema costituzionale nei confronti delle limitazioni alle libertà per motivi di ordine.

Ad ogni modo, vi sono disposizioni che possono evocare un richiamo implicito a tale concetto, facendo leva su espressioni affini: si pensi, ad esempio, alle formulazioni degli articoli posti a tutela della libertà di circolazione, di domicilio o di riunione che, pur avendo eliminato in seguito al dibattito in assemblea costituente il riferimento esplicito all'ordine pubblico, presentano dei richiami alla tutela della sanità, della sicurezza o della incolumità pubblica⁵³; oppure alla libertà personale sancita dall'art. 13, per la quale «ci si accontenta del richiamo, piuttosto ambiguo, all'autorità di “pubblica sicurezza”»⁵⁴.

Sia concesso qui aprire una piccola parentesi: probabilmente fra le tre componenti, quella della sicurezza è la chiave d'accesso principale dell'ordine pubblico all'interno del nostro ordinamento, dal momento che, così come dai lavori dell'assemblea costituente non si evince una forte differenziazione fra gli stessi, anche la giurisprudenza costituzionale ha confermato una certa continuità fra i due concetti, affermando che si ha sicurezza pubblica quando il cittadino non si sente minacciato nello svolgimento delle proprie lecite attività e, cioè, quando vi è ordine pubblico⁵⁵.

Il riferimento a queste componenti e l'abbandono dell'espressione oggetto del presente studio, sono scelte che gran parte della dottrina ha interpretato come conferma del carattere materiale da

⁴⁹ A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 1777.

⁵⁰ Unica eccezione, l'art. 117, co. 2 lett. h), tramite il quale, in seguito alle modifiche apportate dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, si inserisce nel nostro testo costituzionale, fra le materie in cui lo Stato ha legislazione esclusiva, “l'ordine pubblico e la sicurezza”.

⁵¹ Come nota A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, cit., p. 2.

⁵² Così, G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 71.

⁵³ Più specificamente: riferimenti alla incolumità o alla sicurezza si possono trovare in relazione alla libertà personale (art. 13); la sanità e l'incolumità sono limiti posti a giustificazione di interventi restrittivi della libertà domiciliare (art. 14); la sicurezza e la sanità sono, invece, possibili cause di restrizioni della libertà di circolazione (art. 16); sicurezza e incolumità pubblica sono, invece, le ragioni che legittimano interventi sulla libertà di riunione (art. 17).

⁵⁴ Così, V. GREVI, *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, cit., p. 347.

⁵⁵ Cfr. sent. n. 2 e n. 14 del 1956. A tal proposito, Pace afferma efficacemente che l'utilizzo del termine “sicurezza” al posto di “ordine pubblico” è un argomento che «non prova né la diversità dei concetti di sicurezza pubblica e di ordine pubblico, né la soppressione di quest'ultimo concetto nell'attuale sistema costituzionale», A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, cit., p. 120.

attribuire all'operare del criterio dell'ordine pubblico nel nostro ordinamento, dal quale dovrebbero scaturire alcune conseguenze⁵⁶. Anzitutto, i nuovi equilibri dovrebbero condurre a favorire un'interpretazione stretta e riduttiva dei casi in cui sia legittimo limitare l'esercizio delle libertà per motivi di ordine pubblico o per la salvaguardia dell'ordinamento democratico⁵⁷; in secondo luogo, la tutela dell'ordine pubblico non potrebbe estendersi fino a ricomprendere la tutela contro ogni manifestazione di dissenso o di insofferenza verso il potere costituito; infine, il compito della polizia dovrebbe essere limitato alla repressione delle manifestazioni contrarie all'ordine pubblico e non allargarsi fino alla prevenzione di possibili reati o disordini⁵⁸.

Inoltre, dato che l'ordine pubblico (declinato come sicurezza e incolumità pubblica) è previsto espressamente solo per la libertà di riunione e di circolazione (artt. 17 e 16), mentre le altre (libertà personale, di domicilio, di manifestazione del pensiero) sono sottoposte espressamente ad altri limiti, alcuni hanno da ciò argomentato un'esclusione dell'ordine pubblico dalla categoria delle clausole generali, considerandolo operante non come limite generale di tutte le situazioni giuridiche di libertà, ma solo di quelle per cui è richiamato⁵⁹.

Il riferimento a queste componenti tipiche, caratterizzate da un'articolazione maggiormente puntuale, dovrebbe bastare a chiarire ogni dubbio circa il proposito dei costituenti di non ampliare l'orizzonte dell'ordine pubblico e, anzi, di ridurne la portata a questi contenuti: in altre parole, stando al dato testuale e riprendendo una delle sistematizzazioni già esaminate⁶⁰, la nostra costituzione, fra la nozione amministrativa (materiale) e quella normativa (ideale) dell'ordine pubblico, sembrerebbe accogliere la prima e rifiutare la seconda.

Non manca, inoltre, chi deduce il favore del nuovo ordinamento per un'interpretazione strettamente materiale dell'ordine pubblico dal fatto che le libertà alle quali il limite della sicurezza è riferito risultano caratterizzate dagli elementi "materiali" della compresenza fisica e del coinvolgimento fisico⁶¹: sintomo che il limite rappresentato dalla nozione in esame è volto a regolare la presenza di più persone ed evitare che si realizzi un disordine materiale, che attenti alla tranquillità, all'incolumità delle persone, e non quel disordine immateriale che può conseguire dalla contestazione di beni, di valori o dal conflitto fra principi⁶².

⁵⁶ A. PACE, *op. ult. cit.*; ID., *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, cit.; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, cit.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, p. 476; V. GREVI, *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, cit.

⁵⁷ Come nota G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 74.

⁵⁸ Come sottolinea P. VIRGA, *I diritti di libertà e i diritti politici*, in *La Costituzione italiana: il disegno originario e la realtà attuale*, Milano, 1980, p. 60-61.

⁵⁹ Cfr. G. CORSO, *Ordine pubblico, b) Diritto pubblico*, cit., p. 1062.

⁶⁰ Si veda *supra*, cap. I, par. 4.

⁶¹ Il riferimento è all'articolo 16 e all'articolo 17 (il quale, inoltre, si collega anche al limite materiale della pacificità), come rilevano A. CERRI, *op. cit.*, p. 4 e A. PACE, *La libertà di riunione nell'ordinamento italiano*, Padova, 1967, p. 154.

⁶² G. CORSO, *op. ult. cit.*, p. 1063.

Dal nuovo quadro, dunque, emerge la propensione verso una declinazione materiale dell'ordine pubblico, che si rispecchia nelle sole tre componenti espressamente previste della sanità, sicurezza e incolumità pubblica, condizioni che, inoltre, agiscono solo ai fini espressamente previsti, ammettendosi solo la possibilità dell'operare di sub-componenti (come la tranquillità pubblica, ad esempio⁶³).

In sintesi, dalla lettera della carta costituzionale sembra non esserci spazio né per un allargamento delle componenti tradizionali, né per l'ammissione di componenti maggiormente generiche e più facilmente strumentalizzabili, come quelle che hanno caratterizzato l'ordinamento liberale e fascista.

Nonostante il dato testuale, però, l'operare del criterio dell'ordine pubblico come limite alle libertà è da sempre in bilico fra una declinazione in senso materiale ed una in senso immateriale o ideale. Richiamandoci alle teorie elaborate da dottrina e giurisprudenza e alle quali si è già fatto riferimento nei paragrafi precedenti, proviamo ad esaminare, alla luce dei nuovi equilibri stabiliti dalla Costituzione, se sussistano – e quali siano – le letture che, all'interno del quadro rinnovato dalla Costituzione, riescono a giustificare una declinazione in senso ideale dell'ordine pubblico.

Partendo dalla teoria che vede coincidenti l'ordine giuridico e l'ordine pubblico, si deve rilevare che vi sono alcuni passaggi in Costituzione che, ad una prima analisi, potrebbero suffragare l'ipotesi di un ordine pubblico (ideale) inteso come rispetto dell'ordinamento giuridico dello Stato o del sistema dei principi ricavabili da questo: si pensi, ad esempio, al comma 2 dell'articolo 8 (“Le confessioni diverse da quella cattolica hanno il diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto *non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano*”), o al primo comma dell'articolo 10 (“L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”). Come viene fatto notare⁶⁴, però, si tratta di concetti operanti in settori particolari e ben definiti, dalla constatazione dei quali, dunque, non è possibile giungere alla conclusione dell'esistenza di una interpretazione costituzionalmente formalizzata dell'ordine pubblico in senso ideale.

Non manca chi ha declinato in senso strumentale il rapporto fra i due caratteri dell'ordine pubblico: in base a questa impostazione, l'ordine pubblico materiale sarebbe il mezzo attraverso il quale raggiungere il fine dell'ordine pubblico ideale secondo il modello voluto dalla Costituzione, che non può più accontentarsi di un “ordine pubblico di polizia”, volto solo alla conservazione dell'ordine nelle piazze, ma deve mirare alla tutela di un «ordine pubblico di giustizia», capace di garantire la giustizia nei rapporti sociali secondo lo schema disegnato dalla Costituzione e imperniato sui principi-base, fondamento dell'ordine pubblico costituzionale⁶⁵.

⁶³ Si è già accennato a queste teorie nel paragrafo relativo alle componenti tradizionali, *supra*, cap. I, par. 2.

⁶⁴ C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 131-132.

⁶⁵ Così si esprime V. GREVI, *op. cit.*, p. 348-349.

Altri ancora, invece, non hanno ritenuto valida la costruzione che vede coincidere l'ordine pubblico in senso ideale con l'ordinamento costituzionale e fanno notare che il diritto costituzionale emergente dalla Carta è un sistema di norme «a fini del tutto particolari ed incapaci di esprimere un ordine pubblico ideale come concetto dotato di proprie funzioni normative»⁶⁶. Lo stesso dicasi per l'ordine costituito, il quale, venendo a coincidere con le norme di tipo organizzatorio, rappresenta semplicemente un aspetto specifico del generale ordine costituzionale e non ha, quindi, carattere normativo; per l'ordine pubblico costituzionale, che, invece, indica semplicemente quei riferimenti alle componenti materiali dell'ordine pubblico che si trovano in costituzione; e per quanti vedono in alcuni principi del nostro sistema costituzionale la chiave per una interpretazione in senso ideale dell'ordine pubblico costituzionale.

Seguendo quest'ultima interpretazione, la Corte, in diverse sentenze, ha indicato come principi supremi dell'ordinamento il principio d'eguaglianza, i diritti inviolabili e, in particolare, quello di azione e di difesa, e i doveri inderogabili, dando adito, in questo modo, al profilarsi di un ordine pubblico costituzionale come ordine ideale. Anche in quest'ultimo caso, però, sfugge la funzione normativa di una simile costruzione, cioè dell'insieme dei principi costituzionali essenziali: in effetti, stando a quanto stabilito nella carta costituzionale, sembrerebbe impossibile immaginare che le autorità di pubblica sicurezza possano limitare l'esercizio dei diritti secondo modalità e con fini diversi da quelli espressamente previsti, con la sola giustificazione della tutela del nucleo dei principi fondamentali.

Ancora più semplicemente, è stato fatto notare che l'ordine normativo è notevolmente più esteso dell'ordine costituzionale, dato che quest'ultimo comprende solo le norme-principio formalmente previste dalla Carta costituzionale⁶⁷.

In sintesi, si deve escludere che la Costituzione permetta la costruzione di un «ordine pubblico ideale come ordine pubblico normativo, cioè (...) operante a sua volta a speciali, autonomi fini normativi»⁶⁸: qualora si vogliano leggere in alcune disposizioni costituzionali dei richiami all'ordine pubblico immateriale, si deve riconoscere che questi sono stati costruiti in modo da avere un raggio d'azione circoscritto a situazioni e fatti precisi che rende impossibile il loro operare autonomamente al di fuori di questi confini.

Infine, si potrebbe declinare l'ordine pubblico ideale come insieme di principi non codificati ma presupposti dalla Carta, ossia come unione di criteri non giuridici, ma sociali, economici e politici che si pongono come base essenziale per l'operatività ed il rispetto dell'ordine costituzionale. A tal proposito, occorre accennare alle critiche mosse da chi ha osservato che una simile declinazione non

⁶⁶ C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁷ L. PALADIN, *op. cit.*, p. 132, nota 3.

⁶⁸ C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 137.

può affermarsi in un ordinamento democratico, all'interno del quale non c'è un'interpretazione univoca o ufficiale dei principi fondamentali, né ovviamente può accordarsi un'efficacia superiore alla declinazione di questi data dai poteri di volta in volta operanti. In altre parole: se nella nostra costituzione, come visto, non sembra esserci spazio per l'operare di un ordine pubblico ideale in senso normativo, a maggior ragione dovrebbe escludersi l'esistenza di un ordine pubblico ideale come sistema di principi extra-giuridici, individuati di volta in volta dall'autorità che, quindi, potenzialmente potrebbe orientare l'interpretazione e la conseguente applicazione di principi costituzionali a sua discrezione⁶⁹.

Nonostante quanto potrebbe risultare dal testo costituzionale, però, occorre riaffermare – come visto diffusamente nel testo e come approfondiremo nei successivi capitoli del presente lavoro – la tendenza della giurisprudenza costituzionale a “ondeggiare” fra le possibili interpretazioni dell'ordine pubblico, ammettendo – anche se a volte con sentenze-monito o tramite un'apertura solo parziale delle componenti tradizionali – una declinazione ideale di quest'ultimo.

Tendenza, quest'ultima, che analizzeremo meglio nei capitoli successivi e che emerge, in particolare, da quelle decisioni della Corte in cui il riferimento all'ordine pubblico è stato esteso ad ogni libertà, al di fuori degli espressi richiami costituzionali e ha assunto le vesti di limite generale per tutti i diritti garantiti in Costituzione⁷⁰: orientamento che, come visto, si manifesta già a partire dalle sentt. nn. 1/1956 e 19/1962, nelle quali l'ordine pubblico coincide con la tranquillità pubblica e con l'ordine legale su cui si basa la civile convivenza.

L'esclusione dal testo del lemma ordine pubblico, dunque, non è bastata per ancorare definitivamente questa nozione al solo portato materiale delle sue esternazioni.

A dire il vero, l'espressione “sicurezza pubblica”, con la quale è stato sostituito, aveva già dato prova, nel recente passato liberale e fascista, di una certa malleabilità, al punto che non è risultato così “stonato”, rispetto all'armonia del nuovo assetto, l'operato della Corte costituzionale, la quale (ad esempio con la sent. n. 2/1956) ha esteso il concetto di sicurezza molto oltre la tutela dell'incolumità fisica, comprendendo in essa la garanzia del godimento di tutti i diritti e di tutte le libertà riconosciute dalla Costituzione (e quindi, nel caso specifico, riconoscendo che ragioni di moralità pubblica possano limitare la libertà di circolazione). Autorevole dottrina ha osservato che, ragionando in questo modo, il concetto di sicurezza verrebbe ad estendersi a tal punto da non distinguersi più da quelli di sanità, incolumità o dignità, che, anzi, risulterebbero compresi nel primo e ciò andrebbe a scontrarsi con il dato testuale, dal quale, invece, si deduce un rapporto fra tali limiti non di subordinazione, ma di coordinamento⁷¹.

⁶⁹ C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 140.

⁷⁰ Secondo la critica di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, cit., p. 191 ss.

⁷¹ A. CERRI, *op. cit.*, p. 4.

Sarebbe stato opportuno che l'allargamento dei confini dell'ordine pubblico si ancorasse a criteri più rigidi, che i limiti all'esercizio delle libertà costituzionalmente garantite si trovassero in altri interessi sempre costituzionalmente protetti, anche se non espressamente indicati⁷², di modo che l'incidenza di questi sulle libertà fosse, quanto meno, circoscritta ai casi necessari. Tuttavia, come è stato sottolineato in dottrina, anche partendo da questa impostazione, la Corte è a volte giunta ad attribuire un valore ideale all'ordine pubblico. Ad esempio, nella sent. n. 19 del 1962, la Corte afferma al punto 4 del Considerato in diritto che «la tutela costituzionale dei diritti ha sempre un limite insuperabile nella esigenza che attraverso l'esercizio di essi non vengano sacrificati beni, ugualmente garantiti dalla Costituzione. Il che tanto più vale, quando si tratti di beni che – come l'ordine pubblico – sono patrimonio dell'intera collettività»: qui non solo la nozione in esame assume una dimensione sicuramente immateriale, ma assurge a bene direttamente garantito in Costituzione, venendo a costituire un «supervalore costituzionale, che si impone e prevale sulle libertà»⁷³.

3. La riforma costituzionale del 2001 e l'ingresso dell'“ordine pubblico” in Costituzione

Le riflessioni sull'ordine pubblico e sulla opportunità o meno di un suo richiamo esplicito nel testo costituzionale che hanno animato i lavori dell'assemblea costituente non hanno caratterizzato, invece, le sedute delle commissioni parlamentari e dell'Assemblea della Camera e del Senato che hanno portato all'approvazione della legge costituzionale n. 3 del 2001 e, quindi, all'inserimento dell'ordine pubblico al secondo comma, lett. h) del novellato art. 117 Cost.

Già dalle proposte e dagli interventi che si sono svolti durante l'*iter* in commissione bicamerale del progetto di legge costituzionale di Revisione della II parte della costituzione, possiamo notare come la discussione sull'ordine pubblico sia stata schiacciata solo sul problema della ripartizione della competenza in materia fra lo Stato e le regioni. Una parte delle forze politiche spingeva per una decentralizzazione dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza e sosteneva l'approvazione di una riforma improntata sul modello federale; un'altra, invece, intendeva frenare queste tendenze e sosteneva una riforma meno invasiva della forma di Stato vigente. Ad ogni modo, tramite richiami ad alcuni passaggi delle discussioni svolte nelle Commissioni o in Assemblea, si può provare a ricavare l'intenzione con cui si è deciso di inserire l'ordine pubblico nel testo della costituzione e quale senso, quale declinazione di questo deve ricavarsi da simili dibattiti.

⁷² G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 79.

⁷³ *Ivi*, p. 82. L'autore prosegue sostenendo che si è tentato di porre un argine all'eventualità che si consolidi questa interpretazione attraverso quella giurisprudenza costituzionale che punta a riassetare gli equilibri fra mantenimento dell'ordine e libertà legando le proprie decisioni alla valutazione di un effettivo e concreto pericolo per l'ordine pubblico.

Procediamo in ordine cronologico e, quindi, partiamo dalle sedute della Commissione bicamerale per le riforme (iniziate il 4 febbraio 1997) i cui lavori sono stati organizzati all'interno di quattro comitati: uno sulla Forma di Stato, uno sulla forma di Governo, uno sul Parlamento e le fonti ed uno sul sistema di garanzie.

Nella seduta del comitato sulla forma di Stato dell'11 marzo 1997, il deputato Michele Salvati definisce l'ordine pubblico come una delle funzioni tradizionali nello Stato liberale insieme alla difesa ed alla giustizia; il senatore Maurizio Pieroni, invece, sostenendo la necessità di una vera e propria alienazione di sovranità, fa riferimento alla tutela dell'ordine pubblico, «che potrebbe avvenire con una ripartizione non più e non solo orizzontale, ma anche verticale». Sempre sul piano delle impostazioni generali, l'onorevole Giulio Tremonti, nella seduta del 19 marzo 1997, individua nelle quattro grandi funzioni della difesa, dell'ordine pubblico, della giustizia e della moneta le «componenti fondamentali dello Stato».

Passando ai progetti di riforma presentati, occorre osservare che, fin dalle prime proposte di proposizioni normative relative alle funzioni legislative riservate esclusivamente allo Stato, l'ordine pubblico viene affiancato dalla «sicurezza pubblica»⁷⁴, a conferma di un appiattimento della discussione sull'articolazione statale o regionale della materia in esame, dal quale si può ricavare una generale propensione verso una declinazione in senso materiale dell'ordine pubblico.

Il dibattito, in effetti, si è focalizzato quasi interamente sull'attribuzione o meno alle Regioni di competenze in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza e sull'articolazione dell'apparato di polizia. Lo sottolinea anche il presidente Massimo D'Alema nella seduta del 14 maggio 1997 che, nel riportare quanto emerso dalla relazione conclusiva del Comitato sulla forma di Stato, segnala i nodi problematici emersi proprio in merito al rapporto fra federalismo ed ordine pubblico. A tal proposito il Presidente, nell'espone la sua opinione, afferma che, pur essendo evidente che il principio dell'autogoverno implica un coinvolgimento maggiore dei poteri regionali e locali nel coordinamento delle politiche dell'ordine pubblico, questo dato, nella situazione italiana, non deve spingere verso la federalizzazione o la regionalizzazione delle forze dell'ordine, ma piuttosto verso un miglioramento nella «capacità di individuare i bisogni pubblici condivisi e prevalenti» (ovvero, nella adozione e nel coordinamento di politiche di ordine pubblico). Sull'argomento torna Massimo Villone nella seduta successiva (26 maggio 1997) e ribadisce l'importanza di materie come l'ordine pubblico, la scuola, la struttura e le grandi reti nazionali: materie che, per motivi diversi, necessitano tutte di essere espressamente previste nell'elenco delle competenze statali, non in esecuzione di un

⁷⁴ Come, ad esempio, risulta dalla proposta presentata da Francesco D'Onofrio nella seduta della commissione sulla forma di Stato del 13 marzo 1997 in cui, all'interno dell'elenco delle materie di esclusiva competenza dello stato, viene menzionato al punto 7.1 l'«ordine e sicurezza pubblica, esclusa la polizia locale».

disegno centralista, ma nell'intento di assicurare una tutela dei diritti maggiore e omogenea fra i cittadini dell'intero territorio nazionale.

Nella seduta del 12 giugno 1997 vengono presentati gli emendamenti alla proposta del senatore D'Onofrio (relatore sulla forma di Stato) recante, all'art. 4, la seguente ripartizione di competenze: «Salvo che i Trattati concernenti l'Unione Europea dispongano diversamente, spetta allo Stato la potestà legislativa in materia di: politica estera; difesa e sicurezza; ordine pubblico; moneta; organi costituzionali dello Stato e relative leggi elettorali; elezione del Parlamento Europeo; elezioni comunali e provinciali; bilancio ed ordinamenti contabili propri; ordinamento civile e ordinamento penale e relative giurisdizioni».

Gli emendamenti I.4.1. e I.4.2. – presentati dai deputati Armando Cossutta e Fausto Bertinotti e dai senatori Fausto Marchetti e Ersilia Salvato – prevedono alla lettera i) dell'art. 4 bis (competenze legislative esclusive dello Stato) soltanto la sicurezza nazionale e non menzionano l'ordine pubblico. Lo stesso dicasi per gli emendamenti proposti dai senatori Mario Rigo (emendamento I.4.7.) e Guido Dondeynaz (emendamento I.4.65), i quali inseriscono fra le competenze esclusive dello Stato soltanto la materia “difesa e sicurezza”. Più articolato è invece l'emendamento I. 4.24. proposto dai senatori Francesco Servello e Adriana Pasquali e dai deputati Domenico Nania e Gustavo Selva che, alla lettera h), menziona la sicurezza personale, l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza ad esclusione della polizia urbana.

La presenza costante della pubblica sicurezza affianco o al posto del lemma “ordine pubblico” indica, come precedentemente evidenziato, l'opzione per una declinazione materiale dell'ordine pubblico, opzione confermata anche successivamente nel dibattito svolto in commissione alla Camera sulle proposte effettuate dal comitato. In particolare, nella seduta del 27 gennaio 1998 durante la discussione in merito alle linee generali della riforma, il deputato Antonio Martino, nell'osservare l'incapacità dello Stato ad assolvere i suoi compiti fondamentali fra i quali rientra l'ordine pubblico, definisce implicitamente quest'ultimo come il «controllo del territorio», interpretandolo, dunque, in senso materiale: «basti pensare alla situazione dell'ordine pubblico (ci sono zone d'Italia in cui lo Stato assente lascia il controllo del territorio alla criminalità organizzata)».

Sulla stessa linea sembra collocarsi il deputato Rolando Fontan che nella seduta del 26 febbraio 1998 esprime la sua posizione a favore di un coinvolgimento dei sindaci nella gestione di alcune funzioni di ordine pubblico tramite la «definizione di piani di controllo del territorio» e l'amministrazione delle forze di polizia. Nella seduta del 22 aprile 1998, lo stesso Fontan ribadisce la posizione del gruppo Lega nord tramite il richiamo all'emendamento presentato da Comino (emendamento 58.13), in base al quale l'ordine pubblico e la sicurezza sono sì materie di rilevanza nazionale, ma che possono essere disciplinate anche a livello locale; sulla stessa linea si pone

l'intervento successivo di Karl Zeller secondo il quale l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza dovrebbero rientrare fra le materie di competenza ripartita, assicurando le esigenze di sicurezza nazionale tramite il ricorso alla legge statale cui spetta la disciplina generale, e affidandone la competenza attuativa alle regioni⁷⁵.

Ulteriori conferme della declinazione materiale dell'ordine pubblico inserito in costituzione in seguito alla riforma del titolo V del 2001 si trovano nella seduta del 9 novembre 1999 in cui la commissione in sede referente continua l'esame di alcuni emendamenti fra cui, ad esempio, quello proposto dal deputato Giuseppe Calderisi (emendamento 5. 76) che prevede l'inserimento al sesto comma dell'art. 117 la possibilità per le Regioni di promuovere l'estensione della propria autonomia secondo forme e condizioni particolari nell'ambito delle quali può essere attribuita alla potestà legislativa regionale la disciplina di alcune materie fra cui (alla lettera a) figura l'ordine pubblico e la sicurezza. Un altro emendamento discusso in questa seduta si muove nella stessa direzione e si spinge oltre: l'emendamento 17. 011. proposto da Rolando Fontan, Pietro Fontanini, Luciano Dussin e Giacomo Stucchi prevede l'aggiunta di un articolo 17 bis con cui si disciplina la possibilità per le Regioni del Nord (Piemonte, Valle D'Aosta/Vallée d'Aoste, Lombardia, Veneto, Trentino-Alto Adige/Südtirol, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Emilia, Romagna, Toscana, Umbria e Marche) di indire un referendum costituente per l'istituzione di un'Assemblea legislativa autonoma con competenza esclusiva in materia di: a) fiscalità generale, imposte e tasse; b) previdenza e pensioni; c) ordine pubblico e sicurezza interna; d) politica economica, ordinamento bancario e sviluppo delle imprese; e) rapporti istituzionali con l'Unione Europea.

L'esame della riforma passa poi al Senato dove la discussione si concentra sugli stessi nodi che hanno caratterizzato il dibattito alla Camera, come emerge, ad esempio, dalla seduta del 15 novembre 2000 in cui i senatori Francesco Tabladini e Renzo Gubert intervengono schierandosi a favore di una gestione locale e regionale delle problematiche relative all'ordine pubblico ed alla sicurezza. Ai nostri fini, sembra maggiormente indicativo l'intervento del primo dei due senatori il quale, nel motivare perché il suo gruppo voglia eliminare l'ordine pubblico dalle materie di esclusiva competenza statale, spiega che l'intento è quello «non tanto di eliminare la polizia dal territorio italiano, *cioè eliminare l'ordine pubblico e la sicurezza dal territorio italiano*, quanto quello di trasferire la materia alle

⁷⁵ In questa stessa seduta (22 aprile 1998) vengono discussi diversi emendamenti e subemendamenti relativi alla questione in esame, come ad esempio: l'emendamento 58.13 (Comino, Fontan, Fontanini, Maroni) secondo cui allo Stato spetterebbe l'ordine pubblico e la sicurezza di rilevanza nazionale; l'emendamento 58.14 (Valducci, Tortoli, Bertucci, Saraca, Paroli, Scaltritti, Leone, Conte, Collavini, Errigo) in cui alla lettera l) si parla solo di sicurezza personale; l'emendamento 58.15 (presentato da Nardini) e l'emendamento 58. 6 (presentato da Cento, Gardiol, Dalla Chiesa, Galletti) in cui non viene menzionato né l'ordine pubblico, né la sicurezza, ma si fa solo un cenno alla difesa e alle forze armate; l'emendamento 58.35 (Taradash, Colletti, Giovine) in base al quale lo Stato avrebbe competenza esclusiva in materia di sicurezza e difesa; ed infine l'emendamento 58. 34 (presentato da Fontan e Fontanini) in cui si fa riferimento non all'ordine pubblico ma all'organizzazione nazionale della sicurezza pubblica.

regioni (...) Lo scopo, quindi, è di rendere regionale questa polizia, al fine di essere più vicini alle situazioni che a mano a mano si vanno evolvendo».

In sintesi, dalle varie discussioni riportate – e, in particolare, dall’ultimo intervento richiamato in cui si equipara apertamente la polizia all’ordine pubblico e alla sicurezza del territorio e si fa richiamo al carattere fluido e circostanziale della nozione in esame⁷⁶ – si evince una generale condivisione della lettura in senso materiale dell’ordine pubblico, accompagnato quasi sempre (se non sostituito) dalla “pubblica sicurezza” e legato generalmente, come dimostrano i riferimenti all’amministrazione della polizia locale e ai poteri dei sindaci, alla sua dimensione concreta e tradizionale di “*ordre dans la rue*”.

⁷⁶ Sul punto si veda *supra*, cap. I.

CAPITOLO III: Le tutele costituzionali: su alcuni (problematici) bilanciamenti fra l'ordine pubblico e i limiti alle libertà

1. La libertà e il potere. Breve premessa

Abbiamo già accennato al tentativo che si vuole effettuare in questa sede di ricostruire le vicende dell'ordine pubblico come paradigma governativo, ossia al tentativo di argomentare una ricostruzione dell'ordine pubblico come “valvola di sistema” volta a far “sfiatare” le potenziali bolle di disordine.

Ponendosi in questa prospettiva, (e avendo già delimitato precedentemente il campo d'azione dell'ordine pubblico che nel presente lavoro interessa approfondire)¹, bisogna chiedersi cosa fa saltare questa valvola, cioè, in altre parole, cosa determina la scelta fra una chiusura molto stretta di questa valvola (che si riscontra nell'accezione ideale dell'ordine pubblico) ed una meno serrata (declinazione materiale dell'ordine pubblico).

Per svolgere un'analisi critica che provi a rispondere a simili interrogativi in relazione all'oggetto dell'indagine², è necessario analizzare l'altro elemento che viene in gioco in questa relazione: i diritti di libertà. Diritti che, intesi come limite del potere, sono i necessari “litisconsorti” in un'indagine sull'ordine pubblico, strumento paradigmatico di esercizio del potere o, con altre e più chiare parole, «variabile istituzionale da cui dipende il suo [della libertà] trattamento»³.

L'ancestrale dicotomia tra i termini della relazione “libertà *versus* potere” viene fatta risalire da alcuni alla cultura borghese dei secoli scorsi⁴, che ha prodotto «l'artificiale isolamento dei diritti di libertà, separando questi dalla generale tematica della organizzazione del potere e delle premesse socio-economiche necessarie per la loro fruizione», incardinando così le libertà sul piano delle pretese, soggettive e individuali, nei confronti dello Stato «quando queste, assai spesso, ineriscono interessi soddisfatti soltanto attraverso un diverso Stato, cioè con una diversa allocazione del potere».

L'interpretare le libertà come desiderio di un nuovo assetto del potere, e quindi come aspirazione a mutare uno dei paradigmi con cui esso si manifesta e si tutela, e cioè l'ordine pubblico, rende chiaro

¹ Si veda *supra*, cap. I.

² Già nel primo capitolo del presente lavoro, spec. par. 1, si è anticipato l'intento di limitare lo studio del concetto di ordine pubblico non solo alla nozione giuridica di quest'ultimo, ma, in specie, ponendosi in un'ottica costituzionalistica, alle libertà e ai diritti fondamentali della persona.

³ Espressione traslata dalle riflessioni di G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. del Dir.*, XXIV, Giuffrè ed., 1974, p. 277 relative, in realtà, ad un discorso più ampio sulla libertà, e sulla libertà negativa in specie, in cui l'Autore continua affermando che non sia possibile parlare della libertà «in modo significativo senza considerare l'assetto complessivo dei poteri capace di restringerla o di tutelarla, il rapporto tra questi e le classi sociali e la distribuzione che tutto ciò determina, in seno alla società, non solo della libertà negativa, ma anche delle diverse forme in cui si articola la stessa libertà positiva».

⁴ G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, cit., p. 277.

il legame fra l'ordine pubblico e i diritti di libertà e spiega la necessità di analizzare parallelamente le dottrine e la giurisprudenza che hanno segnato l'evoluzione di entrambi i termini della dicotomia in questione.

Ne segue che lo studio che ci si propone di affrontare necessita dell'analisi di quegli articoli della Costituzione che risultano maggiormente implicati nelle vicende dell'ordine pubblico e che, quindi, si dimostrano strumenti efficaci nell'indicare le tracce dell'evoluzione dell'ordine pubblico nel nostro ordinamento.

In questa prospettiva, gli articoli della Costituzione che rilevano e che saranno oggetto di studio in questo capitolo sono l'art. 13, l'art. 16, l'art. 17 e l'art. 21.

Come è stato già evidenziato, nessuno di questi articoli contempla un esplicito riferimento alla nozione in esame, ma ciascuno di essi presenta solo dei richiami alle componenti tradizionali di questa⁵. Così ritroviamo la sanità e la sicurezza come limiti all'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno (art. 16), la sicurezza e l'incolumità pubblica come limite alla libertà di riunione (art. 17) e il buon costume come limite alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21).

Se fosse la sola rispondenza lessicale il parametro della nostra ricerca, da questo elenco dovremmo evidentemente escludere la libertà personale (art. 13), la cui previsione costituzionale non contiene alcun riferimento esplicito a nessuna delle componenti materiali tradizionali dell'ordine pubblico.

Tuttavia non si può non riconoscere il peso specifico e le implicazioni che le diverse accezioni di ordine pubblico, le conseguenti scelte legislative e i differenti orientamenti giurisprudenziali in materia esercitano sulla operatività di questo articolo⁶ e sulla interpretazione (restrittiva o meno) della libertà personale. Peso specifico che si traduce in un ruolo fondamentale ricoperto dall'art. 13 Cost. – così come dagli altri articoli summenzionati – nel bilanciamento fra diritti ed ordine pubblico e fra i diversi diritti che vengono in gioco di volta in volta.

All'interno e nel rispetto degli equilibri di un ordinamento democratico e pluralista, i diversi gradi di apertura della “valvola” ordine pubblico – come la sicurezza, la tranquillità e l'incolumità pubblica, il buon costume, e forse anche alcune componenti ideali di questa nozione – sono concetti elastici che dovrebbero permettere al potere pubblico di costruire e modulare la propria tolleranza al disordine, al conflitto, considerandolo legittimo fino a quando non assume le dimensioni estreme della minaccia concreta ed attuale all'esistenza stessa della maggioranza e/o dell'assetto dei poteri in quel momento vigente.

Dovrebbero, insomma, contribuire alla definizione di un paradigma governativo in cui l'ordine pubblico si concretizza e opera come limite solo in *extrema ratio*.

⁵ Per l'analisi delle componenti tradizionali o “trittico tradizionale” cfr. *supra*, par. 2.

⁶ Cfr. G. CORSO, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXX, 1980, p. 1061.

Fin qui, *nulla quaestio* (o quasi).

Il problema è che sembrerebbe rilevabile una tendenza pressoché costante ad anticipare la soglia di questa *extrema ratio* fino a ricomprendere anche minacce prive dei caratteri della attualità e concretezza e che, piuttosto, sembrerebbero viaggiare sui binari – legittimi – della potenzialità.

La conseguenza è il venir meno della difesa del conflitto fino a disconoscerne la legittimazione, caratteristica essenziale delle democrazie costituzionali⁷.

2. La libertà personale. Art. 13, I e II comma: i confini dell’oggetto, l’ampiezza del contenuto

Nel nostro ordinamento la libertà personale è ancora matrice di discussioni e incertezze perché la disciplina costituzionale e lo stesso oggetto di tutela dell’art. 13 sono fonte di confusione e indeterminatezza⁸. La libertà personale non è inquadrabile all’interno della fattispecie “libertà-facoltà”, dato che non coincide con singole e specifiche facoltà. Piuttosto, sembra collocarsi fra le c.d. libertà-situazione, alle quali si collegano le molteplici facoltà che si possono esercitare in una situazione di libertà⁹. La sua definizione è, perciò, naturalmente polivalente e questo ha fatto sì che sia stata sempre oggetto di perplessità e divergenze, dovute sia alla complessità dei poteri restrittivi che la condizionano, sia alle impostazioni seguite in dottrina.

Prima di dare uno sguardo alle diverse interpretazioni e declinazioni giurisprudenziali che hanno segnato l’operare dell’art. 13 nel nostro ordinamento, soffermiamoci brevemente sulla lettera della disposizione in esame.

Il primo comma sancisce l’inviolabilità della libertà personale, affermazione che pone la regola fondamentale da seguire nella disciplina di tale diritto e lo qualifica, in quanto diritto della personalità, come intrasferibile (data la peculiarità dell’oggetto che rende inammissibile ogni atto traslativo), irrinunciabile, imprescrittibile (data l’indisponibilità del diritto) e come diritto soggettivo. Caratteristica, quest’ultima, che si ricava dal secondo comma dell’art. 13 – in cui si stabilisce una doppia riserva (di legge e di giurisdizione) – e dal successivo terzo comma: dalla lettura combinata di queste disposizioni, si evince come l’azione dell’autorità di pubblica sicurezza, essendo o meramente esecutiva di un provvedimento giurisdizionale (2° co.) o eccezionalmente e provvisoriamente sostitutiva di questo (3° co.), non si traduce mai in una degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo¹⁰.

⁷ Per un approfondito studio di queste tematiche, cfr. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Laterza, 2010, il quale, in conclusione del suo lavoro, afferma che «non c’è democrazia senza conflitto», p. 404.

⁸ A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Giuffrè ed., 1974, p. 288.

⁹ Cfr. G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, N. Zanichelli, 1977, p. 2.

¹⁰ A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 303 ss.

La portata della solenne affermazione del 1° co. dell'art. 13, però, non può limitarsi al mero riconoscimento del diritto di libertà personale come diritto soggettivo o alla semplice constatazione della presenza di una duplice riserva di legge e di giurisdizione¹¹, deduzioni, queste, «meramente riassuntiv(e) della positiva disciplina costituzionale»¹². L'inviolabilità dell'art. 13 significa qualcosa di più: implica, in ipotesi di incertezza e dubbio, una automatica preferenza per la libertà¹³, preferenza da interpretare – se non in modo *tranchant* e in relazione ad ogni libertà – in modo da imporre l'operatività degli artt. 13, 14, 15 e 24 cost. quando questi vadano a collidere con altre libertà o, in generale, con poteri costituzionalmente rilevanti.

Ancora più interessante ai nostri fini¹⁴ è l'ulteriore evoluzione di queste statuizioni che arriva a tradurre il carattere dell'inviolabilità nella sottrazione della disciplina della libertà personale al «potere governativo di sospensione delle garanzie costituzionali (...) che esso automaticamente potrebbe assumere ex art. 77 cost. nei momenti di crisi interna dell'ordinamento»¹⁵.

Strettamente legato all'inviolabilità sancita nel primo comma, è, come visto, il disposto del successivo secondo comma, ossia la duplice riserva di legge e di giurisdizione.

L'Assemblea Costituente avvertì in maniera forte l'esigenza di specificare le garanzie della libertà personale e, pur optando per una formula generica quanto al bene garantito (la “libertà personale”), adottò formule più stringenti per quanto concerne i poteri restrittivi ed il loro esercizio. Fu infatti rigettata la proposta di Giovanni Lombardi, per il quale sarebbe stato sufficiente stabilire l'inviolabilità della libertà personale, demandando modi e forme di questa inviolabilità a leggi speciali successive. Simile proposta, palesemente volta ad evitare di porre limitazioni al legislatore, venne criticata da Palmiro Togliatti, il quale affermò che rinviare tutto alla legge avrebbe significato aprire ad una quantità di eccezioni che sarebbero state risolte specificatamente dalla legge, facendo sì che sarebbe stata quest'ultima a decidere della libertà personale e non la Costituzione¹⁶.

Si perveniva così alla formulazione attuale, prevedendo accanto alla riserva di giurisdizione, una riserva assoluta di legge, la quale comporta che la disciplina della libertà personale venga sottratta agli interventi del potere esecutivo che ora possono esplicarsi solo se rigorosamente vincolati alla legge, e non in forma di provvedimenti discrezionali¹⁷.

¹¹ Cfr. G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 364-365.

¹² Così A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 305.

¹³ Tesi ipotizzata da G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 316, 323 e condivisa, sebbene problematicamente e con le precisazioni di cui sopra, da A. PACE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴ Come vedremo nell'ultimo capitolo del presente lavoro, dove affronteremo il ruolo dell'ordine pubblico nell'affermarsi del paradigma emergenziale come metodo di governo e l'utilizzo strumentale a tali fini della decretazione d'urgenza.

¹⁵ A. PACE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶ Cfr. M. RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Torino, Utet 2007, p. 323 ss.

¹⁷ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1993, p. 62.

Nel corso degli anni, il vincolo della riserva di legge – come vedremo meglio nel prossimo paragrafo – è stato oggetto di diverse interpretazioni. Secondo parte della dottrina, tale riserva dovrebbe intendersi non semplicemente assoluta (tale, quindi, da permettere solo interventi vincolati alla legge), ma “rinforzata”, che pone cioè vincoli ulteriori, impedendo che le restrizioni della libertà possano avvenire per fini diversi da quelli previsti in Costituzione¹⁸. In particolare, in una materia – come quella della libertà personale – così essenziale per un ordinamento democratico, si sottolinea l’importanza di leggere come rinforzata la riserva di cui al comma 2 dell’art. 13 visto che, tramite il ricorso a questo tipo di riserve, la Costituzione ha inteso precostituire un limite, un vincolo per la maggioranza assembleare in un parlamento in cui, instaurandosi una reale dialettica fra la maggioranza e le minoranze, queste ultime riescono a «condividere il potere e precostituiscono, attraverso l’esercizio o il condizionamento di questo, spazi di libertà»¹⁹.

Altra dottrina ritiene invece che la riserva posta dall’articolo 13 sia assoluta²⁰ e non rinforzata, e ne sottolinea il c.d. “vuoto di fini”. Tale tesi intende sottolineare che il potere generale di scegliere i motivi per i quali possono essere disposte le restrizioni di libertà personale sia in capo al legislatore.

Per quanto riguarda la riserva di giurisdizione, questa è sancita sempre dal secondo comma dell’articolo in esame e trova ulteriore conferma nel terzo. Dalla lettura di questi commi risulta chiara la centralità della pronuncia giurisdizionale, che deve intervenire sempre: normalmente, in via preventiva (“per atto motivato dell’autorità giudiziaria”); straordinariamente, (“in casi eccezionali di necessità ed urgenza”), in via successiva, tramite l’istituto della convalida²¹.

Passando ora al contenuto della libertà in esame, bisogna premettere che le definizioni della libertà personale (*ex art. 13 cost.*) che sono state elaborate negli anni sono numerose; interpretazioni spesso divise da sottili, ma insidiose, differenze, la cui complessità risulta assolutamente amplificata da una giurisprudenza oscillante – e spesso contraddittoria – sul punto. Giova qui ripercorrere, seppur brevemente, il sentiero delineato dalle decisioni della Corte più incisive in materia e dal dibattito che ne è scaturito in dottrina, nell’ottica di fissare gli elementi propedeutici all’esame delle problematiche più strettamente inerenti il rapporto fra l’art. 13 e la nozione di ordine pubblico.

¹⁸ Tesi condivisa da L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, il quale sostiene che la libertà personale possa essere limitata solo per i fini previsti dagli artt. 25, 30, 32 Cost; da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino, 1973; e da A. Cerri che ne deduce la natura rinforzata dal fatto che la legge debba precisare «non solo i casi sibbene ancora i modi in cui la libertà personale può essere sacrificata», A. CERRI, *Libertà, II) Libertà personale – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, Roma, 1991, p. 10.

¹⁹ G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, cit., p. 278.

²⁰ Anche se tale dottrina tiene comunque a specificare che leggere nella disposizione in esame una riserva assoluta e non rinforzata non comporta una «aprioristica compatibilità a costituzione di restrizioni alla libertà personale, come che sia effettuate, purché legislativamente disposte» (A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 310).

²¹ Cfr. M. RUOTOLO, *Art. 13*, cit., p. 327.

Nella varietà di interpretazioni elaborate in dottrina ed alternate nella giurisprudenza della Corte, si possono individuare²² due definizioni che azzardiamo definire “principali”, per la chiarezza e la radicalità, ed altre che si muovono fra i due estremi, distaccandosene in maniera più o meno radicale.

Secondo la prima teoria²³, la libertà personale si concretizza nella piena ed esclusiva disponibilità del proprio essere fisico secondo i limiti e nell’osservanza dell’ordinamento vigente; meglio, seguendo questa impostazione, l’oggetto del diritto in questione verrebbe a coincidere con il proprio essere fisico, mentre il suo contenuto, ovvero la situazione soggettiva entro cui si manifesta in concreto tale diritto, consisterebbe nella piena disponibilità di tale oggetto (i.e. della propria persona)²⁴. Dunque, l’art. 13 Cost. si limiterebbe a tutelare lo stato di libertà fisica, comprendendo nella sua disciplina le sole coercizioni fisiche, ovvero le situazioni temporanee e durature di assoggettamento²⁵, ma non le imposizioni di obblighi e divieti.

In effetti, bisogna precisare che con il riferimento alla libertà di disporre del proprio essere fisico non si intende sostenere che la libertà personale sia limitata da ogni restrizione che investa in qualsiasi modo l’attività fisica della persona, ma si sottintende la necessità che, oltre all’incidenza fisica, la restrizione venga esercitata tramite la forza e «non rimessa, quindi, alla collaborazione, più o meno spontanea, dell’interessato»²⁶. Ne consegue che, come questi due requisiti (incidenza sulla libera disponibilità del proprio corpo ed esercizio della forza) risultano presenti nelle misure di restrizione e di privazione della libertà personale – ispezione, perquisizione, detenzione e arresto – indicate dallo stesso art. 13 Cost., così tale presenza si registra anche nel fermo o nella sottoposizione a rilievi segnaletici²⁷ e in qualsiasi altra forma di restrizione o detenzione, come, ad esempio, gli accompagnamenti coattivi²⁸ o le traduzioni coatte²⁹.

La seconda interpretazione³⁰ sostiene, invece, che la libertà personale non si esaurisca nella sola disponibilità fisica del proprio corpo, ma si estenda anche alla piena disponibilità psichica e morale di se stessi, ritenendo, di conseguenza, lesivi della libertà personale tutte le misure che, in qualunque modo esercitano un costringimento morale che può comportare effetti identici a quelli del

²² Seguendo lo schema individuato da A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 287 ss.

²³ S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953, p. 10 ss.

²⁴ A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., p. 295 e ID., *Problematica delle libertà personali. Parte speciale*, Padova, 1992, dove l’autore afferma che l’art. 13 garantisce «la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature di assoggettamento all’altri volere conseguenti ad una situazione di coazione fisica», p. 178.

²⁵ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., p. 29 ss.

²⁶ Così A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, p. 297.

²⁷ Cfr. L. ELIA, *op. ult. cit.*, p. 70 ss.; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, cit., p. 381 ss.; P. BARILE, *Le libertà nella costituzione. Lezioni*, Padova, 1966, p. 117 ss.

²⁸ Si veda G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, p. 386; P. BARILE, *op. ult. cit.*, p. 123.

²⁹ Così come si legge nella sent. n. 2 del 1956 e nella sent. n. 72 del 1963.

³⁰ P.F. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell’imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 205 ss.; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 25, 75, 98 ss. e p. 69 dove si riportano i passaggi di alcune sentenze della Corte di Cassazione in cui si sostiene che, affinché si abbia privazione della libertà, non è sempre necessario il realizzarsi di una coercizione fisica o di un ostacolo fisico, ma è sufficiente una coercizione morale (Cass. Pen., 18 giugno 1962 e Cass. Pen., 22 giugno 1960).

costringimento fisico. All'interno di questo indirizzo, inoltre, si è dato particolare peso a quei provvedimenti restrittivi della libertà personale che, in qualche modo, incidendo sulla morale, ledono la dignità sociale dell'uomo³¹.

Occorre precisare, però, che da tale "schema riassuntivo" rimarrebbe esclusa un'autorevole – sebbene minoritaria – dottrina, secondo cui la disciplina della libertà personale non si ricaverebbe dalla sola lettera dell'art. 13, ma anche dal portato di altre disposizioni costituzionali volte alla tutela di ulteriori aspetti della stessa libertà³².

All'interno delle posizioni "intermedie" fra le due definizioni principali sopra riportate, occorre menzionare quella dottrina che, muovendo da un'accezione più ristretta della libertà (quindi più simile alla prima teoria), attribuisce carattere strumentale all'art. 13 Cost. e, conseguentemente, ritiene legittime solo quelle coercizioni fisiche volte all'attuazione delle finalità di cui agli artt. 25, 30 e 32 Cost³³. Di conseguenza, per questa corrente interpretativa, le misure restrittive vietate dall'art. 13 sarebbero soltanto quelle fisicamente coercitive. Sul versante opposto, invece, si colloca un'altra dottrina³⁴ che, assumendo una declinazione della libertà personale più ampia e ponendosi, dunque, sulla stessa linea della seconda definizione sopra menzionata, trova nel libero sviluppo della persona umana l'oggetto della tutela prevista dall'art. 13. Ne consegue che per questa corrente, a differenza della prima, risulterebbero vietate ai sensi dell'articolo in questione anche le ingiunzioni, gli ordini, i divieti e le minacce. Anzi, di più. In base alla linea sposata dall'ultima dottrina richiamata, ogni provvedimento che, impedendo la libera disponibilità della propria persona, vada ad incidere sulla personalità morale o sulla dignità sociale del singolo, deve essere ritenuto lesivo della libertà personale³⁵.

Le pronunce della Corte costituzionale, d'altro lato, non hanno portato chiarezza in questo quadro incerto e problematico, anzi, con una giurisprudenza quantomeno oscillante se non contraddittoria, hanno forse contribuito ad accentuarne i tratti confusi.

Inizialmente la Corte si è quasi sempre richiamata all'*habeas corpus* e ha dunque sposato l'identificazione della libertà personale con la disponibilità meramente fisica della propria persona³⁶. Ad esempio, nella sent. n. 2 del 1956, la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 13 del rimpatrio obbligatorio o per traduzione delle persone sospette, ponendo l'accento sulla coercizione fisica della libertà e sull'assenza della garanzia dell'intervento dell'Autorità giudiziaria³⁷.

³¹ C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 689 ss.

³² Cfr. V. CRISAFULLI, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. Pen.*, 1955, II, p. 113 ss.

³³ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., p. 23 e ss. ed anche G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., diffusamente.

³⁴ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., p. 98 ss.

³⁵ A. BARBERA, *op. ult. cit.*, p. 119.

³⁶ Come si può riscontrare leggendo, fra le altre, le sentt. nn. 11/1956; 49/1959; 45/1960; 30/1962.

³⁷ Si veda, in particolare, il punto 3 del *Considerato in diritto* della sentenza in questione.

Sulla stessa linea si collocano diverse decisioni della Corte: la sent. n. 11/1956, che declina la libertà personale come pretesa di non vedere illegittimamente esercitata alcuna potestà coercitiva personale³⁸; la sent. n. 45 del 1960, in cui, dagli esempi di restrizione della libertà elencati al 2° comma dell'art. 13 (detenzione, ispezione, perquisizione), si ricava un'interpretazione restrittiva della libertà personale, diritto che «trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus*»³⁹. Percorso argomentativo, quest'ultimo, ripreso nella sent. n. 210 del 1995 in cui i giudici della Consulta, appellandosi ad una «pressoché costante linea interpretativa», affermano che l'art. 13 «riguarda in primo luogo la libertà della persona in senso stretto, come risulta dalle esemplificazioni del secondo comma: detenzione, ispezione, perquisizione»⁴⁰; ancora, la decisione n. 30 del 1962 in cui si legge: «l'orientamento della Corte in ordine a tale interpretazione può essere così riassunto: l'art. 13 non si riferisce a qualsiasi limitazione della libertà personale, ma a quelle limitazioni che violano il principio tradizionale dell'*habeas corpus*»⁴¹; e infine la sent. n. 194/1996, in cui si asserisce apoditticamente: «In tal modo la libertà personale (...) non è affatto violata, considerato che egli non subisce coartazione alcuna».

Già dalle prime pronunce, però, la Corte ha affiancato un'altra linea interpretativa rispetto a quella appena richiamata e, aprendosi ad un'accezione più lata della libertà personale, comprensiva anche della sua dimensione morale⁴², ha introdotto il parametro della “degradazione giuridica”⁴³, da considerare come conseguenza legittima solo se derivante da provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Parametro che in alcune pronunce convive con la tesi precedente, sebbene con essa palesemente in contrasto, mentre in altre è stato ridimensionato e si è specificato che per aversi degradazione giuridica è necessario che si sia di fronte ad un provvedimento capace di determinare una mortificazione o una menomazione della dignità o del prestigio della persona tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere «in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*»⁴⁴.

³⁸ Nel *Considerato in diritto* della sent. n. 11/1956 si può leggere: «il diritto di libertà personale non si presenta affatto come illimitato potere di disposizione della persona fisica, bensì come diritto a che l'opposto potere di coazione personale, di cui lo Stato è titolare, non sia esercitato se non in determinate circostanze e col rispetto di talune forme (...). La libertà personale si presenta, pertanto, come diritto soggettivo perfetto nella misura in cui la Costituzione impedisce alle autorità pubbliche l'esercizio della potestà coercitiva personale».

³⁹ In particolare, si segnala il seguente passaggio del *Considerato in diritto*: «Che la Costituzione abbia voluto assicurare la tutela della libertà in tutte le sue manifestazioni, è certo; ma non è esatto che qualunque limitazione della libertà debba essere ricondotta sotto la disciplina dell'art. 13 (...). L'art. 13, nel dichiarare inviolabile la libertà personale, si riferisce alla libertà della persona in senso stretto, come risulta dalle esemplificazioni del secondo comma: detenzione, ispezione, perquisizione. Trattasi, quindi, di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus*».

⁴⁰ Sent. n. 210 del 1995, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁴¹ Sent. n. 30 del 1962, punto 2 del *Considerato in diritto*; sintesi ripresa anche dalla sent. n. 72/1963.

⁴² Si veda la sent. n. 52 del 1967, in cui, al punto 2 dei *Ritenuto in fatto* la Corte delinea «l'ambito di efficacia dell'art. 13, che, giusta la giurisprudenza di questa Corte, prevede il divieto di forme di coercizione fisica della persona e di menomazioni della libertà morale che implicino un assoggettamento totale della persona all'altrui potere».

⁴³ Cfr. ad esempio la stessa sent. n. 11 del 1956 e la sent. n. 30/1962.

⁴⁴ Sent. n. 68 del 1964 ed anche la sent. n. 210 del 1995.

Bisogna riconoscere che effettivamente la formulazione dell'art. 13 sembra offrire argomentazioni in favore sia di un'interpretazione restrittiva sia di una più larga della libertà personale⁴⁵: si pensi ad esempio alla fumosità del 2° comma, contenente la formula di chiusura delle restrizioni vietate («...né qualsiasi altra restrizione della libertà personale...»), che potrebbe riferirsi sia a situazioni omogenee a quelle determinate dalle misure coercitive indicate subito prima (detenzione, ispezione, perquisizione personale), sia a situazioni diverse e non previste in Costituzione.

Nel tentativo di rispondere a questa incertezza, parte della dottrina ha cercato “appigli” fuori dai confini testuali dell'art. 13, all'interno del complessivo quadro costituzionale, riferendosi in particolare ai valori della “persona” e alla concezione “personalistica”⁴⁶ della Costituzione o sostenendo, più in generale, che «la disciplina della libertà personale non si esaurisce per intero nella sola disposizione dell'art. 13, essendo viceversa integrata da altre disposizioni del testo costituzionale, le quali tutte si riannodano (...) al medesimo principio della prima parte dell'art. 13, specificandone la portata in direzione e ad effetti determinati»⁴⁷. A questa interpretazione è stato contestato di operare un appiattimento del variegato quadro delle situazioni soggettive⁴⁸ oppure, in relazione alla teoria che pone la “dignità sociale” al centro della protezione dell'art. 13, di spostare l'attenzione su un piano che nell'articolazione costituzionale è estraneo all'art. 13⁴⁹, rinvenendosi piuttosto nell'art. 3.

In altre parole, se è certo che – come affermato dalla Corte costituzionale⁵⁰ – «la Costituzione abbia voluto assicurare la tutela della libertà in tutte le sue manifestazioni», questo non deve indurre a «inflazionare il concetto di libertà personale»⁵¹ estendendo la disciplina prevista dall'art. 13 anche ad aspetti della libertà che la Costituzione ha regolato diversamente⁵².

La questione viene qui a toccare il piano delicato e complesso del rapporto fra l'art. 13 Cost. e le altre disposizioni costituzionali e pone l'interrogativo se sia sempre e comunque l'art. 13 a disciplinare le restrizioni della libertà fisica o se, di volta in volta, vengano in gioco anche altre disposizioni costituzionali, come, ad esempio, l'art. 16 o l'art. 17 Cost.

⁴⁵ A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., p. 289.

⁴⁶ Cfr. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., p. 44.

⁴⁷ Così V. CRISAFULLI, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, cit., p. 117.

⁴⁸ Cfr. A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit. p. 290. L'Autore poi trova un ulteriore riscontro delle sue affermazioni individuando fuori dall'art. 13, e cioè nell'art. 23, la disciplina della libertà individuale contro l'illegittima imposizione di obblighi e divieti e ricavandone ulteriore conferma dal complessivo quadro della disciplina delle libertà costituzionali. Evidenza in tal senso la sussistenza di una mera riserva di legge relativa per l'imposizione di obblighi e divieti, di una riserva di legge rinforzata per l'imposizione di obblighi e divieti attinenti alla libertà di circolazione e di soggiorno e, infine, di una doppia riserva, una (assoluta) di legge ed una di giurisdizione, per le misure coercitive della persona.

⁴⁹ Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 511.

⁵⁰ Cfr. sent. n. 45/1960.

⁵¹ A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., p. 290.

⁵² In tal senso, v. G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 403 ss.

È stato molto acutamente obiettato che a tali interrogativi risulta impossibile fornire una risposta univoca, perché ciò implicherebbe necessariamente operare una «gerarchizzazione dei diritti costituzionalmente protetti, la quale confonde la disciplina differenziata con un preteso maggior valore sostanziale del diritto disciplinato»⁵³.

Al netto di quanto fin qui osservato, bisogna concludere che sembra impossibile partire da una nozione positiva di libertà personale dato che, per poter arrivare ad «un'esaustiva identificazione dei contenuti che vi rientrano» è necessario svolgere prima «l'esame dei conflitti in cui la si è ritenuta coinvolta, ed in particolare di quelli con i poteri di polizia preventiva»⁵⁴.

2.1. Il terzo comma dell'art. 13 e la questione dei “casi eccezionali di necessità ed urgenza”:

a) Il fermo e l'arresto in flagranza

Il terzo comma dell'articolo in esame detta la disciplina relativa alle restrizioni della libertà “eccezionali”, ossia le limitazioni che, in deroga a quanto stabilito nei commi precedenti, possono essere prese, in casi straordinari di necessità ed urgenza, dall'autorità di pubblica sicurezza, salvo poi essere comunicate e (eventualmente) convalidate dall'autorità giudiziaria.

Non viene attribuita un'autonoma competenza all'autorità di polizia nella restrizione della libertà personale, ma si tratta di una competenza meramente sostitutiva di quella dell'autorità giudiziaria⁵⁵ secondo uno schema che richiama quello previsto *ex art. 77 Cost.* per la decretazione d'urgenza ed al quale, dunque, si può estendere la tesi che legge in queste norme costituzionali derogatorie non tanto il conferimento di un potere, quanto piuttosto il riconoscimento di un *placet* a che, in casi straordinari di necessità ed urgenza, siano emanati atti per definizione viziati di incompetenza⁵⁶. Simile lettura troverebbe riscontro in diversi elementi, come l'eccezionalità dei casi in cui può essere adottato il provvedimento e il conseguente carattere derogatorio dell'intervento di polizia; la previsione della convalida, provvedimento necessario per eliminare il vizio dall'atto; la provvisorietà del provvedimento, destinato fin dall'inizio a mutarsi in altro atto o a perdere totalmente di efficacia se non viene tempestivamente comunicato e convalidato.

Tutte circostanze che sembrano indicare una certa reticenza del Costituente nel delegare all'esecutivo eventuali interventi sulla libertà personale⁵⁷.

Tuttavia, nonostante i potenziali contrasti con il “clima” costituzionale, gli strumenti restrittivi della libertà personale a disposizione delle autorità di pubblica sicurezza hanno trovato e trovano,

⁵³ A. PACE, *Spunti per una delimitazione “costituzionale” dello sciopero*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 1451.

⁵⁴ Così G. AMATO, *Art. 13*, cit., p. 6.

⁵⁵ Tesi sposata anche dalla Corte costituzionale, come si può leggere nella sent. n. 173 del 1971.

⁵⁶ Cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, p. 831 ss.

⁵⁷ Come evidenziano P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, p. 188 e A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., p. 312.

tramite il ricorso ad esigenze di ordine pubblico e/o di pubblica sicurezza, una loro giustificazione e, quindi, una collocazione nell'ordinamento costituzionale.

Di conseguenza, ci si vuole interrogare sulla "bontà", sull'opportunità o sull'eventualità di un utilizzo strumentale di queste esigenze, sempre nell'ottica di osservare gli atteggiamenti dell'ordine pubblico (e di una sua componente, la sicurezza, che negli anni si è dimostrata sempre più flessibile e *bon à tout faire*) in rapporto alle libertà. Per questo ci soffermeremo sugli istituti del fermo e dell'arresto e sulle misure preventive.

Va anzitutto sottolineato che la normativa costituzionale sulla libertà personale, se ha giocato un ruolo di sicura incidenza attribuendo la competenza generale all'autorità giudiziaria (con la previsione che i provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza siano subordinati alla convalida da parte del giudice), non ha modificato realmente alcune caratteristiche profonde del sistema penale previgente⁵⁸ da cui trae origine, ad esempio, il fermo di polizia.

Infatti, l'ibridazione fra gli istituti di polizia preventiva (che legittimano un potere di polizia non ancorato alla previa commissione di un reato ma basato sul semplice sospetto) e gli istituti attinenti al processo che fu istituzionalizzata con il fermo di polizia giudiziaria dal legislatore fascista nel 1931, è stata mantenuta dal legislatore post-fascista. Con la novella del 1944, ad esempio, non si intervenne seriamente sulla struttura di tale misura, la cui applicazione, anzi, si estese "alle persone la cui condotta appaia particolarmente pericolosa per l'ordine sociale e la sicurezza pubblica"⁵⁹.

La successiva novella del 1955 apportava nuove modifiche⁶⁰ che contribuivano a "smussare" i profili potenzialmente contrastanti con il rinnovato quadro costituzionale, ma non intaccavano lo scheletro essenziale dell'istituto, che rimaneva (e rimane) operante nel nostro ordinamento.

La non esclusione del fermo di polizia dalle misure adottabili *ex art. 13*, comma 3, Cost. è stata argomentata guardando ai lavori dell'Assemblea costituente, dai quali, secondo alcuni⁶¹, non sembra che si volesse escludere tale istituto dal nostro ordinamento. In realtà, la discussione relativa alla misura del fermo non risulta essere stata così pacifica, dal momento che diversi costituenti ne sottolineavano il contrasto con i valori costituzionali e la continuità con tendenze politico-repressive tipicamente del passato (in specie del fascismo). Si vedano a tal proposito i ripetuti interventi dell'on. Roberto Lucifero, il quale proponeva di aggiungere esplicitamente nella formulazione dell'articolo che non fosse consentito non solo l'arresto ma nemmeno il fermo di polizia; dell'on. Togliatti, che

⁵⁸ Cfr. G. AMATO, *Art. 13*, in *Commentario della costituzione*, cit., p. 7.

⁵⁹ D. legisl. lgt. 20 gennaio 1944 n.45, art.1. La nuova disciplina sostituiva la mera comunicazione con la convalida e stabiliva che il fermo non potesse protrarsi oltre il settimo giorno dalla sua esecuzione. Le modalità, però, con le quali si procedeva alla convalida risultavano assolutamente contestabili: consistevano sostanzialmente in una verifica di legittimità formale, che avveniva per iscritto, senza, quindi, nessun contatto con il fermato. Infatti, l'art. 238 bis recitava: "(...) spetta all'autorità giudiziaria, alla quale il fermo è stato comunicato, convalidarlo per iscritto".

⁶⁰ Con essa i tempi della comunicazione e della convalida furono allineati con le previsioni dell'art. 13 Cost. e fu introdotto l'interrogatorio del fermato da parte del giudice.

⁶¹ Ad esempio, A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 313.

invece proponeva di restringere il fermo ai casi di violazione della legge; e dell'on. Mario Cevalotto, che dubitava dell'opportunità di inserire il fermo di pubblica sicurezza all'interno del testo costituzionale. Ad alimentare i dubbi circa l'effettiva sussistenza di una maggioritaria posizione positiva nei confronti del fermo si potrebbe addurre anche una frase pronunciata dal presidente della I Sottocommissione, on. Umberto Tupini, il quale nella seduta del 10 aprile 1947 si esprimeva così: «Intendiamo riferirci anche a quel fermo o arresto di polizia che non vorremmo nemmeno onorato di menzione in un articolo della costituzione», frase dalle espressioni forti ma che, tuttavia, si presta anche ad un'altra interpretazione (dato il contesto) e, cioè, all'intenzione di far rientrare il fermo in quelle restrizioni vietate dall'art. 13, co. 2, solo qualora non siano disposte dall'autorità giudiziaria o, solo in casi eccezionali, dall'autorità di polizia.

Ad ogni modo, indipendentemente dagli intenti che si vogliono leggere nelle dichiarazioni dei costituenti, è pacifico che sia prevalsa la linea di chi, sia in Assemblea costituente, sia nei dibattiti dottrinali successivi, ha sostenuto l'eccessività di un'abolizione del fermo, basando le proprie ragioni sulla necessaria natura preventiva della pubblica sicurezza (cui, ad ogni modo, sarebbe sempre seguito l'intervento dell'autorità giudiziaria), certi della differente valenza che istituti come il fermo avrebbero assunto in un ordinamento democratico rispetto alle storture che questi stessi istituti avevano determinato in un contesto come quello del regime fascista⁶².

Il fermo di polizia giudiziaria, dunque, sebbene con aggiustamenti necessitati dalle sopravvenute garanzie costituzionali, ha trovato una propria collocazione in Costituzione poiché ritenuto funzionale alla gestione di situazioni di necessità ed urgenza. E le problematiche che ne scaturirono, trovavano e trovano ragione nella natura di questi due concetti: la necessità e l'urgenza sono concetti relativi, perché sussistono in relazione a certi fini o a certi effetti che si vogliono o non si vogliono perseguire⁶³. E dato che il sistema di fini in cui si andava a collocare l'art. 13 era, ovviamente, quello costituzionale, la misura necessaria ed urgente doveva rispondere a fini che, quantomeno, non fossero esclusi dalla Costituzione.

Gli elementi su cui si fondava (e si fonda) il fermo sono tre: la commissione di un reato per il quale è prevista una determinata pena edittale, la presenza di sufficienti indizi a carico, il pericolo di fuga. Tuttavia, non è pacifico che tutti questi elementi siano rispondenti ai fini legittimanti previsti dalla Costituzione.

In effetti, il criterio dell'entità della pena mal si presta a perseguire fini di necessità ed urgenza e sembrerebbe rispondere, piuttosto, a logiche anticipatorie che comportano un trattamento dell'imputato o dell'indiziato parallelo a quello del colpevole. Il richiamo ai fondati indizi di

⁶² Si vedano a tal proposito gli interventi degli onorevoli Togliatti, Lucifero, Cevalotto e le obiezioni del presidente Tupini e degli onorevoli Moro, Dossetti, Basso e La Pira nella seduta del 12 settembre 1946, consultabile on line al sito della Camera, sezione storica.

⁶³ Cfr. G. AMATO, *Art 13*, cit., pp. 10 ss.

colpevolezza appare invece semplicemente come la condizione in virtù della quale l'indiziato si trova in una posizione differente rispetto a quella di chiunque altro; e d'altronde, il mero riferimento ad indizi non delinerebbe sufficientemente la fattispecie applicativa, violando così la riserva di legge.

È, dunque, il terzo elemento, il pericolo di fuga, che fa sì che non sorgano problemi di costituzionalità sotto il profilo della necessità ed urgenza, dal momento che il sospetto di fuga è un elemento la cui sussistenza risulta palesemente in contrasto con l'interesse alle indagini e qualifica, appunto, come necessario ed urgente il fermo.

Occorre infine evidenziare che anche chi non considera incostituzionale l'operare nel nostro ordinamento di istituti come il fermo di polizia, non può non ammettere, comunque, la natura "severa e critica" di tale accettazione⁶⁴. E, in particolare, viene posto l'accento sulle eventuali problematiche che possono scaturire dall'uso-abuso della clausola di pubblica sicurezza, clausola che costituisce quasi sempre la *ratio* delle discipline legislative in base alle quali si delegano i poteri alle autorità di pubblica sicurezza in questione.

E a tal proposito si sente la necessità di puntualizzare che ritenere compatibile con la nostra Costituzione la restrizione della libertà personale per motivi di sicurezza pubblica non significa giustificare l'adozione di qualsiasi misura, purché inscritta in questa direzione. Soprattutto se si tiene a mente che l'operare della clausola "sicurezza pubblica" all'interno del nostro ordinamento dovrebbe sempre seguire i canoni della declinazione in senso materiale dell'ordine pubblico e quindi corrispondere ad uno stato di pace sociale che affonda le sue radici nella sussistenza di un ordine meramente materiale. Da qui alcuni fanno discendere, ad esempio, l'incostituzionalità del fermo di pubblica sicurezza che vada ad operare all'interno di un ordinamento non completamente depurato da norme che, configurando reati di opinione, potrebbero fungere da «supporto dell'ordine ideale dei detentori del potere»⁶⁵.

Per quanto riguarda l'arresto in flagranza, tale istituto ha posto problemi distinti nei due casi in cui è facoltativo e obbligatorio. In quest'ultimo caso sono stati posti (analogamente al fermo) problemi derivanti dalla logica anticipatoria a cui sembrava rispondere: era stato notato, infatti, che la necessità e l'urgenza dell'arresto obbligatorio apparivano funzionali non tanto al miglior espletamento delle indagini, ma allo svolgimento del giudizio per direttissima, strumento immediato e utile per colpire la delinquenza in modo esemplare⁶⁶.

La critica che veniva mossa all'arresto facoltativo era, invece, di differente natura: dato che in questo caso gli organi di p.s. avevano la facoltà di arrestare tenendo conto delle qualità morali e delle

⁶⁴ Cfr. A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 313.

⁶⁵ *Ivi*, p. 311.

⁶⁶ Cfr. R. GUARINIELLO, *Problemi costituzionali dell'arresto in flagranza*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 1824, dove viene riportata anche l'opinione di Alfredo Rocco, il quale sottolineava come il fine proprio del processo per direttissima fosse l'esemplarità, in vista della quale questo strumento gli appariva «tanto più indicato (...) quanto più grave è il reato».

circostanze di fatto, si riteneva che ciò determinasse un'ambiguità ed un'ampiezza di presupposti tale da violare la riserva di legge posta dal secondo e terzo comma dell'articolo 13. Veniva così nuovamente allargata l'area di discrezionalità e di arbitrio non contestabile dell'applicatore.

Le considerazioni svoltesi in dottrina sin dai primi anni di vita dell'ordinamento repubblicano riguardo al fermo e ai due arresti (facoltativo ed obbligatorio) hanno, dunque, investito principalmente i presupposti di questi istituti, e cioè la necessità e l'urgenza cui fanno riferimento. Infatti, anche ammettendo che la flagranza sia di per sé una situazione di necessità ed urgenza, non sembrava e non sembra che questa circostanza possa *sic et simpliciter* legittimare in ogni caso l'arresto. Ciò comporterebbe un netto squilibrio a favore del potere restrittivo. Ma in realtà, neanche la presenza degli altri presupposti sembrano discriminanti accettabili: il riferimento alla pena edittale, come già sottolineato, appare rispondere a logiche anticipatorie incostituzionali e il riferimento alle "circostanze del fatto", alle "qualità morali" ed alla "pericolosità sociale" sembrano poter facilmente consentire pre-condanne di polizia, a seconda delle valutazioni su persone e fatti da questi effettuate⁶⁷.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, questa si caratterizzò per una superficialità nel trattare le problematiche di costituzionalità sottolineate in dottrina. Con una prima decisione che aveva ad oggetto l'arresto facoltativo, la Corte si limitò ad affermare che la disciplina di questo istituto rispondeva ai fini di necessità ed urgenza in relazione sia all'acquisizione delle prove, sia alle qualità morali del soggetto e sottolineò che, grazie al riferimento alla pena, alla natura del reato ed ai precedenti, veniva rispettato anche il principio di legalità⁶⁸.

La seconda decisione confermava questi argomenti, definendo come un *a fortiori* la legittimità dell'arresto obbligatorio: questo istituto secondo la Corte era rispondente alle esigenze di tassatività e non necessitava di una valutazione delle qualità morali da parte della polizia giudiziaria⁶⁹.

L'unica innovazione rilevante che queste due sentenze segnarono si può rinvenire in un maggior garantismo derivante dall'obbligo per il giudice di motivare ogni provvedimento sulla libertà personale e dalla possibilità per l'indiziato di impugnare tale provvedimento.

Si avverte, quindi, da una parte della dottrina, una potenzialità irrealizzata: quella di una Costituzione che si sarebbe potuta porre come premessa per rifondare i precedenti poteri restrittivi e che invece rimane motore propulsore di nuove procedure e di più ampie garanzie formali, ma non di sostanziali mutamenti nel confronto fra i vari interessi confliggenti⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. G. AMATO, *Art. 13*, cit., pp. 14 ss.

⁶⁸ Cfr. Sent. 14 luglio 1971, n.173.

⁶⁹ Cfr. Sent. 19 gennaio 1972, n. 73.

⁷⁰ Cfr. G. AMATO, *Art. 13*, cit. p. 16.

2.2. Segue: b) Le misure di prevenzione

Sofferamoci ora sull'analisi delle misure di prevenzione, argomento su cui la dottrina e la giurisprudenza hanno focalizzato in modo particolare la loro attenzione e che, comportando un necessario approfondimento sul significato e sui limiti dell'art. 13 Cost., si pone come il «problema più tormentoso che la Costituzione ha posto in materia di libertà»⁷¹.

Fra tutti gli istituti la cui disciplina coinvolge in qualche modo l'operatività dell'art. 13, le misure di prevenzione risultano particolarmente interessanti ai nostri fini in quanto rappresentano lo strumento con cui viene costruito un sistema di prevenzione⁷² basato su esigenze di ordine pubblico declinate sì come salvaguardia della sicurezza pubblica, ma con delle sfumature che sembrano tradire un'inclinazione verso una concezione ideale di tale componente⁷³.

L'evoluzione degli interventi legislativi, della giurisprudenza e della dottrina sul punto è, dunque, particolarmente emblematica dell'intricato rapporto fra la tutela delle libertà individuali e l'ordine pubblico inteso come paradigma di esercizio di potere⁷⁴, ed è in quest'ottica che si vuole guardare, seppur brevemente, all'*excursus* storico di queste misure.

Anzitutto si deve premettere che, nonostante fossero espressione dello Stato liberale – in cui affondavano le proprie radici – e risultassero “intrise” di valori tipici del regime fascista che ne aveva fatto strumento d'elezione per il mantenimento dell'ordine, con l'entrata in vigore della Costituzione esse subirono sì delle modifiche, ma, come per il fermo e l'arresto, anche qui si trattò di modifiche che furono volte più a ripulire le relative procedure di comminazione che ad una sostanziale modifica dei presupposti e dei fini che le caratterizzavano.

Quando la Costituzione entrò in vigore, le misure di prevenzione erano regolate dal testo unico di pubblica sicurezza del 1931, così come risultava in seguito ad alcuni ritocchi operati dal decreto legislativo luogotenenziale del 1944. Ne derivava un sistema caratterizzato da una divisione delle competenze in materia fra l'autorità di pubblica sicurezza (alla quale erano demandate le misure più semplici e meno gravi) e apposite commissioni amministrative subentrate all'autorità giudiziaria (alle quali erano affidate l'ammonizione ed il confino)⁷⁵. Il sistema, a partire dal 1948, alla luce della lettera dell'art. 13 e del generale sistema di valori costituzionali, cominciava a suscitare dubbi di varia natura: come, ad esempio, la legittimità nell'adozione della scorciatoia del sospetto quando le prove non risultavano sufficienti, o le problematiche relative all'attribuzione di competenze in materia di libertà

⁷¹ G. AMATO, *Individuo e Autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 499.

⁷² Si pongono in questo modo le basi per il consolidarsi del ricorso al sistema del sospetto, alimentando, di conseguenza, i dubbi di legittimità costituzionale ex art. 25 Cost. (G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 513).

⁷³ Lettura che apparirà più chiara in seguito all'analisi dell'oggetto di questo paragrafo e, soprattutto, in seguito agli argomenti che si affronteranno nell'ultimo capitolo del presente lavoro.

⁷⁴ Rapporto cui si è accennato nel primo paragrafo di questo capitolo.

⁷⁵ Per una trattazione più approfondita vedi *supra*, cap. III, par. 1.

personale ad organi amministrativi o facenti capo all'esecutivo. Così, fra il 1948 ed il 1950, partirono numerose iniziative del Senato per la revisione o l'abrogazione del testo unico: si parlava di norme «non più tollerabili» di fronte alle libertà ed ai diritti riconosciuti in Costituzione⁷⁶. Ma lo sdegno antifascista, imperante nei primissimi anni, diventò sempre meno sensibile alle istanze di radicali innovazioni: così, ad esempio, si mantenne il potere di polizia nel disporre il fermo ed il rimpatrio degli oziosi, dei vagabondi e dei sospetti, e anche le misure del confino e dell'ammonizione (che diventarono di competenza dell'autorità giudiziaria)⁷⁷ continuarono ad essere comminate.

Era chiaro, dunque, che, almeno da parte del legislatore, la nuova cornice costituzionale non veniva letta come portatrice di un sistema di valori assolutamente inconciliabile con le misure di prevenzione⁷⁸. L'unica innovazione che l'entrata in vigore della Costituzione non poteva non prevedere, alla fine, sembrava essere la spartizione delle competenze fra autorità di pubblica sicurezza (le meno gravi) ed autorità giudiziaria (le più gravi).

Spostando l'attenzione dal piano prettamente politico a quello giurisprudenziale, si può notare che, inizialmente, si delinearono due tendenze giurisprudenziali: una dei giudici di merito, che sostenevano l'avvenuta abrogazione da parte della Costituzione dell'intera disciplina delle misure di polizia; l'altra della Cassazione, che pur evidenziando il contrasto di tale disciplina con la Costituzione, sosteneva che le norme costituzionali fossero ad applicazione differita, che necessitassero, cioè, di un intervento legislativo che le rendesse operanti.

In sintesi, la Cassazione affermò che la Costituzione non comportava l'abolizione di qualsiasi forma di limitazione della libertà personale, ma che implicava il trasferimento all'autorità giudiziaria dei poteri preventivi affidati precedentemente alla polizia.

Le problematiche costituzionali relative alla disciplina delle misure di prevenzione, dunque, apparivano schiacciate sul profilo della riserva di giurisdizione, configurando come obiettivo ottimale quello di spostare la competenza (per il confino e l'ammonizione) al giudice, rientrando così nelle previsioni dell'articolo 13. Venivano accantonati, in questo modo, gli interrogativi più profondi, quelli implicanti analisi non sulla mera procedura, ma sulla sostanza, sui labili presupposti del sospetto su cui si fondavano tali misure e che forse avrebbero impedito che, nella pratica, si ritenesse consentita qualsiasi restrizione della libertà personale, purché di competenza del giudice.

In altre parole, prendeva piede quel «processo (...) secondo cui il potere di prevenzione ha adattato a sé la Costituzione assai più di quanto se ne sia fatto condizionare»⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. S. DE FINA, *Testo unico di Pubblica Sicurezza e Costituzione*, in *Giur. Cost.* 1959, p. 964.

⁷⁷ Cfr. G. AMATO, *Art. 13*, cit. p. 31 ss.

⁷⁸ Infatti, nella seconda legislatura il Ministro Fanfani presentò un testo con il quale si prevedevano nuovamente confino ed ammonizione e i cui presupposti tornavano ad essere il mero sospetto e la voce pubblica, considerati indizi rilevanti di pericolosità sociale.

⁷⁹ G. AMATO, *Art. 13*, cit. p. 35.

Nel 1956 intervenne anche la Corte costituzionale a consacrare l'orientamento dominante che emergeva dalla politica del Governo e dalla giurisprudenza della Cassazione.

La Corte con due successive sentenze dichiarò illegittimi prima il rimpatrio⁸⁰, poi l'ammonizione⁸¹. Il primo perché veniva comminato sulla base di generici sospetti e perché quando avveniva per traduzione (che quindi implicava lo stato detentivo) avrebbe dovuto essere ordinato dal giudice; il secondo perché, dato che comportava una degradazione giuridica e morale, avrebbe dovuto essere anch'esso di competenza dell'autorità giudiziaria.

Se ad un'analisi *prima facie* queste sentenze potevano sembrare volte ad una maggiore tutela della libertà personale, in realtà presentavano dei passaggi contraddittori e delle ricostruzioni ambigue che, come vedremo, presteranno il fianco ad interventi legislativi criticabili⁸² e ad interpretazioni dottrinali contrastanti.

Ma, soprattutto, da tali sentenze⁸³ non si evinceva quale fosse la nozione di libertà personale abbracciata dalla Corte. Se da un lato risultavano ispirate ad una nozione "fisica" di libertà personale (poiché si escludeva soltanto che l'autorità di p.s. potesse ordinare la traduzione), dall'altro, l'aver invalidato anche l'ammonizione, che non comportava restrizioni fisiche, faceva intravedere un'attenzione verso una nozione più elastica di libertà, che includeva fra le limitazioni quelle che comportavano una "degradazione" della persona⁸⁴.

Anche a causa della contraddittorietà che caratterizza le pronunce della Corte, si sono sviluppate diverse teorie in dottrina, con interpretazioni contrastanti fra loro, ma quasi tutte nate dalle riflessioni sulle problematiche relative alla questione della prevenzione e volte all'analisi del difficile rapporto fra la libertà personale (art. 13 Cost.) e la libertà di circolazione (art.16 Cost.).

Le critiche più severe possono distinguersi in due filoni: uno contesta in radice l'ammissibilità di misure personali non fondate su fatti-reato⁸⁵; l'altro riconduce tutte le misure personali (fisiche o meno, purché fondate su un giudizio di disvalore) all'articolo 13, e considera l'articolo 16 come operante restrizioni non personali, ma riferite in maniera generale e impersonale a zone territoriali⁸⁶.

⁸⁰ Sent. 23 giugno 1956, n. 2.

⁸¹ Sent. 3 luglio 1956, n. 11.

⁸² Anzitutto esse funsero da spinta per vincere le resistenze che la riforma della prevenzione preparata dal Governo incontrava in Parlamento e per arrivare, dunque, all'approvazione della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 con la quale vennero affidati all'autorità di p.s. il rimpatrio (senza traduzione) e la diffida, e all'autorità giudiziaria l'ammonizione ed il confino sulla base di presupposti che, se non contemplavano più espressamente la parola "sospetto", utilizzando la locuzione "che facciano ritenere di...", non sembravano discostarsi dall'ambito del sospetto.

⁸³ Sulle quali ci siamo soffermati nelle pagine precedenti evidenziando proprio il carattere contraddittorio del contenuto di tali pronunce, che sono state poste alla base di ricostruzioni contrastanti in merito al contenuto della libertà personale.

⁸⁴ Cfr. C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, cit., p. 683.

⁸⁵ A questo filone appartiene sicuramente L. ELIA, *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938.

⁸⁶ Tesi sostenuta da M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e di soggiorno*, in P. BARILE (a cura di), *La Pubblica Sicurezza*, Vicenza, Neri Pozzi, 1967, p.483.

Il primo filone⁸⁷ sostiene la tesi più radicale: tale dottrina, insistendo sulla natura di “pene del sospetto” che caratterizza le misure di prevenzione, ritiene che i principi costituzionali e il sistema di valori su cui si basano precludano in radice la possibilità di irrogare, sulla base di un giudizio di disvalore della persona, misure, sì, diverse dalle sanzioni conseguenti alla commissione di un fatto-reato, ma comunque afflittive. Questa prima linea interpretativa parte dalla declinazione dell’articolo 13 come norma strumentale⁸⁸ e sostiene, quindi, che tale disposizione non basti da sola a legittimare una qualsiasi restrizione della libertà personale purché autorizzata dal giudice.

In particolare, visti i fondamentali principi costituzionali sanciti dagli artt. 25 e 27 Cost. nella disciplina delle misure afflittive, l’art. 13, secondo parte della dottrina⁸⁹, si pone rispetto a queste due disposizioni come norma “servente” e, quindi, la riserva di legge contenuta nel suo secondo comma sarebbe, seguendo questa ricostruzione, una riserva rinforzata⁹⁰ dal momento che affidare al libero apprezzamento del legislatore l’individuazione delle finalità su cui si possono legittimamente fondare le restrizioni della libertà *ex art. 13*, determinerebbe il c.d. “vuoto dei fini” aprendo la strada a qualsiasi sopruso.

E, dato che tanto la norma principale (rintracciata nell’articolo 25) quanto quella accessoria (articolo 13) esigono che le misure siano adottate per “fatti” e in “casi” predefiniti dalla legge, il fatto che, invece, la disciplina delle misure di prevenzione le leghi a presupposti sfuggenti, sottraendole alla doverosa specificità dei “fatti” e dei “casi”, spinge questa dottrina ad optare per l’illegittimità di tali misure. Di più: partendo dall’assunto che sia punibile solo chi ha commesso un reato e solo qualora ci siano le prove del reato commesso, si ritiene che il potere di prevenzione personale sia illegittimo di per sé, comunque riassetato⁹¹.

A differenza di questo primo filone, le cui conclusioni giungono a non ritenere rilevante definire né la collocazione delle misure di prevenzione fra l’articolo 13 o l’articolo 16, né la portata della nozione di libertà personale, il secondo filone⁹² muove proprio da una rilettura del rapporto fra i due articoli. Questa tesi contesta il riparto del sistema della prevenzione realizzatosi fra questi articoli, senza giungere dunque a “condannare” i poteri preventivi, ma sottolineando la necessità che questi siano integralmente demandati all’autorità giudiziaria. Le argomentazioni sono impiegate su due ordini di circostanze. Da un lato si ritiene che l’identificazione dei casi coperti dalla riserva di giurisdizione di cui all’articolo 13 Cost. debba avvenire facendo riferimento non all’indole fisica della coercizione, ma al giudizio di disvalore, quale presupposto dell’irrogazione della misura. Dall’altro,

⁸⁷ Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit.; ID., *Le misure di prevenzione fra l’art. 13 e l’art. 25 della Costituzione*, cit.; G. AMATO, *Art. 13*, cit. p. 30 ss.; ID., *Individuo e Autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 500 ss.

⁸⁸ Vedi *supra*, par. 2 del presente capitolo.

⁸⁹ Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., p. 8-9.

⁹⁰ G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 308 ss.

⁹¹ Cfr. G. AMATO, *Art. 13*, cit. p. 40.

⁹² Cfr. A. BARBERA, *Principi costituzionali della libertà personale*, cit.; M. Galizia, *La libertà di circolazione e soggiorno*, cit.

viene riconsiderato l'inciso dell'articolo 16 in cui si sottolinea che le limitazioni da esso consentite devono essere previste in via generale. Questo comporterebbe la riconduzione di tutte le misure personali nell'ambito dell'articolo 13, risultando riferibili all'articolo 16, residualmente, solo quelle misure che limitino la circolazione ed il soggiorno in funzione dei rischi ricollegati alla presenza di un individuo in determinate parti del territorio, in ragione non della pericolosità soggettiva di quest'ultimo, ma in base a motivi di tutela della sanità e della sicurezza pubbliche.

Vi è, però, un'altra dottrina che sostiene la tesi contraria⁹³ e ritiene che il sistema delle misure di prevenzione trovi una propria giustificazione costituzionale. Anzitutto, si considera la riserva posta dall'art. 13 come una riserva assoluta di legge e non rinforzata, il che lascerebbe libero il legislatore nelle sue scelte dal momento che, essendo comunque previsti limiti alla funzione legislativa, le argomentazioni addotte dall'opposta interpretazione in questo senso sembrerebbero provare troppo. Puntualizzazioni che, ad ogni modo, sono superflue nella ricerca della *ratio* legittimante le misure in esame, posto che questa dottrina trova la collocazione costituzionale delle misure di prevenzione individuandone la fonte non nell'art. 13 (che riguarda solo le restrizioni fisiche), ma nell'art. 16, dal momento che le misure in questione si traducono in limitazioni della libertà di circolazione e di soggiorno, generalmente dal carattere meramente obbligatorio, come il divieto di soggiorno, l'obbligo di soggiorno, il rimpatrio obbligatorio.

Tornando alle critiche sopra evidenziate, bisogna osservare che esse furono recepite e poste alla base delle argomentazioni su cui si articolavano le diverse questioni di costituzionalità sollevate in relazione alla legge del 1956 (concernente misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità). Con le sentenze n. 23/1964 e n. 68/1964, la Corte respingeva tali critiche e riaffermava quanto già sostenuto nella sua precedente giurisprudenza, specificando che «il principio di prevenzione e di sicurezza sociale (...) affianca la repressione in ogni ordinamento come esigenza e regola fondamentale»⁹⁴. Nelle sentenze citate, le osservazioni effettuate da parte della dottrina circa le misure di prevenzione deliberate dall'autorità di p.s. e riconducibili all'articolo 16 vengono smontate abilmente dalla Corte, sempre sulla base di una rilettura della locuzione “in via generale” di cui al primo comma. Infatti, viene ravvisato in essa un vincolo di generalità in relazione non alla sfera soggettiva di applicazione della misura prevista, ma alla previsione legislativa. Lettura che, però, sembrerebbe basarsi su un'osservazione superflua, dal momento che la legge è di per sé generale e astratta.

Data l'importanza delle sentenze n. 23 e n. 68 del 1964, sembra opportuno approfondirne l'analisi.

⁹³ A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., p. 301 e ss.

⁹⁴ Sent. n. 23 del 14 marzo 1964.

Con la prima sentenza si poneva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 1423 del 1956 in riferimento agli artt. 13, 25, 27 Cost. Per quanto riguarda gli artt. 13 e 25, si deduceva che l'elencazione delle categorie di persone ivi contenuta non forniva elementi concreti di individuazione dei casi che potevano determinare l'adozione delle misure di prevenzione previste dalla legge in questione.

Con questa decisione la Corte confermava la non incostituzionalità delle misure di prevenzione: «Va premesso che nel presente giudizio non è contestata la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione, previste dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423. Questa Corte ha già avuto occasione di ravvisare il fondamento di tali misure nel principio secondo cui l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire: sistema che corrisponde a una esigenza fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta negli artt. 13, 16 e 17 della Costituzione»⁹⁵. Individuato in questo il fine delle misure preventive, ne deriva, come sottolineato dalla Corte, che l'adozione di esse possa essere legata non al concreto verificarsi di fatti, ma ad un complesso di comportamenti che costituiscono una condotta assunta dal legislatore come indice di pericolosità sociale. Non solo: le basi di questo “impianto” di sicurezza all'insegna della prevenzione vengono rinvenute, oltre che negli articoli 16 e 17, anche nell'articolo 13 cost., compartecipe, quindi, nella declinazione e nell'operatività dell'ordine pubblico, quantomeno nel suo atteggiarsi come «ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali».

Particolarmente interessante risulta un passaggio della decisione in esame in cui appare chiara quella sfumatura – richiamata precedentemente, all'inizio di questo paragrafo – in base alla quale si legano due componenti dell'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e il buon costume, determinando una commistione fra la declinazione materiale e quella ideale dell'ordine pubblico.

Ci si riferisce al passaggio in cui si ritiene che non sia caratterizzato da indeterminatezza assoluta il richiamo al buon costume ed alla morale pubblica effettuato dal n. 5 dell'art.1, «essendo ben chiaro che la disposizione si riferisce a quei comportamenti abituali che offendono quelle norme del costume, proprie della comunità, la cui violazione costituisce un indice di pericolosità sociale, indipendentemente dal carattere delittuoso o non dei singoli fatti in cui essi si concretano»⁹⁶.

Con la sentenza n. 68 del 1964, veniva decisa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 1423 del 1956, che qui analizzeremo solo relativamente ad alcune delle argomentazioni⁹⁷ con cui la Corte rigettava la tesi sostenuta in dottrina e riportata dall'ordinanza, in base alla quale si

⁹⁵ Sent. n. 23 del 1964, punto 3 del *Considerato in diritto*, in cui si riafferma quanto già sostenuto nella sent. n. 27 del 1959 nel *Considerato in diritto*.

⁹⁶ Sent. n. 23 del 1964, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁹⁷ Per una trattazione maggiormente dettagliata di questa sentenza, si rimanda al paragrafo relativo all'art. 16.

sosteneva l'identificazione delle misure di sicurezza con le misure di polizia, in virtù del loro comune contenuto di sanzione; identificazione da cui doveva dedursi una comune duplice riserva, di legge e di giurisdizione. La Corte argomentava: «Se, infatti, si può comprendere che nessuna limitazione, quale che essa sia, dei diritti di libertà può essere disposta fuori dei casi previsti dalla legge, solo quelle limitazioni che si risolvano in una restrizione della libertà personale cadono sotto il disposto dell'art. 13 della Costituzione. È vero che il fondamento comune e la comune finalità delle misure di sicurezza e di quelle di polizia di sicurezza si trovano nella esigenza di prevenzione di fronte alla pericolosità sociale del soggetto, ma è anche certo che, per tutte le considerazioni dianzi esposte che trovano puntuale riscontro nella diversa disciplina prevista dagli artt. 13 e 16 della Costituzione, resta sempre una netta differenziazione fra i due ordini di misure, per diversità di struttura, settore di competenza, campo e modalità di applicazione, specialmente per quanto si riferisce agli organi preposti a tale applicazione»⁹⁸.

Dunque, la critica concernente il principio di legalità, che alcuni ritenevano non poter essere rispettato in alcun modo dalle misure di prevenzione, veniva smontata dalla Corte con l'argomentazione che il necessario riferimento a fatti potesse essere egualmente soddisfatto prendendo in considerazione le condotte sintomatiche di pericolosità. Ciò, ad avviso della Corte, non si traduceva in un minor rigore, ma semplicemente in un diverso rigore, implicante sì il ricorso ad elementi presuntivi, ma comunque corrispondenti a comportamenti sufficientemente obiettivi ed identificabili.

La Consulta, così, assolveva tutto il sistema delle misure preventive, con fermezza e unilateralità, facendo nuovamente da supporto ad interventi legislativi che avrebbero consolidato tale sistema. Come, ad esempio, la legge n.675 del 1965, che aggravava le conseguenze restrittive e degradanti connesse alle misure per gli indiziati di appartenere ad un'associazione mafiosa, e si inseriva nella tradizione delle pene del sospetto.

A ciò si aggiunga che, nonostante il clima di perplessità, le misure proprio in questi anni venivano dilatate ed aggravate, nel tentativo di tutelare l'ordine pubblico, turbato dal crescere della violenza fascista e della delinquenza comune. Per esempio, venne estesa l'applicazione della legge antimafia (legge n. 675 del 1965) ai soggetti passibili delle misure previste dalla legge del 1956, legge che già individuava tali soggetti con scarso rigore e, quindi, con minor rispetto della riserva di legge posta dall'art. 13 Cost⁹⁹. Era palese l'intenzione di colpire quella «fascia di semi-delinquenza e di marginalità sociale, rispetto alla quale la prevenzione non ha mai potuto rinunciare almeno

⁹⁸ Sent. n. 68 del 30 giugno 1964, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁹⁹ Particolarmente esemplificativo in tal senso è il fatto che fra i soggetti destinatari di tali misure figuravano “coloro che svolgono abitualmente altre attività contrarie al buon costume”, formula decisamente poco obiettiva e specifica.

formalmente a fini di recupero e di reinserimento»¹⁰⁰. Appariva chiaramente che la legge antimafia, esplicativa della politica che il legislatore avrebbe adottato per gestire le emergenze, rispondesse ad altre finalità: quella di isolare ed escludere le marginalità.

Alla luce di tali considerazioni appare difficile non condividere la tesi che vede nelle misure di prevenzione, per la natura del giudizio che sta alla base di esse, e per la polivalenza dei loro effetti restrittivi, misure afflittive parificabili alle misure penali¹⁰¹.

In sintesi, la giurisprudenza della Corte in materia conferma la non incostituzionalità delle misure in esame affermando di considerare la prevenzione come un'esigenza fondamentale e irrinunciabile del nostro ordinamento.

Se questo può condividersi, non si può avallare un sistema che, avendo ad oggetto la pericolosità sociale di determinati soggetti, ne causa inevitabilmente una degradazione morale e sociale.

Tuttavia, la logica preventiva e le "sfumature" immateriali che si sono rintracciate nella declinazione della pubblica sicurezza come traduzione dell'ordine pubblico, sono divenute delle costanti nella legislazione successiva e hanno trovato spesso conferma nell'operato della Corte costituzionale, sublimandosi nell'affermazione di un paradigma emergenziale nella gestione dell'ordine pubblico¹⁰².

Un'ultima considerazione a margine.

Tornando alle divergenti opinioni della dottrina sulle misure di prevenzione sopra riportate, bisogna evidenziare che queste, pur partendo da contrastanti interpretazioni delle disposizioni costituzionali in gioco, sembrano trovare un punto di intersecazione quando, abbandonato il piano strettamente giuridico, assumono una prospettiva diversa e arrivano a condannare tali misure sul piano civile ed umano: civile perché si vede in esse «il ripiego del sistema che, non riuscendo a funzionare, ricorre a meri "sospetti" per sorvegliare o sottoporre a obblighi o divieti di soggiorno dei liberi cittadini che poco prima, sulla base dei fatti, ha assolto»; umano se si considera «la sorte di questa gente, sradicata dal luogo in cui non è provato vivesse di delitto, per essere trapiantata in altro nel quale il sistema non si occupa di loro per tentare quella "rieducazione", invece costituzionalmente prevista»¹⁰³.

Ora, pur riconoscendo la puntualità delle argomentazioni giuridiche che conducono parte della dottrina a legare la libertà personale ad una dimensione prettamente fisica e a leggere nel secondo

¹⁰⁰ G. AMATO, *Art. 13*, cit. p.44.

¹⁰¹ *Ivi*, p. 48 ss.

¹⁰² Argomenti che affronteremo nel prossimo capitolo.

¹⁰³ Così A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit. p. 303, il quale riprende l'analisi dell'Amato sul punto (*Individuo e Autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 499 ss.) sebbene la condivida solo in parte dal momento che l'Amato si spinge ben oltre nei suoi giudizi e afferma, come sopra accennato, che l'art. 13 dispone una riserva di legge rinforzata e che le misure di prevenzione non siano da condannare solo da un punto di vista umano e civile, ma anche sul piano giuridico, sostenendo l'incostituzionalità (ex art. 25 cost.) del ricorso al sistema del sospetto.

comma dell'art. 13 una riserva di legge assoluta e non rinforzata, nonché a riconoscere, conseguentemente, una giustificazione costituzionale alle misure di prevenzione, risulta comunque difficile coniugare le assoluzioni in punto di diritto e le condanne sul piano umano e civile, anche nell'ottica di una necessaria armonia sistemica all'interno dell'ordinamento. Sebbene sulla base di un'analisi rigorosa e formale si promuova il sistema delle misure di prevenzione, il giudizio finale e complessivo non può non essere influenzato anche dalla considerazione dell'impatto sociale e delle disarmonie con altre fondamentali disposizioni costituzionali (ad esempio con l'art. 27); disarmonie e contrasti che, come visto, non vengono disconosciuti in assoluto, ma a cui viene riconosciuta un'operatività extra-giuridica, una dignità "umana e civile" incapace di condizionare i parametri costituzionali della legittimità/illegittimità.

Sembra, invece, che i piani siano assolutamente intersecabili e che una "condanna" sul piano civile ed umano, soprattutto se basata sulla concreta eventualità che principi posti alla base del legame sociale e assorbiti all'interno del dettato costituzionale vengano violati o disattesi, debba tradursi in una "condanna" sul piano giuridico e costituzionale.

3. La libertà di circolazione e soggiorno: a) l'intricato rapporto con l'art. 13 e l'"effetto deviante" delle misure di prevenzione

Il territorio è stato recepito dal Costituente non come un semplice e neutrale elemento materiale su cui si snodano le vicende del rapporto fra autorità e libertà, ma, in quanto ambito di espressione dell'autorità, come uno dei protagonisti di tale relazione. In quest'ottica si è voluto, tramite la formulazione dell'art. 16 Cost., provare a disciplinare i contrastanti interessi che agiscono sul territorio in quanto elemento che «costituisce uno dei punti di intersezione, ed insieme di chiarimento fra Stato persona e Stato comunità, atteggiandosi, indifferentemente, (...) come "momento" dell'uno e dell'altro e segnando i limiti di intervento sia del primo che del secondo»¹⁰⁴

La libertà di circolazione e di soggiorno è, da un lato, connessa alla sovranità dello Stato sul territorio e, quindi, alla cittadinanza, dall'altro nega ontologicamente il legame con la sovranità statale¹⁰⁵ dal momento che la libertà di movimento è un bisogno fondamentale dell'uomo, un diritto universale che deve essere garantito a tutti gli esseri umani¹⁰⁶. Si tratta, dunque, di una libertà alla perenne ricerca di un equilibrio fra le esigenze statali di individuare i soggetti e le condizioni della

¹⁰⁴ Così I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 52.

¹⁰⁵ Cfr. G. DEMURO, *Art. 16*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, p. 375.

¹⁰⁶ In questo senso, L. FERRAJOLI, *La libertà di circolazione e soggiorno. Per chi?*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, p. 179.

libera circolazione e le necessità dei singoli individui di muoversi e soggiornare in un determinato territorio.

Sono proprio i vari punti di equilibrio in cui si traduce questa relazione a costituire i profili dell'articolo 16 Cost. maggiormente interessanti in relazione alle evoluzioni del concetto di ordine pubblico. In particolare, dunque, si guarderanno i motivi che ex art. 16 legittimano le limitazioni alla libertà di circolazione e le varie ricostruzioni effettuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito; questione legata a doppio filo con la problematica delle misure di prevenzione e, di conseguenza, con il delicato rapporto fra la libertà personale e la libertà di movimento.

Nell'articolazione del rapporto fra libertà personale e libertà di circolazione gioca un ruolo non indifferente l'evoluzione storica che ha portato alla formulazione dell'articolo 16, enucleato progressivamente dalla libertà personale. Infatti, nello Statuto albertino la libertà di circolazione e di soggiorno non era oggetto di autonoma disposizione ma veniva dedotta dalla normativa in materia di libertà personale e conseguentemente era percepita dai costituzionalisti come «una facoltà inerente il diritto di libertà individuale garantito dall'articolo 26 dello Statuto»¹⁰⁷. Nonostante ciò, la libertà di locomozione è stata una delle libertà maggiormente comprese nello Stato liberale dal momento che i poteri di prevenzione di cui disponeva la polizia in materia erano ampi e potevano essere esercitati, anche in presenza di una semplice presunzione di pericolo, senza l'intervento degli organi giurisdizionali¹⁰⁸. A ciò si aggiungeva, inoltre, la genericità delle ipotesi normative contenute nelle disposizioni legislative in materia di pubblica sicurezza, circostanza che, in combinato con quanto detto sopra, fa comprendere come nello Stato liberale la pubblica amministrazione abbia potuto «limitare la libertà di circolazione e soggiorno per tutelare, se non gli interessi di una parte politica, quando meno il mantenimento dell'assetto sociale allora esistente»¹⁰⁹.

Il fascismo esasperò le politiche legislative preesistenti in materia tramite l'estensione delle categorie di soggetti potenzialmente destinatari di misure di prevenzione e attraverso una «decisa amministrativizzazione e politicizzazione degli organi preposti ad assumere determinazioni in materia»¹¹⁰.

Come già osservato¹¹¹, è proprio nella rottura con i precedenti scenari che affonda le radici l'attuale Costituzione, come si evince dai lavori in Assemblea costituente¹¹² che in materia di libertà di

¹⁰⁷ U. DE SIERVO, *Circolazione, emigrazione, soggiorno (libertà di)*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, III, Utet, 1989, p. 77.

¹⁰⁸ A tal proposito, si possono evidenziare le critiche mosse da una parte della dottrina che, considerando le misure di prevenzione come degradanti, concludeva che «lo Stato può essere severo nel suo diritto di punire, può far condannare dai giudici alla relegazione i delinquenti abituali, ma non deve togliere la libertà quando non può giurisdizionalmente punire», così G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, 1913, p. 158.

¹⁰⁹ U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, p. 77.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Si veda *supra*, cap. II.

¹¹² In particolare, si veda il dibattito svolto nella Prima Sottocommissione, consultabile al sito della Camera dei Deputati, sezione Archivio storico.

circolazione furono limitati a poche battute sostanzialmente concordi sulla necessità di garantire tale libertà in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, di limitare e precisare i poteri amministrativi in materia, di escludere limitazioni riguardanti solo alcune categorie di persone o il dissenso politico.

Ne conseguiva che una disciplina maggiormente garantista, che segnasse lo stacco rispetto al passato, doveva fondarsi su una precisa definizione legislativa dei limiti alla libertà di circolazione tramite l'indicazione dei requisiti oggettivi e soggettivi e della loro incidenza al fine di restringere al massimo la discrezionalità amministrativa in materia¹¹³.

Con questo intento, nei lavori preparatori in Assemblea costituente, l'on. Roberto Lucifero propose di delimitare più specificatamente il portato della libertà di circolazione riferendo i limiti ai casi di guerre, epidemie e pubbliche calamità; precisazione cui aderì anche l'on. Palmiro Togliatti, preoccupato per una potenziale discrezionalità nell'operare dei limiti a carico dei singoli. Tuttavia, nel prosieguo della discussione, il presidente, on. Umberto Tupini, intervenne e propose di sostituire il termine "epidemie" con il termine "sanità", in modo da adottare «una formula generale in cui potrebbero essere comprese anche la prostituzione, l'accattonaggio, etc.»; proposta che, alla fine, venne accolta¹¹⁴.

Così la Costituzione pone in materia di libertà di circolazione e di soggiorno una riserva di legge rinforzata prevedendo che le limitazioni a tale diritto siano stabilite dalla legge in via generale ed esclusivamente per motivi di tutela della sanità e di sicurezza pubblica e che nessuna restrizione può essere motivata da ragioni politiche. Dunque, il Governo e la pubblica amministrazione possono esercitare in materia solo compiti esecutivi ed applicare limitazioni fondate non su ragioni o sospetti generici, ma su specifici fatti costitutivi di un pericolo di lesione diretta e immediata per la sanità o la sicurezza.

Bisogna preliminarmente evidenziare che il testo dell'art. 16 si riferisce esclusivamente ai cittadini, ma tale disposizione si inserisce nell'ambito più ampio dell'Unione Europea e dunque in base ad essa viene riconosciuta la libertà di circolazione a tutti i cittadini dell'Unione, non solo a quelli italiani. Di più. Il diritto in esame, slegandosi tramite l'apertura al contesto comunitario dal riferimento precipuo al legame spaziale, viene funzionalizzato alla salvaguardia delle libertà riconosciute alla persona e, quindi, sotto alcuni profili anche agli stranieri. In questa direzione, c'è chi ha posto l'accento sul territorio come «strumento di manifestazione del principio di solidarietà», principio alla base del nostro ordinamento e di fronte al quale lo stesso rapporto esclusivo fra cittadino

¹¹³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1983-1988, p. 66.

¹¹⁴ Atti dell'Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione seduta del 20 settembre 1946.

e territorio si attenua. Il territorio diviene un bene presupposto al pieno svolgimento della personalità individuale che contribuisce «per questo verso, alla “crisi” della cittadinanza»¹¹⁵.

L'art. 16, con il suo contenuto complesso, ha sempre posto un problema di delineazione di confini e di identificazione dei rapporti con le diverse libertà con cui, inevitabilmente, entra in contatto. Basti pensare alle interazioni con la libertà personale¹¹⁶, su cui le misure di prevenzione hanno giocato un «rilevantissimo effetto deviante»¹¹⁷, creando una relazione complessa che conduce a chiedersi se si tratti di due libertà distinte o di due aspetti di un'unica libertà.

Il rapporto fra questi due diritti è, in effetti, particolarmente delicato. Su di esso la dottrina e la giurisprudenza si sono variamente espresse, aprendo un dibattito alimentato principalmente da un confronto sulla legittimità costituzionale delle misure di prevenzione e sulla riconducibilità della loro disciplina ad una o all'altra libertà (e quindi alle garanzie previste dall'art. 13 o dall'art. 16 Cost.).

Un primo filone interpretativo¹¹⁸ assume la distinzione fra le due libertà sulla base della sussistenza o meno di un costringimento materiale riconducibile alla detenzione, ispezione o perquisizione personale che, determinando un assoggettamento all'altrui volere, indicherebbe una violazione della libertà personale, qualificando, invece, la libertà di circolazione come facoltà di spostarsi a proprio piacimento in qualsiasi parte del territorio nazionale.

In altre parole, la libertà di locomozione viene ricostruita come libertà «spaziale e residenziale» che collega la persona umana al territorio¹¹⁹. A suffragare tale ricostruzione, vengono addotte ragioni di carattere letterale e sistematico: si sottolinea come la costituzione abbia «inteso configurare in modo autonomo le libertà in discorso» prevedendo una diversa disciplina, differenti beneficiari e differenti restrizioni¹²⁰, dettando, in generale, disposizioni costituzionali meno rigorose quando non attinenti immediatamente alla libertà fisica. In effetti, l'art. 16, prevedendo la possibilità di imporre limitazioni alla libertà di circolazione alle condizioni che la legge stabilisce in via generale e per motivi di sanità e di sicurezza, è espressione di un regime meno garantistico di quello dettato in materia di libertà personale dall'art. 13¹²¹.

¹¹⁵ Così I. NICOTRA GUERRERA, *op cit.*, p. 55. Sul rilievo particolare che hanno assunto le misure che concernono il soggiorno e la circolazione dello straniero nel nostro territorio e le diverse problematiche connesse a tale questione, ci si soffermerà nel capitolo successivo, con particolare attenzione al paradigma emergenziale in cui operano le disposizioni in materia e alle nozioni di ordine pubblico e di sicurezza che ne costituiscono la *ratio*.

¹¹⁶ Problematica a cui si è accennato precedentemente, cfr. *supra*, par. 2.1. e 2.2.

¹¹⁷ Così G. AMATO, *Art. 16*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 114.

¹¹⁸ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit, p. 258 ss.

¹¹⁹ Parlano di libertà spaziale e residenziale P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, 1984, p. 171; M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, p. 15.

¹²⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1975, p. 1053; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, *op. cit.*, p. 171.

¹²¹ Cfr. M. RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 325.

Da queste osservazioni, emergerebbe chiaramente che la libertà personale attiene alla persona in sé mentre la libertà di circolazione e di soggiorno attiene alla «vita di relazione»¹²² e definisce quel particolare rapporto che lega la persona al territorio che vive ed attraversa¹²³ mettendone in rilievo la capacità di autodeterminazione in ordine alla dislocazione del proprio corpo in qualsiasi parte del territorio nazionale¹²⁴.

C'è inoltre chi¹²⁵ distingue la libertà personale dalla libertà di circolazione in base al contenuto dei provvedimenti che regolano la libertà di movimento o di soggiorno della persona: se un provvedimento impone un obbligo positivo di circolare o soggiornare entro un dato spazio territoriale, allora entrerebbe in gioco la libertà personale; mentre, se il provvedimento contiene un obbligo negativo di non circolare o soggiornare in determinate parti di territorio, allora ad essere limitata sarebbe la libertà di circolazione e di soggiorno. Secondo la dottrina in questione, l'imposizione a taluno dell'obbligo di non uscire da una certa circoscrizione territoriale eccede i limiti opponibili ex art. 16 poiché, vietando ad un soggetto di andare o di fermarsi in qualsiasi luogo ad eccezione di quello in cui ciò gli è consentito, incide, limitandolo, sul diritto a disporre del proprio essere fisico e, di conseguenza, restringe la libertà personale creando i presupposti per l'assoggettamento all'altrui potere, caratteristica peculiare dei provvedimenti restrittivi della personalità.

Alla base di tali ricostruzioni viene posta una differente *ratio* di tutela: nella libertà personale è in gioco un bene, la dignità della persona, che non rileva nella libertà di circolazione, dove il limite è il rispetto della “generalità” delle disposizioni legislative e dell'osservanza dei motivi di sanità e sicurezza¹²⁶.

Un secondo filone¹²⁷, invece, fa rientrare all'interno delle “altre restrizioni della libertà personale” indicate dall'art. 13, co. 1 Cost., tutte le limitazioni della persona, comprese quelle attinenti la libertà di spostamento. In quest'ottica, alcuni, evidenziando la coesistenza all'interno del nostro ordinamento costituzionale di diverse fattispecie di libertà, sostengono la parzialità di una lettura di queste ultime che guardi di volta in volta alla sola disposizione di riferimento e che, invece, non si apra a considerare il generale disegno sistematico della Costituzione in cui le libertà sono inserite. Da tale disegno si

¹²² G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, Padova, 1956, p. 354 ss.

¹²³ C'è poi chi, partendo dall'elemento del territorio e dalla constatazione di uno stretto legame fra la concezione politico-economica di un ordinamento e il modo di intendere la libertà di circolazione, rivendica una forte autonomia di quest'ultima rispetto alla libertà personale: I. NICOTRA GUERRERA, *op. cit.*, p. 59.

¹²⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. II, Parte speciale*, cit.

¹²⁵ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. ult. cit.*, pp. 16-17. *Contra*, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 172, per il quale i provvedimenti che impongono un obbligo positivo di soggiorno in un dato luogo e quelli che impongono, invece, un obbligo negativo di non circolare o soggiornare in determinati luoghi non incidono gli uni sulla libertà personale e i secondi sulla libertà di circolazione, ma condizionano entrambi la libertà di circolazione trattandosi di «due aspetti dello stesso fenomeno, che al limite possono provocare l'uno gli effetti dell'altro».

¹²⁶ G. DEMURO, *Art. 16*, cit., p. 378.

¹²⁷ In questo senso, seppur con posizioni non sempre tra loro collimanti, G. AMATO, *Individuo e Autorità nella disciplina della libertà personale*, cit.; M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e soggiorno dall'Unificazione alla Costituzione repubblicana*, cit.; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit.

evinces la configurazione di un rapporto peculiare fra le libertà costituzionali, che si può definire strumentale o d'integrazione fra le libertà in generale, e fra quelle tutelate dall'art. 13 e dall'art. 16 *in specie*, con la conseguenza che la disciplina di quest'ultima non può essere concettualmente scissa da quella della libertà personale¹²⁸. In altre parole, secondo tale ricostruzione del rapporto fra l'art. 13 e l'art. 16 della Costituzione, è possibile ricomprendere fra le restrizioni della libertà personale anche quelle limitazioni non incidenti direttamente sulla libertà fisica, ma coinvolgenti piuttosto la sfera della libertà di circolazione. Dunque, «mentre l'art. 13 cost. pone la regola generale, gli articoli che lo seguono rappresentano disposizioni integrative»¹²⁹ e, di conseguenza, l'art. 16 avrebbe un contenuto complementare nel senso che, qualora non fosse contemplato all'interno del nostro ordinamento, la libertà di circolazione potrebbe ritenersi «compres[a] nello stesso più generale e fondamentale principio formulato dalla prima parte dell'art. 13»¹³⁰.

L'andamento frastagliato della dottrina si accompagna ad un'oscillante giurisprudenza costituzionale sul punto, dalla quale, tuttavia, emerge una costante: la delineazione di due differenti sfere di operatività dell'art. 13 e dell'art. 16, nel senso che la libertà di circolazione e di soggiorno non si esaurisce nella libertà personale, non risolvendosi in un mero aspetto di quest'ultima¹³¹. All'interno di questa costante, però, il giudice costituzionale a volte ha individuato nella degradazione giuridica dell'individuo l'elemento qualificante la restrizione della libertà personale¹³²; altre volte, invece, ha visto nel carattere immediatamente coercitivo o meramente obbligatorio di determinate restrizioni il discrimine per qualificarle come afferenti la libertà personale (nel primo caso) o la libertà di circolazione (nel secondo)¹³³. Lettura, quest'ultima, condivisa in parte da quella dottrina che ritiene cumulabili le garanzie della libertà di circolazione e della libertà personale sostenendo che le due norme abbiano «in comune un settore dei reciproci campi di esplicazione [e che] potrebbero rappresentarsi come due cerchi interferenti, nessuno dei quali è incluso nell'altro»¹³⁴.

Non mancano, però, adesioni critiche all'una o all'altra delle ricostruzioni appena schematizzate. Ad esempio, vi sono interpretazioni che, partendo dal tenore del dibattito in Assemblea costituente e dall'adesione ad atti internazionali di tutela dei diritti fondamentali in cui le due libertà in esame

¹²⁸ P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991, diffusamente.

¹²⁹ G. AZZARITI, *Giustiziabilità dei provvedimenti del giudice penale in materia di rilascio di passaporti*, in *Diritto e società*, 1983, p. 488.

¹³⁰ V. CRISAFULLI, *Libertà personale, costituzione e passaporti*, in *Arch. Pen.*, 1955, II, p. 117.

¹³¹ In questo senso, si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 68 del 1964 e n. 419 del 1994.

¹³² Cfr. sentt. n. 11 del 1956; n. 68 del 1964; n. 419 del 1994.

¹³³ In questa direzione: sent. n. 45/1960 (in cui la Corte ha affermato che quando il luogo è irrilevante, la coercizione tocca la libertà personale mentre, quando un obbligo non coercibile è correlato a parametri spaziali precisi e determinati, allora viene in gioco la sola libertà di circolazione e non anche la libertà personale); sent. n. 384/1987 (in cui la Corte, in riferimento al rimpatrio con foglio di via obbligatorio, ha fatto ricorso al carattere coercitivo dei provvedimenti); sent. n. 105/2001; sent. n. 228/2007 (anche qui, in riferimento all'espulsione dello straniero con intimazione di allontanamento, la Consulta ha basato la sua decisione sul criterio del carattere coercitivo dei provvedimenti). Suddivisione condivisa anche da parte della dottrina che, nel ritenere che l'art. 13 tuteli la libertà da coercizioni fisiche, ricomprende nella sfera di operatività dell'art. 16 tutte le misure di carattere obbligatorio che incidono sulla possibilità per il singolo di muoversi (cfr. A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit.).

¹³⁴ Così, A. CERRI, *Libertà personale, II Dir. cost.*, cit., p. 6.

vengono sempre distinte¹³⁵, optano per il primo dei due indirizzi summenzionati ma non ne condividono le tesi volte a giustificare il corpo normativo delle misure di prevenzione¹³⁶. Misure che, se inizialmente incidevano sulla sfera di libertà di circolazione e di soggiorno, con il consolidarsi del paradigma emergenziale ed il conseguente succedersi di leggi che hanno irrobustito sensibilmente il carattere sanzionatorio di tali misure aumentandone anche i potenziali destinatari, rischiano di eccedere i confini stabiliti dall'art. 16. Ne consegue che «la minore tutela offerta dall'art. 16 Cost. rispetto a quanto previsto negli artt. 13, 25 e 27 non può essere adottata a giustificazione di un intero corpo normativo, di cui semmai può giungere a legittimare solo i profili, ormai recessivi, incidenti davvero sulla libertà di circolazione e soggiorno»¹³⁷.

3.1. Segue b): le problematiche interpretazioni della locuzione “in via generale” e del limite della sanità e della sicurezza

Occorre ora soffermarsi sulle problematiche inerenti i “motivi di sanità e di sicurezza” che, ex art. 16 Cost., legittimano le limitazioni alla libertà di circolazione e sulla controversa interpretazione della locuzione “in via generale”, questioni oggetto di dibattiti dottrinali e di varie declinazioni legislative che hanno modificato l'ambito di operatività dell'articolo in esame determinandone evoluzioni particolarmente utili nell'indicare la direzione e la dimensione odierna dell'ordine pubblico.

L'espressione “(...) salvo le limitazioni che la legge stabilisce *in via generale* (...)” ha alimentato incertezze e contrasti in dottrina in merito alla sua interpretazione, configurando – con il contributo di un'oscillante giurisprudenza costituzionale – in maniera poco chiara l'ambito di operatività dell'articolo in esame.

Secondo alcuni¹³⁸, con queste parole il costituente ha voluto fornire la libertà di circolazione di una solida garanzia, dal momento che con esse si intende legittimare l'adozione di provvedimenti riguardanti non singole persone, bensì aree territoriali il cui accesso sia interdetto per i motivi indicati nel testo costituzionale. In altre parole, l'espressione “in via generale” vorrebbe ribadire il divieto di leggi regionali in materia e l'introduzione di discriminazioni di gruppo o personali¹³⁹: la libertà di circolazione, secondo questa interpretazione, potrebbe essere limitata per problemi relativi alla

¹³⁵ Il riferimento è all'art. 2 del Protocollo aggiuntivo n. 4 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che assume come limiti alla libertà personale la detenzione e l'arresto e come limiti alla libertà di circolazione e soggiorno i limiti per la sicurezza pubblica, per il mantenimento dell'ordine pubblico, per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale o per la salvaguardia dei diritti e delle libertà altrui.

¹³⁶ U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, p. 81.

¹³⁷ *Ivi*, p. 82; *contra*, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 258 ss.

¹³⁸ Cfr. M. SEVERINO, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro padano*, 1950, IV, p. 106; M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e soggiorno dall'Unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. BARILE, *La Pubblica sicurezza*, cit., p. 483 ss.

¹³⁹ Cfr. U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, cit., p. 78 ss; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit.; M. GALIZIA, *op. cit.*

sicurezza o alla sanità legati non alla presenza di un soggetto specifico, ma all'ingresso di chiunque in una determinata area. In sintesi, la pericolosità per la sanità e la sicurezza deve essere imputabile non a singoli soggetti, ma alle aree rispetto alle quali si introduce la limitazione¹⁴⁰.

Teoria, quest'ultima, non solo respinta dalla Corte costituzionale¹⁴¹, ma criticata anche da quella dottrina che, pur non condividendo le conclusioni a cui giunge la Consulta nella citata sentenza, non può non evidenziare alcuni aspetti critici della citata ricostruzione¹⁴². Ad esempio, viene contestato che seguendo l'interpretazione sopra richiamata, si porrebbe il problema della collocazione costituzionale di quelle misure che limitano la libertà di movimento di un soggetto senza, però, comportare una degradazione di quest'ultimo (come, ad esempio, le misure assunte nei confronti di persone colpite da malattie infettive): se la prima teoria riconduce tali misure all'art. 13 (pretendendo anche in questo caso l'intervento del giudice in quanto misure incidenti sulla libertà personale)¹⁴³, la critica condotta dall'altro filone interpretativo sottolinea che in questo modo si allargherebbero i confini della libertà personale a tal punto da renderla «evanescente»¹⁴⁴. A ciò si aggiungerebbe, sempre secondo tale dottrina, il portato dell'ultima parte del I° comma dell'art. 16 che, nel vietare espressamente le restrizioni per motivi politici, implicitamente ammetterebbe la possibilità, in linea generale, di limiti soggettivi.

Dunque, in base a questa seconda interpretazione, la locuzione “in via generale”, pur escludendo senza dubbio le limitazioni che si basano su un giudizio morale del singolo soggetto, non si traduce in una totale esclusione di un limite operante *ratione subiecti* e nell'ammissione esclusivamente di un limite relativo alle aree territoriali¹⁴⁵. È sì illegittima ogni limitazione riferita a singoli individui, ma, qualora sussistano obiettive esigenze di sanità e sicurezza e le restrizioni siano connesse ad esigenze oggettive, svincolate da qualsiasi apprezzamento sulla personalità del destinatario, queste ultime devono essere considerate legittime¹⁴⁶.

¹⁴⁰ G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, p. 588.

¹⁴¹ Come emerge dalla sent. n. 2 del 1956 in cui la locuzione in questione è stata interpretata come una «solenne riaffermazione del principio posto nell'art. 3» e, dunque, nel senso di una necessaria applicabilità della legge alla generalità dei cittadini e non a singole categorie. Nella stessa direzione si inseriscono le sentenze n. 68 del 1964 e n. 161 del 1980 in cui si afferma che la locuzione “in via generale” deve essere interpretata non nel senso che non si possono adottare provvedimenti contro singoli o contro gruppi, ma nel senso che non si possono stabilire illegittime discriminazioni contro singoli o contro gruppi.

¹⁴² Cfr. G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 115 ss.

¹⁴³ M. GALIZIA, *op. ult. cit.*, p. 549; G. FILIPPETTA, *ivi*, p. 589, il quale fa l'esempio degli interventi personali di carattere sanitario volti a contrastare la diffusione di malattie infettive implicanti l'isolamento e che, quindi, rientrano nella sfera dell'art. 13 e dell'art. 32 Cost. In questi casi, secondo l'Autore, non possono ritenersi ammissibili provvedimenti amministrativi che rechino restrizioni individuali basate su apprezzamenti delle qualità soggettive dei destinatari, dal momento che per l'emissione di giudizi che intacchino la pari dignità sociale è sempre necessario l'intervento del giudice.

¹⁴⁴ Così G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 116.

¹⁴⁵ Si veda, fra gli altri, A. BARBERA, *Principi costituzionali della libertà personale*, cit., p. 178 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II., p. 961; A. PACE, *Libertà personale (voce)*, cit., p. 291, il quale afferma che l'articolo 16 richiede «non atti amministrativi generali» ma limiti stabiliti dalla legge «in via generale».

¹⁴⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, p. 962; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 174.

Di contro, però, il dato di fatto per cui le limitazioni possono essere stabilite in via generale per motivi di sicurezza, ha indotto alcuni¹⁴⁷ ad ammettere che le restrizioni alla libertà di circolazione possano essere determinate con provvedimenti amministrativi che, basati su valutazioni in merito alle condizioni del destinatario ed alla sua potenziale pericolosità, finiscono inevitabilmente con l'incidere sulla personalità morale di quest'ultimo. Tesi che è stata ripresa anche dalla Corte costituzionale, la quale in una sua pronuncia ha affermato che «il pericolo per la pubblica moralità (...) altro non è che un aspetto del pericolo per la sanità o per la sicurezza»¹⁴⁸.

In questa direzione si colloca, inoltre, chi (confortato da minoritaria giurisprudenza¹⁴⁹) traduce la locuzione “in via generale” in un'ipotesi di riserva di legge relativa, dal momento che vede in tale espressione la possibilità per il legislatore, dopo aver delineato le ipotesi generali in cui può essere limitata la libertà di circolazione dei cittadini, di affidare all'autorità amministrativa il compito di specificare tali ipotesi con atti normativi secondari o di atti amministrativi di carattere esecutivo¹⁵⁰.

La discrezionalità legislativa che emerge da queste interpretazioni deve comunque essere temperata dal carattere generale della legge e dal divieto di limitazioni per ragioni politiche, nel senso che il legislatore deve prescindere da valutazioni morali dei soggetti destinatari dei divieti e non deve interpretare la sicurezza pubblica come categoria estendibile alle opinioni politiche¹⁵¹. Dunque viene visto nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 16 un argine ai potenziali abusi del legislatore, nel senso che «l'astratta possibilità che la legge permetta l'emanazione di provvedimenti *ad personam* viene evitata dal “contro-limite” che vieta ogni restrizione per ragioni politiche»¹⁵².

A questo punto, però, bisogna chiedersi quali siano le limitazioni alla libertà di circolazione ammissibili. Per trovare una risposta, si devono tenere in considerazione i vincoli costituzionali della “generalità”, della “sanità” e della “sicurezza”, o meglio, si deve guardare ad una convergenza fra questi. E, se la generalità va intesa nel senso che la legge non può porre limitazioni attinenti la

¹⁴⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., p. 274. *Contra*, A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., p. 146 ss., secondo il quale una restrizione imposta ad un soggetto a causa della sua pericolosità sociale sarebbe illegittima per diretta violazione non dell'art. 16, bensì per contrasto con l'art. 13. L'. A. sostiene che è possibile considerare autonoma la libertà di circolazione rispetto alla libertà personale se si fonda il distinguo fra le due libertà sulla differenza fra la tutela immediata delle ragioni di sanità e di sicurezza e la tutela mediata che consegue ad una valutazione sulla personalità morale del soggetto. In quest'ultimo caso, il rischio sarebbe diretta conseguenza non della mera presenza di una data persona, ma dipenderebbe dall'eventualità che tale persona, mediante la commissione di un atto, mettesse a rischio la sanità e la sicurezza pubblica. In tal senso, se l'autorità di pubblica sicurezza può essere legittimata ex art. 16 ad adottare un provvedimento di isolamento per una persona affetta da malattia infettiva, non è ugualmente legittimata ad allontanare da una parte del territorio «per motivi di tutela della sicurezza o della moralità pubblica, una prostituta, né vietare al sorvegliato speciale di circolare nelle ore notturne», *ivi*, p. 182.

¹⁴⁸ Così nel *Considerato in diritto* della sent. n. 126 del 1962.

¹⁴⁹ Si vedano le sentenze n. 2 del 1956, n. 72 del 1968 e n. 68 del 1964 in cui la Corte interpreta la riserva posta dall'art. 16 come relativa ammettendo la possibilità che la norma secondaria ne specifichi il contenuto.

¹⁵⁰ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, p. 20. L'Autore continua affermando che «è quindi inesatto che le limitazioni alla libertà di circolazione e di soggiorno possano essere stabilite solo dalla legge, e deve per contro ritenersi legittima l'attribuzione, in questo campo, di poteri di ordinanza alle autorità amministrative centrali e locali, sempre che tali ordinanze siano (...) conformi ai principi dell'ordinamento giuridico». Invece, A. PACE (*Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., p. 283) ritiene che la riserva posta dall'articolo in esame sia assoluta e ammette, dunque, l'intervento del Governo o della Pubblica Amministrazione solo se meramente esecutivo dei precetti legislativi.

¹⁵¹ P. BARILE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵² Così G. DEMURO, *op. cit.*, p. 378.

personalità morale o le opinioni politiche dei soggetti, ma solo restrizioni strettamente legate ai motivi di sanità e di sicurezza, allora la garanzia dell'ammissibilità si troverebbe nella confluenza fra la non attinenza del limite a caratteristiche del soggetto e la connessione della limitazione a motivi di sanità e di sicurezza¹⁵³.

I problemi, però, sorgono proprio intorno all'individuazione del contenuto, dell'ampiezza di tali motivi, oggetto di differenti interpretazioni che hanno contribuito notevolmente all'individuazione dei nuovi confini dell'ordine pubblico e alla declinazione in senso ideale delle sue componenti.

Per quanto attiene la sanità, essa è da considerare come salute fisica e psichica dei cittadini e comprende interventi relativi all'incolumità di questi ultimi (in considerazione degli ampi confini dell'art. 32 Cost.)¹⁵⁴. La sicurezza, invece, pone questioni decisamente più problematiche.

La Corte costituzionale ha talvolta esteso la nozione della sicurezza a tutte le situazioni in cui i cittadini possono svolgere pacificamente le loro libertà costituzionalmente garantite «senza essere minacciati da offese alla propria personalità fisica o morale», venendo dunque a coincidere con «l'ordinato vivere civile»¹⁵⁵. Riecheggia in queste parole una visione ideale dell'ordine pubblico, confermata dalle ulteriori specificazioni per cui la sicurezza sarebbe minacciata da «manifestazioni di insofferenza esteriore o di ribellione ai precetti legislativi ed a legittimi ordini della pubblica amministrazione» ed anche da manifestazioni immorali, capaci di creare situazioni ambientali favorevoli allo sviluppo della delinquenza. La sicurezza verrebbe, in questo modo, a comprendere «i concetti di ordine, sicurezza pubblica e pubblica moralità»¹⁵⁶.

Non manca in dottrina, però, chi ha evidenziato il pericolo insito in una declinazione in questi termini della sicurezza, che dovrebbe essere interpretata come «incolumità fisica delle persone e non può, pena l'esposizione del diritto garantito a rilevanti rischi di svuotamento, essere intesa genericamente come ordinato vivere civile e tanto meno come ordine pubblico ideale o come pubblica moralità»¹⁵⁷.

Invece, le politiche legislative succedutesi negli anni dimostrano una sempre più evidente tendenza a ricomprendere all'interno della "sicurezza" elementi eccedenti la dimensione materiale che dovrebbe caratterizzarla ed in base alla quale quest'ultima dovrebbe coincidere con la protezione

¹⁵³ G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 119.

¹⁵⁴ In questo senso, U. DE SIERVO, *op. cit.*, p. 78; P. BARILE, *La libertà nella Costituzione*, CEDAM, 1966, p. 40.

¹⁵⁵ Sent. n. 2 del 1956 (espressione ripresa anche dall'ordinanza n. 161 del 1980).

¹⁵⁶ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione (libertà di)*, p. 20; ID., *Lezioni di diritto costituzionale, II*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 208. Critica la sentenza in questione P. BARILE (*op. ult. cit.*, p. 174), secondo il quale «una corretta decisione avrebbe dovuto cancellare dall'ordinamento il motivo della "pubblica moralità" proprio sulla base del ragionamento secondo cui o la moralità "ridonda" in sicurezza e allora rientra nel limite costituzionale; o non vi rientra, e allora non può paralizzare le libertà in esame».

¹⁵⁷ G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, p. 588.

contro avvenimenti (incidenti, calamità, problemi di “*ordre dans la rue*”¹⁵⁸) che minacciano la collettività o singoli individui.

Tendenza che si è resa evidente, ad esempio, già dal tenore della legge n. 1423 del 1956 che, ex art. 2, stabiliva la possibilità per il questore di emettere foglio di via obbligatorio per i soggetti pericolosi “per la sicurezza pubblica o *per la pubblica moralità*”¹⁵⁹ determinando, come evidenziato da una parte della dottrina¹⁶⁰, una ricomprensione all’interno dei concetti di sicurezza e di sanità dei motivi di tutela del buon costume. Si pensi, inoltre, ad alcune scelte legislative che, in contrasto con l’ultimo periodo del 1° comma dell’art. 16 (secondo cui “nessuna restrizione può essere determinata per ragioni politiche”), hanno portato, ad esempio, all’inserimento fra i soggetti sottoponibili alle misure di prevenzione dell’obbligo o del divieto di soggiorno categorie relative alla pericolosità politica (art. 18, l. n. 152 del 1975).

L’affermarsi di tali tendenze negli anni ha comportato un utilizzo “spregiudicato” della sicurezza¹⁶¹, che, da componente (inizialmente) materiale dell’ordine pubblico, diviene il grimaldello per l’introduzione di un approccio ideale nella gestione dell’ordine pubblico.

Si afferma in questo modo una nuova dimensione della sicurezza che si dimostrerà particolarmente funzionale all’interno del paradigma emergenziale affermatosi dagli anni Settanta in poi, ma i cui prodromi possono essere rintracciati, come visto, nei mutamenti nella disciplina legislativa delle misure di prevenzione, nella giurisprudenza in materia e nei relativi dibattiti in dottrina che segnano il percorso di tali disposizioni e delle relative libertà fin dall’entrata in vigore della Costituzione.

Bisogna, inoltre, considerare che l’articolo in esame con il suo oggetto va ad intersecare la linea non solo della libertà personale, ma, attraverso la disciplina sugli usi e sulla conformazione dei beni su cui fisicamente si esercita tale diritto (ad esempio la strada), interseca e condiziona anche l’esercizio di altre libertà.

Se si prende ad esempio ancora una volta la strada, bene destinato al pubblico transito, si nota come possa accadere che, in determinate circostanze, ne venga intensificato un uso differente da quello di circolazione¹⁶², proprio al fine, anzi, di impedirle o renderla disagiata (si pensi alle manifestazioni in corteo). Ne deriva una difficoltà nel bilanciamento fra contrapposte esigenze con l’eventualità di un conseguente problema di eccesso di potere. In questo senso e, in particolare, sui limiti sanciti dall’art. 16, è intervenuta la Corte costituzionale¹⁶³ affermando che i limiti rappresentati

¹⁵⁸ Per approfondimenti in ordine alla sicurezza ed alle componenti materiali e immateriali dell’ordine pubblico, si veda *supra*, cap. 1.

¹⁵⁹ Art. 2, l. n. 1423/1956 (corsivo nostro).

¹⁶⁰ C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, cit., p. 635.

¹⁶¹ Si accenna in questo modo a problematiche che verranno approfondite nel capitolo successivo.

¹⁶² Cfr. G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 121 ss.

¹⁶³ Si veda la sent. n. 12 del 1965. Era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, primo comma, del Testo Unico sulla circolazione stradale (l. n. 393/1959), in base al quale «il Prefetto, per motivi di sicurezza pubblica, per esigenza di carattere militare o per motivi di pubblico interesse, conformemente alle direttive del Ministero per i Lavori Pubblici, può sospendere

dalle esigenze di sanità e di sicurezza possono essere estesi, nella disciplina relativa all'uso delle strade e degli altri beni pubblici, fino a ricomprendere le esigenze che «attengono al buon regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti devono osservare, alle eventuali prestazioni che sono tenuti a compiere». E dunque, quando la libertà di circolazione è limitata in virtù di garantire il “buon uso” della strada, non si ha contrasto con l'art. 16, anche qualora le limitazioni imposte dovessero eccedere i limiti della sanità e della sicurezza. La Corte continua affermando: «i diritti garantiti dall'art. 16 potrebbero essere violati solo di riflesso, quando, prendendo a pretesto il raggiungimento di scopi riguardanti il buon uso della strada, l'ordinanza tendesse a raggiungere scopi non previsti dalla norma, anzi contrastanti con essa o con altre norme di grado ancora più elevato»¹⁶⁴.

In conclusione, un'ulteriore notazione sulla libertà di soggiorno, libertà complementare a quella di circolazione.

Già in Assemblea Costituente¹⁶⁵, si volle costruire tale libertà in maniera più ampia della libertà di stabilimento, quindi comprensiva della facoltà di “dimorare”, ossia della possibilità di fissare legalmente e sostanzialmente le radici in un luogo determinato: la libertà di soggiorno risulta quindi comprensiva di quest'ultima facoltà e del diritto di passare del tempo in un luogo liberamente scelto. Coinciderebbe, dunque, con il «diritto del cittadino a stabilirsi nei luoghi che preferisce»¹⁶⁶.

Sorgono diversi limiti in relazione alla libertà di soggiorno, alcuni dei quali sono posti a tutela di interessi diversi da quelli espressamente previsti dall'art. 16 (sanità e sicurezza) e che, secondo una parte della dottrina¹⁶⁷, sarebbero classificabili in tre gruppi in base ai differenti interessi pubblici tutelati ed ai diversi effetti che tali limiti producono. Un primo gruppo sarebbe quello relativo alle situazioni in cui la relazione fra l'interesse pubblico tutelato e il limite alla libertà di soggiorno è basato sul presunto pericolo per l'interesse stesso rappresentato dalla presenza di un dato soggetto nel luogo in cui gli si vieta di soggiornare. Il limite consisterebbe dunque in un obbligo o in un divieto di soggiorno. Il secondo gruppo riguarderebbe le situazioni in cui il soggetto è obbligato a soggiornare in un determinato luogo al fine di meglio concorrere alla realizzazione dell'interesse tutelato¹⁶⁸ (in

temporaneamente la circolazione di tutte o di alcune categorie di utenti sulle strade, fuori dai centri abitati». Il Pretore di Nardò evidenziava un contrasto di tale disposizione in relazione a diversi articoli della Costituzione, fra cui la libertà di circolazione in quanto l'articolo impugnato attribuiva il potere di imporre divieti alla circolazione all'autorità amministrativa senza delimitare tramite un'adeguata motivazione ed una efficace pubblicità, la discrezionalità dell'organo cui era stato attribuito tale potere. Effettivamente, la formulazione della disposizione impugnata apriva la strada al ricorso agli interessi pubblici più disparati come giustificazione di (altrettanto disparati) divieti.

¹⁶⁴ Sent. n. 12 del 1965, punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁶⁵ Si vedano le discussioni in seno alla Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, seduta del 20 settembre 1946 (consultabile on line nella sezione *Archivio storico* del sito della *Camera dei Deputati*).

¹⁶⁶ Così si espresse l'on. Tupini nella seduta antimeridiana dell'Assemblea Costituente dell'11 aprile 1947 (consultabile, anch'essa, nella sezione *Archivio storico* del sito della *Camera dei Deputati*).

¹⁶⁷ Cfr. G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 128 ss.

¹⁶⁸ Si pensi, ad esempio all'obbligo di non abbandonare il domicilio domestico in ottemperanza ai doveri di assistenza familiare (ex art. 570 c.p.).

questo caso il limite si concretizzerebbe nell'obbligo di soggiorno). Infine, il terzo gruppo comprenderebbe quelle situazioni in cui il limite investirebbe la segretezza del soggiorno.

Ai nostri fini, risulta maggiormente interessante soffermarsi sul primo gruppo summenzionato, nel quale rientrano le misure di carattere sanitario (ovvero le misure che, nell'ottica di scongiurare problemi sanitari, impediscono o impongono il soggiorno in determinate aree) e le misure relative alla categoria dei soggetti "socialmente pericolosi", ovvero, le misure di prevenzione. Come visto, non è pacifico se tali disposizioni incidano sulla libertà personale o sulla libertà di circolazione. Se la giurisprudenza costituzionale maggioritaria afferma che quando gli interessi tutelati coincidono con la sanità e la sicurezza le disposizioni in questione sono coperte dall'art. 16 – e a nulla rilevarebbe il fatto che le misure si traducano in limiti generali (essendo imposte a chiunque si trovi in determinate aree) o che si basino su giudizi di pericolosità sulla personalità di singoli soggetti –, la dottrina non è concorde nell'adesione a tale lettura.

In particolare, alcuni¹⁶⁹, facendo leva sulla necessaria giurisdizionalità delle misure di prevenzione e sottolineando anche al ricorso da parte del costituente alla locuzione "in via generale", negano che il divieto di soggiorno ed il soggiorno obbligato imposti in via preventiva ai soggetti ritenuti pericolosi possano rientrare nell'art. 16. Secondo questa dottrina, dunque, rientrerebbero nella libertà di circolazione i soli obblighi o divieti di soggiorno che sono subordinati all'operare di locuzioni generali (come "chicchessia") o che sono riferiti a possessori di requisiti determinati e non implicanti un giudizio sulla persona, quando vi siano connessioni con motivi di sanità o di sicurezza.

In conclusione, sembra condivisibile la tesi secondo la quale la libertà di movimento e di stabilimento attiene ad un momento cronologicamente successivo rispetto a quello della libertà personale, che è presupposto logico all'esercizio del diritto in esame.

Sarebbero entrambe libertà di autodeterminazione, ma quella sancita dall'art. 16 Cost. riguarderebbe, in particolare, la relazione tra individuo, autorità e territorio¹⁷⁰.

Se è innegabile una differenza nella loro disciplina ed è comprensibile una "graduazione" nelle rispettive garanzie, questo non significa disconoscere una matrice unitaria fra le libertà summenzionate o non vedere nell'art. 13 un tronco che pone la regola generale dal quale si snodano i successivi articoli. E, soprattutto, non significa condividere la tesi che, sottolineando il distinguo fra le due libertà, configura la libertà di circolazione come una libertà a garanzia ridotta e trova nell'art. 16 l'"appiglio" costituzionale per considerare legittime le misure di prevenzione (posizione, come visto, condivisa dalla Corte costituzionale). Sembrerebbe, invece, preferibile la tesi che vede nel

¹⁶⁹ Cfr. G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 129 ss.

¹⁷⁰ G. DEMURO, *op. cit.*, p. 375.

sistema delle misure di prevenzione uno strumento che investe ed incide non solo sulla libertà di circolazione, ma anche sulla libertà personale¹⁷¹

4. L'articolo 17 e la libertà di riunione

Con questo articolo viene riconosciuto il diritto di ognuno a «stare fisicamente insieme con altri»¹⁷². In questo senso, l'oggetto dell'articolo in esame assume una dimensione politica importante, dal momento che con esso si riconosce ai cittadini la possibilità di «contrapporsi, anche fisicamente, ai detentori del potere nella discussione dei problemi, nella elaborazione collettiva di proposte politiche, e soprattutto, nelle manifestazioni e nei cortei di protesta»¹⁷³.

In effetti, il diritto di riunione è spesso funzionale all'esplicamento di un altro diritto di libertà, ad esempio può essere uno strumento per l'esercizio della libertà di opinione, delle libertà politiche o di culto¹⁷⁴ ed in questo senso può essere visto come norma servente, dal momento che il diritto di riunirsi «consegue dalla intrinseca socialità degli esseri umani, la quale coinvolge ogni momento della vita quotidiana»¹⁷⁵.

L'articolo in questione tutela l'esercizio collettivo di un diritto¹⁷⁶, quello a riunirsi, che ha un'importanza fondamentale negli ordinamenti pluralistici, in quanto rappresenta uno dei mezzi con cui manifestare, condividere e comunicare collettivamente i pensieri ed è altresì lo strumento per realizzare forme di interazione fra una pluralità di individui fisicamente vicini, avendo tale libertà la peculiarità di «promanare da sfere individuali, ma di essere esercitat[a] in forma necessariamente collettiva»¹⁷⁷.

È per questo che il diritto di riunione deve essere necessariamente correlato con l'art. 2 Cost. – dovendo ritenersi la riunione una di quelle formazioni sociali tutelate da tale articolo¹⁷⁸ – ed anche con l'art. 3 Cost., dal momento che il riunirsi costituisce mezzo fondamentale per lo sviluppo della persona¹⁷⁹.

¹⁷¹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 172.

¹⁷² Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., p. 299.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1904, p. 540.

¹⁷⁵ A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 300.

¹⁷⁶ Cfr. A. PACE, *Art. 17*, in A. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1977, p. 145-146.

¹⁷⁷ R. BORRELLO, *Riunione (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, XI, 1989, p. 1404.

¹⁷⁸ A. PACE, *Art. 17*, cit., p. 145; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, cit., p. 191.

¹⁷⁹ G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, II, 1967, p. 227.

L'articolo 17 della Costituzione si distacca dalla disciplina della libertà di riunione prevista dall'omologa disposizione statutaria, anche se, nel complesso, ne viene influenzata, dato il permanere di numerose disposizioni del T.u.l.p.s.¹⁸⁰.

Lo Statuto albertino disciplinava in maniera decisamente restrittiva la libertà in esame, garantendola (ex art. 32) solo per le riunioni in luogo privato ed escludendola esplicitamente per le riunioni in luogo pubblico o aperto al pubblico dal momento che queste ultime rimanevano, ai sensi del secondo comma, “interamente soggett[e] alle leggi di polizia”. Dal 1859 al 1889 le riunioni in luogo pubblico potevano essere sciolte in qualsiasi momento per motivi di ordine pubblico; la legge crispina del 1889, poi, se da un lato introdusse l'obbligo del preavviso e la garanzia che lo scioglimento potesse essere attuato soltanto per i motivi indicati dalla legge, dall'altro, vietò gli assembramenti e introdusse il concetto aleatorio di “riunione sediziosa”, nuova causa di scioglimento delle riunioni con l'intento di colpire il dissenso politico¹⁸¹. Ne rimangono echi nell'ordinamento attuale attraverso la previsione degli artt. 654 e 655 c.p.

Durante il regime fascista, invece, vennero stabilite discipline diverse a seconda dei vari tipi di riunioni sottoponendole, ad ogni modo, tutte ad una previa autorizzazione da parte dell'autorità pubblica competente, dal momento che tale consenso veniva imposto per “l'occupazione temporanea del luogo pubblico o aperto al pubblico” e per “percorrere vie o piazze pubbliche ovvero aree pubbliche o aperte al pubblico” (artt. 20 e 22 reg. t.u.l.p.s.).

Come precedentemente osservato, con l'affermarsi dell'ordinamento costituzionale tali disposizioni del T.u.l.p.s. sulla riunione non furono modificate.

Dal dibattito in assemblea costituente relativo alla libertà in esame non si riescono a ricavare spunti di particolare interesse, dal momento che le relazioni alla I Sottocommissione degli onorevoli L. Basso e G. La Pira sui principi relativi ai rapporti civili convenivano sugli aspetti essenziali della libertà di riunione, quelli che poi, in effetti, sono confluiti nel dettato dell'art. 17 Cost¹⁸². Le uniche criticità furono quelle espresse in seno al *plenum* dell'Assemblea costituente dagli onorevoli Benedettini e Tieri¹⁸³, i quali evidenziavano i potenziali rischi di una interpretazione estensiva dei limiti della sicurezza e della incolumità pubblica, e dall'onorevole Mastino¹⁸⁴, il quale, invece, riteneva il limite eccessivamente dettagliato per essere adatto ad un testo costituzionale¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Cfr. F. GAMBINI, *Art. 17*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, CEDAM, 2008, p. 135.

¹⁸¹ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 181.

¹⁸² G. TARLI BARBIERI, *Art. 17*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, p. 385.

¹⁸³ Si vedano, rispettivamente, gli atti della seduta dell'Assemblea costituente dell'8 marzo 1947 e del 26 marzo 1947.

¹⁸⁴ Si vedano gli atti della seduta pomeridiana del 27 marzo 1947.

¹⁸⁵ È interessante osservare che il testo votato dall'Assemblea costituente riconosceva al primo comma la libertà di riunione a tutti, non solo ai cittadini; la modifica venne effettuata dal “Comitato dei 18” durante il coordinamento finale senza determinare obiezioni in Assemblea durante l'esame definitivo.

Il testo costituzionale tutela, dunque, la possibilità di stare fisicamente insieme, garantendo allo stesso tempo il diritto del singolo a riunirsi con altri individui e il diritto della formazione sociale che ne scaturisce (la riunione) ad avere una tutela costituzionale. Non si occupa di indicare quali siano le finalità della riunione, ma ne detta semplicemente le modalità di svolgimento al fine di garantirne la pacificità. In altre parole, l'attività svolta non è oggetto del diritto di riunione costituzionalmente previsto e, dunque, le riunioni non sono censurabili per il fine ma solo per le modalità di svolgimento previste in via generale dall'articolo in esame¹⁸⁶. Tale garanzia si estende a tutte le forme di aggregazione tra persone in uno stesso luogo e per un certo tempo comprendendo, quindi, anche quelle riunioni che il t.u.l.p.s. definisce “assembramenti” – cioè, riunioni casuali di persone – nonostante inizialmente questi ultimi venivano equiparati alle riunioni in luogo pubblico solo per quanto riguarda le modalità di scioglimento da parte della polizia¹⁸⁷.

Sostenendo il contrario, e cioè se non ricomprendessero le riunioni casuali all'interno della garanzia costituzionale dell'art. 17, si giungerebbe al paradosso per cui non si potrebbero svolgere riunioni in luogo pubblico se non previo accordo dei promotori con gli altri convenuti sul giorno, sull'ora, sul luogo e sull'oggetto della riunione.

Se ne deve dedurre, quindi, che l'art. 17 non tutela soltanto le riunioni civili e previamente concordate, ma tutela il *genus* “riunione”, e quindi tutte le aggregazioni fra persone fisiche in cui si sviluppino forme di interazione fra i soggetti intervenuti¹⁸⁸: assemblee, cortei¹⁸⁹, picchetti degli scioperanti, processioni.

La libertà di riunione è garantita ai cittadini (anche se, tramite legge, tale diritto può essere esteso a tutti) alla sola condizione che venga esercitata “pacificamente e senza armi”, senza la necessità dell'autorizzazione o del consenso da parte della pubblica autorità. Il secondo ed il terzo comma dell'articolo 17 Cost., infatti, parlano di semplice “preavviso” e ne prescrivono l'obbligatorietà solo per le riunioni in luogo pubblico, e non, invece, per quelle private o in luogo aperto al pubblico. L'autorizzazione è recessiva, prevale il *favor* costituzionale verso la libertà in esame. L'ultimo periodo del terzo comma, infine, stabilisce che le riunioni in luogo pubblico possono essere vietate solo per comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica.

Partendo dal primo comma, bisogna evidenziare che ciò che caratterizza la riunione è la copresenza fisica di più soggetti in uno stesso luogo, molto spesso spinti da motivi politici o

¹⁸⁶ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 182. Opinione confermata anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 24 del 1989.

¹⁸⁷ Si veda, P. BARILE, *Assembramento (voce)*, in *Enc. Dir.*, p. 405; per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, cfr. sent. n. 54 del 1961.

¹⁸⁸ R. BORRELLO, *op. cit.*, p. 1401.

¹⁸⁹ Sono da considerarsi “riunioni in movimento” secondo quanto stabilito dalla Cassazione (Cass. Pen., sez. I, 30-11-1977) e sostenuto dalla dottrina (A. BARBERA, *Principi costituzionali e libertà di corteo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, CEDAM, 1974), dal momento che l'identità del luogo rileva solo in considerazione dei soggetti riuniti, i quali devono essere semplicemente compresenti e rimangono tali sia in movimento, sia se si fermano in un determinato posto.

dall'insoddisfazione di bisogni reali tramutatasi in disagio sociale. La possibilità di uno scontro o del disordine pubblico è dunque tangibile, se non addirittura «insita nel fenomeno riunione»¹⁹⁰ ed è per questo che la disciplina della riunione viene articolata in base alla tutela dell'ordine pubblico, mutando, di conseguenza, a seconda della declinazione di tale nozione di volta in volta adottata.

La locuzione che determina il limite del diritto in esame, “pacificamente e senza armi”, è stata interpretata come una perifrasi con cui si è voluto evocare il limite dell'ordine e della sicurezza pubblica¹⁹¹, anche se, in realtà, vi è una differente sfumatura di significato fra i due termini. In effetti, l'assenza di pacificità si concretizza in un disordine in atto (e non meramente potenziale) che sia tale da determinare un turbamento dell'ordine pubblico materiale, disturbando e allarmando i terzi non partecipanti¹⁹² e generando il fondato pericolo che il suo svolgimento possa provocare danni a persone o cose¹⁹³. L'identificazione precisa del concetto di “pacificità” rimane comunque complicata da delineare e può prestarsi a varie interpretazioni, ampliando il margine di apprezzamento in capo alle autorità di pubblica sicurezza.

La presenza di armi, invece, rappresenta una causa eventuale di disordine prevista esplicitamente dalla Costituzione, data l'alta percentuale di pericolosità che la caratterizza, e deve basarsi sul sospetto di una comune volontà offensiva dei partecipanti¹⁹⁴.

Considerando il fatto che la riunione è spesso lo strumento tramite cui si esercita il diritto di manifestare il proprio pensiero, è alto il rischio che la tutela dell'ordine materiale (assenza di violenza e di comportamenti pericolosi) traccimi nel più vago ordine ideale, tutelando lo *status quo* politico-sociale.

In teoria, tale rischio non dovrebbe palesarsi, dal momento che, come sottolineato da una parte della dottrina¹⁹⁵, i requisiti della pacificità e dell'assenza di armi richiesti dall'art. 17, anche se potenzialmente possono richiamare il concetto di ordine pubblico, sono stati posti come limite alla libertà di riunione, e non alla libertà di manifestazione del pensiero.

In questo senso, l'eventuale pericolo per l'ordine pubblico prospettato nell'articolo in esame, deve dipendere esclusivamente dalla compresenza fisica di un gruppo di persone e non dall'espressione del pensiero di queste. La confusione sul punto deriva, probabilmente, dalla vigenza nel nostro ordinamento di disposizioni che, in effetti, autorizzano lo scioglimento o il divieto di una riunione considerata pericolosa per l'ordine pubblico sulla base del contenuto della manifestazione stessa e non semplicemente per le modalità di svolgimento della stessa.

¹⁹⁰ Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., p. 312.

¹⁹¹ *Ivi*, p. 313.

¹⁹² In tal senso, A. PACE, *Art. 17*, cit., p. 157 ss.; P. BARILE, *op. ult. cit.*, p. 183.

¹⁹³ M. P. C. TRIPALDI, *L'ordine pubblico come limite immanente alla libertà di riunione*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di P. Barile*, Padova, 2003, p. 827.

¹⁹⁴ A. PACE, *Art. 17*, cit., p. 160; G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*, p. 391.

¹⁹⁵ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., p. 313.

La legislazione ordinaria, nell'individuare alcune limitazioni alla modalità di svolgimento delle riunioni, le distingue in due categorie: quelle legate alle modalità di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero durante la riunione; quelle legate alla modalità di partecipazione alle riunioni. Si pensi all'articolo 654 del c.p. – con cui si sanziona “chiunque in una riunione che non sia da considerare privata (...) compie manifestazioni o emette grida sediziose” – cui si collega l'aleatoria disposizione dell'art. 20 T.u.l.p.s. in base alla quale un assembramento o una riunione pubblica o aperta al pubblico possono essere sciolti quando in essi avvengano “manifestazioni o grida sediziose o lesive del prestigio dell'autorità, o che comunque possano mettere in pericolo l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini”. O, ancora, si pensi, all'art. 655 c.p. con cui viene punito penalmente chiunque faccia parte di una radunata sediziosa di dieci o più persone.

È dubbia la legittimità costituzionale di articoli come questi che si prestano ad un ampio spettro di interpretazioni e che sono stati definiti da alcuni¹⁹⁶ come «sicuramente incostituzional[i] (...) in quanto la norma è destinata a colpire opinioni politiche».

Se con l'espressione “manifestazioni o grida sediziose” o “radunate sediziose” si intende ribadire il limite materiale dell'ordine pubblico, allora, secondo parte della dottrina¹⁹⁷, si dovrebbe specificare ulteriormente tale riferimento tramite la modifica dell'espressione in “manifestazioni capaci di turbare l'ordine pubblico”; se invece con tale locuzione si vuole tutelare l'ordine pubblico ideale, allora si rientra nella problematica questione dei c.d. reati di opinione, la cui operatività all'interno di un ordinamento democratico è quantomeno discutibile¹⁹⁸. La Corte costituzionale, però, è intervenuta sul punto e, con la sentenza n. 15 del 1973, ha affermato che «atteggiamento sedizioso penalmente rilevante è soltanto quello che implica ribellione, ostilità, eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e che risulti in concreto idoneo a produrre un evento dannoso per l'ordine pubblico»¹⁹⁹. Non manca, però, chi, nonostante la pronuncia della Corte, continua a ritenere ancora sussistenti i dubbi di costituzionalità di tali disposizioni, sottolineandone il permanere del carattere aleatorio e generico²⁰⁰.

In merito, invece, alle disposizioni relative a particolari modalità di partecipazione alle riunioni, si pensi all'art. 5 della legge n. 152 del 1975, il quale vieta l'uso di caschi protettivi e di qualsiasi altro mezzo volto a rendere difficoltoso il riconoscimento del soggetto in luogo pubblico o aperto al pubblico senza giustificato motivo. Secondo alcuni, i dubbi sulla legittimità costituzionale di tale

¹⁹⁶ P. BARILE, *op. ult. cit.*, p. 184; dubbi di costituzionalità condivisi anche da G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*, e da F. GAMBINI, *op. cit.*, p. 138.

¹⁹⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà personali*, cit., p. 314.

¹⁹⁸ Su tali problematiche ci soffermeremo nel paragrafo successivo dedicato all'art. 21.

¹⁹⁹ Sent. n. 15/1973, punto 2 del *Considerato in diritto*.

²⁰⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 181.

disposizione²⁰¹ possono essere superati se vengono ricollegati al divieto di segretezza nella lotta politica ricavabile dal testo costituzionale²⁰² e possono giustificare lo scioglimento della riunione nel caso in cui i partecipanti muniti di caschi o comunque travisati non siano isolabili o quando godano del supporto, del consenso degli altri partecipanti²⁰³. Dunque, in relazione all'ambito di operatività dell'art. 20 del T.u.l.p.s. si deve ritenere che, quando tramite l'allontanamento di determinati soggetti, facinorosi o detentori di armi, sia possibile ripristinare la pacificità di una riunione, quest'ultima non debba essere sciolta, dal momento che, se si interpreta l'art. 20 in questione alla luce dell'art. 17 Cost., si ricava che il diritto di riunione deve essere garantito a tutti nello stesso modo, promotori, organizzatori, oratori o semplici partecipanti.

Il secondo comma dell'articolo in esame pone la problematica del "preavviso", introducendo le varie differenze nella disciplina delle riunioni che, a seconda dei luoghi in cui vengono svolte, si distinguono in riunioni in luogo pubblico, in luogo aperto al pubblico e in luogo privato.

La *ratio* di tale differenziazione va individuata nella maggiore pericolosità per la sicurezza pubblica che caratterizza le riunioni in luogo pubblico rispetto alle altre, dal momento che queste ultime comportano sia il coinvolgimento anche non volontario di terze persone che può portare a disordini o a reazioni violente, sia il potenziale contrasto con altri diritti costituzionalmente protetti (come, ad esempio, la libertà di circolazione). Sulla base di tale eventualità si articola la differente disciplina delle riunioni (in luogo pubblico, in luogo aperto al pubblico o in luogo privato) e viene previsto o meno l'obbligo del preavviso o la possibilità del divieto preventivo per motivi di sicurezza e incolumità pubblica.

Più dettagliatamente, l'obbligo del preavviso alla pubblica autorità sussiste solo per le riunioni pubbliche previamente organizzate, con l'esclusione, dunque, di quelle casuali anche se in luogo pubblico dal momento che le riunioni "preavvisabili" possono essere solo quelle previamente discusse, sulla cui organizzazione e sulle cui modalità si è concordato²⁰⁴; risulterebbe impossibile estendere tale obbligatorietà alle riunioni casuali, che, in quanto tali, non sono state previamente concertate. Dunque, il preavviso, in maniera conforme alla *ratio* generale sopra delineata, è necessario per le riunioni in luogo pubblico e, segnatamente, per quelle riunioni o marce con un numero di partecipanti tale da poter pregiudicare potenzialmente i diritti dei terzi e costituire, quindi, un allarme per l'ordine pubblico.

²⁰¹ Sollevati ad esempio da U. ALLEGRETTI, *Legge sull'ordine pubblico e libertà costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1976, p. 495 ss.

²⁰² A. PACE, *Problematica delle libertà personali. Parte speciale*, cit., p. 316.

²⁰³ R. BORRELLO, *Riunione (libertà di)*, cit., p. 1425.

²⁰⁴ Cfr. A. PACE, *Art. 17*, cit., p. 150.

Occorre, inoltre, precisare che, come sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁰⁵, il preavviso non costituisce una condizione di esistenza delle riunioni, né una condizione di legittimità delle stesse, dal momento che le uniche condizioni di legittimità sono quelle previste dall'art. 17, I co., cioè l'onere di riunirsi "pacificamente e senza armi". Tale dottrina evidenzia, inoltre, la contraddizione che emergerebbe se «il diritto di riunirsi, spettante a tutti i partecipanti alla riunione, fosse condizionato dal mancato adempimento di un obbligo (quello, appunto di comunicare il preavviso all'autorità di polizia) gravante sui soli promotori»²⁰⁶. Pertanto, il questore potrà impedire lo svolgimento di una riunione non più per omesso avviso, ma solo nei casi di cui all'art. 20 T.u.l.p.s., confermando che la causa del divieto si trova solo nel pericolo per la sicurezza e l'incolumità pubblica, ex art. 17, comma 3.

Alle riunioni in luogo non aperto al pubblico si applica, infatti, anche la garanzia della libertà domiciliare e, dunque, lo scioglimento di queste ultime non può mai essere determinato da un provvedimento ad hoc dell'autorità pubblica, ma può essere solo la conseguenza indiretta di una ispezione, di una perquisizione, di un sequestro, o, in generale, della commissione di un reato. A differenza delle altre tipologie di riunione che, come visto, possono essere sciolte con la forza da parte della pubblica autorità (o anche vietate preventivamente) qualora si rivelino armate o non pacifiche o qualora si riscontrino fatti potenzialmente idonei a "mettere in pericolo l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica" (artt. 20 e 24 del t.u.l.p.s.).

Ulteriori motivi di impedimento delle riunioni pubbliche o aperte al pubblico sono quelli stabiliti dall'art. 18, IV co., del T.u.l.p.s., con il quale si prevede la possibilità per il questore di impedire lo svolgersi di una riunione per omesso avviso o per ragioni di moralità o di sanità pubblica. Si deve anzitutto obiettare che, non essendo il preavviso una condizione di legittimità, la sua omissione non può tradursi in una causa che rende la riunione automaticamente illecita. Pur ammettendo la contraddittorietà di tale disposizione con il secondo comma dell'art. 17 Cost., vi è chi²⁰⁷ la ritiene costituzionalmente legittima, leggendo nell'omissione di avviso un elemento da cui si può comunque desumere la potenziale pericolosità per l'ordine pubblico della riunione in questione.

Si tratta di una presunzione che, nonostante le contrarie intenzioni dell'autore, potrebbe facilitare ulteriormente l'avanzare della dimensione ideale dell'ordine pubblico. In effetti, dal momento che il contenuto dell'avviso deve indicare giorno, luogo, ora, oggetto della riunione e generalità dei designati ad intervenire, sembra che si assista alla costrizione dell'esercizio delle libertà entro limiti

²⁰⁵ Si vedano, tra gli altri, G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., p. 220; R. BORRELLO, *op. cit.*, p. 1415; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 183. Per quanto riguarda la giurisprudenza, invece, cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 90 del 1970 e n. 11 del 1979.

²⁰⁶ Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., p. 305.

²⁰⁷ *Ivi*, p. 317.

non più meramente materiali, ma rispondenti ad uno schema “concordato” o, meglio, concesso²⁰⁸, che sembra favorire un controllo a fini politici della riunione indetta²⁰⁹ e si traduce in una sensibile riduzione della forza e, quindi, del ruolo delle libertà come argine del potere²¹⁰.

Gli altri due limiti della moralità e della sanità, rilevanti sia per le riunioni pubbliche, sia per quelle aperte al pubblico, sono ritenuti dalla maggioranza della dottrina rispondenti al dettato costituzionale a patto di una loro reinterpretazione²¹¹. In particolare, le ragioni di “moralità” devono essere volte ad impedire quelle manifestazioni che, con ogni probabilità, intendono violare il buon costume e che, ex art. 21, co. 6 Cost., giustificano l’intervento della legge; le ragioni di sanità pubblica, invece, devono essere collegate alla tutela del diritto costituzionalmente garantito alla salute, diritto dell’individuo ed interesse della collettività, ed in questo senso consentono interventi di tipo successivo e preventivo sia in relazione alla modalità di svolgimento delle riunioni, sia per ragioni relative alla stabilità o alla sicurezza dei luoghi²¹².

Si deve comunque evidenziare il carattere problematico di tali disposizioni dovuto ad un forte rischio di apertura verso una dimensione ideale dell’ordine pubblico. Rischio che sembra acuirsi in seguito al tenore di alcune pronunce della Corte costituzionale, come ad esempio, quello della sent. n. 237 del 1975, in cui la Consulta ammette limitazioni anche per esigenze di prevenzione e di sicurezza sociale e di giustizia. Limiti che «appaiono, nella loro genericità, assai pericolosi e quindi di dubbia ammissibilità»²¹³.

In sintesi, le riunioni non aperte al pubblico e le riunioni in luogo pubblico sono accumulate dall’assenza di un obbligo di preavviso e dal potere amministrativo di divieto (ex art. 17, co. 3), mentre le riunioni in luogo pubblico ed in luogo aperto al pubblico sono accumulate dal fatto che possono essere sottoposte legittimamente alla sorveglianza della polizia e che possono essere sciolte per motivi di sicurezza e di incolumità non necessariamente legati alla commissione di reati²¹⁴, ex art. 17, III co.

Relativamente a quest’ultimo comma dell’articolo in esame²¹⁵ si pone il problema di individuare il contenuto della sicurezza e della incolumità pubblica (soprattutto in relazione alla “pacifità” di

²⁰⁸ In tale prospettiva, è molto interessante la lettura del diritto di sciopero data da G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, 2008.

²⁰⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 1976, p. 1097.

²¹⁰ La sensazione è quella che le politiche legislative relative all’esercizio di diritti fondamentali abbiano voluto costruire, soprattutto dagli anni Settanta in poi, delle libertà “educate”, disciplinate secondo le regole di un ordine pubblico rispondente ai principi economico-politici dominanti, e, in questo senso, ad un ordine pubblico ideale. In tale ottica può essere letta la reintroduzione del reato di blocco stradale prevista nel decreto legge n. 113 del 2018 (c.d. decreto Salvini), sul quale ci soffermeremo nel prossimo capitolo.

²¹¹ A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 317.

²¹² G. TARLI BARBIERI, *Art. 17*, cit., p. 393.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 321.

²¹⁵ “Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica”.

cui al primo comma) e di specificare il portato dei “comprovati motivi” cui il testo costituzionale fa riferimento.

In merito alla prima questione, la dottrina²¹⁶ ritiene che entrambe le locuzioni si riferiscano alla tutela dell’ordine pubblico materiale e sostiene che l’ampiezza concettuale dell’avverbio “pacificamente” (co. 1) e della locuzione “sicurezza e incolumità pubblica” (co. 3) coincidano. La differenza risiederebbe nel momento in cui viene esercitato il relativo controllo da parte della pubblica autorità, dal momento che il terzo comma attribuisce a quest’ultima un potere preventivo di divieto delle riunioni in luogo pubblico, mentre il primo comma si riferisce ad un eventuale intervento successivo.

Per quanto riguarda i “comprovati motivi”, bisogna evidenziare che in tutte le riunioni, per il solo fatto della compresenza fisica di più individui, è insito un pericolo per la pubblica sicurezza; ne consegue che la locuzione in questione comporta la sussistenza di un pericolo altamente probabile e, parallelamente, l’obbligo di una motivazione dettagliata nel provvedimento di divieto con la specifica indicazione dei motivi di rischio per la sicurezza pubblica. Occorre, cioè, che il provvedimento sia motivato su dati concreti che facciano «fondatamente e ragionevolmente presumere che la riunione possa “degenerare” – o stia degenerando – in una manifestazione che metta a rischio la sicurezza o l’incolumità pubblica»²¹⁷.

In conclusione, si può affermare che la disciplina dell’articolo 17 Cost. tutela sì un diritto del singolo individuo, ma concede ampi spazi alla pubblica autorità per la tutela della pacificità, della sicurezza e della incolumità pubblica con la specifica attribuzione di poteri, tramite disposizioni legislative, ad organi amministrativi. Questo, secondo alcuni, fa sì che «la situazione giuridica soggettiva assuma la consistenza dell’interesse legittimo a fronte dell’esercizio, quand’anche illegittimo, di un “esistente” potere della pubblica autorità»²¹⁸.

5. L’Articolo 21 e la libertà di manifestazione del pensiero: il limite del buon costume

La libera circolazione delle idee è elemento essenziale per il funzionamento democratico di un ordinamento; come affermato dalla Corte costituzionale, tale libertà rappresenta la «pietra angolare dell’ordine democratico»²¹⁹. La libertà di manifestazione del pensiero viene collocata «non solo fra i

²¹⁶ A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 333.

²¹⁷ Così P. BARILE, *op. ult. cit.*, p. 185.

²¹⁸ A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 338.

²¹⁹ Sent. n. 84 del 1969, punto 5 del *Considerato in diritto*. Sulla stessa linea, la sent. n. 9 del 1965 (in cui la Corte afferma che la libertà di pensiero è «tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione una di quelle (...) che meglio caratterizzano il regime vigente dello Stato»; la sent. n. 172 del 1972 in cui la libertà di manifestazione del pensiero viene definita

valori *fondamentali* (nel senso di importanti al massimo grado) *nell'ordinamento*, ma anche tra quelli che *dell'ordinamento sono fondanti*»²²⁰.

L'articolo 21 della Costituzione garantisce la manifestazione e la diffusione del pensiero dal momento che riconosce il diritto di esprimerlo liberamente nonché quello di poter utilizzare qualsiasi mezzo per poterlo diffondere. Dunque, assieme alla libertà negativa di garanzia contro interventi repressivi da parte dei pubblici poteri, vi è anche una libertà positiva che presenta due dimensioni: una individualistica in quanto diritto della persona, necessario allo svolgimento della sua personalità; e una sociale, in quanto garanzia di partecipazione²²¹. In questo modo la libertà di manifestazione del pensiero è «destinata ad arricchire la comunità del libero e cosciente apporto del singolo e il singolo dell'integrazione culturale che ne nasce»²²², e per questo è stata anche definita «libertà funzionale», perché «garanzia di espansione sociale»²²³ tendente al buon funzionamento dell'ordine democratico che si fonda sulla partecipazione.

La *ratio* del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero è individuabile proprio nella libera circolazione di tutti i modi di pensare e di vivere²²⁴, ed è in questo senso, ovvero in senso metodologico²²⁵, che deve essere interpretato l'aggettivo “funzionale”: occorre prescindere da ogni preclusione di contenuti perché ogni pensiero costituisce «momento irrinunciabile del metodo democratico»²²⁶. Gli elementi essenziali per la vita di una democrazia sono la partecipazione ed il pluralismo²²⁷, ovvero il dissenso ed il conflitto²²⁸.

Fra le numerose questioni che l'articolo 21 Cost. pone, in questa sede lo studio si limiterà ad analizzare le problematiche relative ai limiti cui può ritenersi assoggettabile la libertà in esame e, in particolare, si soffermerà sul frequente ricorso da parte della giurisprudenza costituzionale all'ordine pubblico, sebbene quest'ultimo non sia espressamente menzionato dal testo costituzionale come limite alla libertà di pensiero.

«fondamento della democrazia»; ed ancora, la sent. n. 1 del 1981, in cui la libertà in esame viene definita «cardine del regime di democrazia».

²²⁰ Così M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, n. 4/1989, p. 606. L'autore inoltre definisce come una «corrispondenza biunivoca» il legame fra la libertà di manifestazione del pensiero e la democrazia, *ibidem*.

²²¹ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 229.

²²² P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 10.

²²³ Così C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento democratico*, Giuffrè, 1958, p. 3.

²²⁴ Cfr. M. MANETTI, A. PACE, *Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 212-213.

²²⁵ Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, p. 429.

²²⁶ Da qui si ricava la natura «privilegiata» della libertà di manifestazione del pensiero, poiché essenziale per la definizione e l'attuazione della forma democratica di governo (C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1970, p. 465).

²²⁷ Secondo quanto affermato dalla Corte nella sent. n. 199 del 1975, «uno Stato democratico (...) non solo consente la critica alle istituzioni vigenti, ma anzi da essa trae alimento per assicurare, in una libera dialettica delle idee, l'adeguamento del medesimo ai mutamenti intervenuti nella coscienza sociale».

²²⁸ Cfr. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010; C. PINELLI, *Forme di stato e forme di governo*, Napoli, 2006, p. 309, il quale afferma «una democrazia pluralista (...) ammette in linea di principio i conflitti che fondano e alimentano una società aperta».

In teoria, nel rispetto della rigidità della Costituzione, la regola per individuare i limiti alle libertà costituzionalmente tutelate dovrebbe essere quella in base alla quale si considerano limiti logici di ciascuna libertà solo quelli consustanziali allo stesso concetto di libertà, ovvero solo quelli che si ricavano dalla norma che pone la libertà²²⁹.

Secondo una parte della dottrina, proprio in considerazione del fatto che tramite la libertà di pensiero si esprime e si tutela la democrazia, la libertà in questione dovrebbe essere legittimamente limitata solo da un altro valore costituzionale. Ad ogni modo, dato il ruolo essenziale che, in un ordinamento come il nostro, il pluralismo ed il dissenso dovrebbero svolgere²³⁰, bisognerebbe essere particolarmente attenti nell'apposizione di limiti all'esercizio della libertà di cui all'art. 21 cost.

Impostazione, quest'ultima, che, però, non è stata sempre seguita dalla giurisprudenza costituzionale che, in materia di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, si rivela ondivaga ed incerta.

In effetti, la Consulta in alcune pronunce afferma che il concetto di limite è insito in quello di diritto²³¹ nell'ottica di garantire un'ordinata convivenza civile; in altre, invece, individua il fondamento di tali limiti in «precetti e principi costituzionali»²³²; in altre ancora, si appella a limiti non previsti dalla Costituzione, ma considerati egualmente «interessi costituzionalmente garantiti» come, ad esempio, «la sicurezza dello Stato, riferita alla tutela dell'esistenza, dell'integrità, della unità, dell'indipendenza, della pace e della difesa militare e civile; l'ordine pubblico, inteso nel senso di ordine legale, su cui poggia la civile convivenza; la morale»²³³. La Corte in questo modo fa assurgere l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica a beni protetti costituzionalmente e, nell'apparente rispetto della regola generale sopra accennata, pone le basi per la legittimazione di importanti limitazioni della libertà in esame per motivi che eccedono i confini (per dire il vero, molto labili) del “buon costume”, unico limite esplicitamente previsto in Costituzione.

Infatti, con l'entrata in vigore della Costituzione i concetti di ordine pubblico e pubblica moralità vengono sostituiti dalla locuzione “buon costume”, concetto, quest'ultimo, che, meno permeabile alle istanze politiche e ai valori dominanti, avrebbe dovuto essere maggiormente adatto al carattere di una democrazia pluralistica in cui la libertà di pensiero non può essere limitata da ragioni di conservazione del potere, ma solo per motivi di tutela della sopravvivenza o incolumità dei cittadini o per proteggere la sensibilità collettiva.

²²⁹ Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, p. 457.

²³⁰ Cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, p. 160, secondo il quale l'esercizio della libertà è tale «soprattutto quando è uso “antagonistico” della libertà: quando si dirige, cioè, contro l'universo dei valori costituiti, che è poi l'universo del potere».

²³¹ Cfr. sent. n. 1 del 1956.

²³² Sent. n. 9 del 1965, punto 3 del Considerato in diritto; nello stesso senso sentt. n. 18/1966, n. 11/1968 e n. 120/1968.

²³³ Si veda la sent. n. 25 del 1965. Echi di tale pronuncia si possono ritrovare nella sent. n. 65 del 1970 in cui insieme ai limiti derivanti da beni di rilievo costituzionale, si menziona «l'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema».

Ai nostri fini, risulta di particolare interesse indagare i problematici aspetti legati all'interpretazione del co. 6 dell'art. 21 della Costituzione, il quale, stabilendo che "Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume (...)", indica nel buon costume l'unico limite alla libertà di manifestazione del pensiero. Discendono da qui le difficoltà della dottrina e della giurisprudenza nel definire il contenuto di un concetto che si presta a diverse letture, dalla cui "latitudine" dipende l'esercizio di un diritto fondamentale per un ordinamento democratico e pluralista.

Nello Stato liberale il significato del limite della pubblica moralità veniva di volta in volta demandato al libero apprezzamento del giudice, che, interpretando il "sentire comune" in seno alla collettività, riempiva di contenuto il limite in questione legandolo ai *boni mores* e, dunque, declinandolo in senso ideale.

Il codice Rocco aggiunse al concetto in esame una dimensione politica comprendendo la "coscienza etica della nazione" tramite l'introduzione della categoria della "moralità pubblica" per classificare reati precedentemente ricondotti alla tutela dell'ordine²³⁴.

In Assemblea costituente si parlò, invece, di "pubblica moralità" declinandola nel senso di "protezione della gioventù"²³⁵ e, inizialmente, le si attribuì un'ampiezza tale da considerarla come limite generale alla libertà di pensiero, tale da giustificare restrizioni preventive. Solo a seguito di contestazioni contro l'indeterminatezza della locuzione "pubblica moralità", venne approvata la dizione "buon costume", su proposta dell'on. Giuseppe Codacci Pisanelli.

Tuttavia, tale concetto, prestandosi a varie interpretazioni, continua a muoversi nell'indeterminatezza e, in particolare, a oscillare fra formule ampie (con riferimenti al comune senso della morale e dell'ordine familiare) e formule limitate al solo divieto dell'osceno²³⁶ all'interno dell'ambito di discrezionalità demandato al legislatore, che deve riempire con le proprie valutazioni politiche il limite esplicitamente previsto dall'art. 21²³⁷.

Stante il carattere aleatorio di tale concetto, l'operare della giurisprudenza ha il compito di distinguere il "buon costume" di cui al co. 6 dell'art. 21 Cost., dal concetto di "pubblica moralità" di derivazione fascista e da quello di «morale collettiva tradizionale, in termini di conformismo sociale, politico e religioso»²³⁸.

²³⁴ Cfr. M. MANETTI, A. PACE, *op. cit.*, p. 204.

²³⁵ Cfr. gli interventi degli onorevoli La Pira e Basso durante il dibattito in I Sottocommissione del 26 settembre 1946.

²³⁶ Le prime, proposte dalla destra, le seconde caldeggiate dalla sinistra, come ricostruisce P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La legittimità costituzionale della censura*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, II, p. 5 ss.

²³⁷ Cfr. C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur.*, p. 8 ss.

²³⁸ M. MANETTI, A. PACE, *Art. 21*, cit., p. 209.

In ottemperanza al disegno dei Costituenti, il buon costume dovrebbe essere slegato da ogni riferimento all'ordine pubblico, inteso come clausola volta al mantenimento della pace sociale ed alla prevenzione dei reati.

Ne deriva che la liceità o meno di messaggi che possono portare all'incitamento della violenza o alla commissione di delitti deve essere valutata in relazione alla potenziale istigazione a delinquere, alla necessità di tutela della pace sociale, in considerazione della pericolosità concreta che si verrebbe a determinare e non, quindi, in base ad un'astratta protezione di qualsiasi sentimento di indignazione della collettività²³⁹.

Definiti i differenti fini cui rispondono l'ordine pubblico materiale e il buon costume, emergono due possibili contenuti di quest'ultimo concetto. Questi possono essere individuati, da un lato, in quelle regole sociali così introiettate da determinare, in caso di violazione delle stesse, reazioni di vergogna; dall'altro, nelle regole che sono caratterizzate da una particolare forza precettiva in virtù dell'educazione, delle convinzioni morali e religiose. Si tratterebbe, in sintesi, di quelle regole che, se violate, susciterebbero «reazioni di indignazione, cui il potere pubblico può conferire maggiore o minore enfasi, in accordo con i principi istituzionali di regime»²⁴⁰.

Una parte della dottrina, nel tentativo di restringere il bene tutelato dall'art. 21 Cost., co. 6 a quel *minimum* etico acquisito socialmente, cioè, ad una sorta di moralità naturale, esclude ogni riferimento alla “moralità sociale” richiamata dal codice civile, e guarda, piuttosto, alla nozione penalistica di “buon costume”, ovvero, al comune senso del pudore (art. 529 c.p.)²⁴¹. Il concetto, quindi, assume un valore storicamente contingente, oscillando in base al mutare del comune sentimento della collettività²⁴². A tale dottrina, tuttavia, non sfuggono i rischi insiti nella lettura appena riportata. In effetti, se, come precedentemente affermato, la *ratio* della libertà di manifestazione del pensiero è la libera circolazione dei modi di vivere e di pensare, l'ampia tutela della libertà in esame che ne dovrebbe derivare non può essere appiattita identificando la clausola del buon costume con il “comune sentimento del pudore sessuale”, richiamando, quindi, un'omogeneità sociale coincidente con la morale maggioritaria.

Per ovviare a tale rischio, alcuni hanno inteso il limite del buon costume come riferito alle sole manifestazioni «in perversione dei costumi»²⁴³, ritenendo necessario il requisito dell'intenzionalità o del compiacimento; altri, invece, richiamano l'attenzione sulla necessità di depurare il limite in

²³⁹ G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Giuffrè, 1988, p. 86 ss.

²⁴⁰ M. MANETTI, A. PACE, *op. cit.*, p. 212.

²⁴¹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1958, p. 41 ss.

²⁴² P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, p. 459.

²⁴³ C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, p. 42.

questione dalla finalità di controllo ideologico²⁴⁴, oppure, ancora, ne restringono la portata alla sola protezione dei bambini e degli adolescenti, dal momento che questi ultimi non possono scegliere liberamente e consapevolmente di rendersi o meno destinatari di determinati messaggi²⁴⁵.

In sintesi, si può affermare che la nozione penalistica di buon costume, pur svolgendo un ruolo di maggiore garanzia della libertà di espressione rispetto alla categoria civilistica dei *boni mores*, non è comunque riuscita ad arginare il tracimare della nozione di pudore in quella della morale sessuale e familiare traducendosi in «obbligo di conformità a determinate regole di costume»²⁴⁶.

Rischio che sembrava già emergere dalla sentenza della Corte costituzionale n. 19 del 1965, pronuncia in cui si è affermato che «il buon costume non può essere fatto coincidere (...) con la morale o con la coscienza etica, concetti che non tollerano determinazioni quantitative del genere di quelle espresse dal termine “morale media” di un popolo, “etica comune” di un gruppo e altre analoghe. La legge morale vive nella coscienza individuale e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo. Quando la legge parla di morale, vuole riferirsi alla moralità pubblica, a regole, cioè, di convivenza e di comportamento che devono essere osservate in una società civile. Non diversamente il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale (...), della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani»²⁴⁷. È stato notato che in questo passaggio la Corte, collegando la morale al buon costume, ha dilatato notevolmente tale concetto «aprendo l'ingresso a qualsiasi arbitrio in nome del più gretto conformismo sociale»²⁴⁸. Inoltre, si è evidenziato come, argomentando in questo modo, la giurisprudenza costituzionale abbia fornito interpretazioni comunque troppo generiche del buon costume dal momento che, se lo si vuole declinare in senso più ampio rispetto alla latitudine che assume nel diritto penale²⁴⁹, resta la necessità di specificare quale sia l'estensione massima di tale concetto, quali i contenuti. Al contrario, sembra permanere un ampio margine di indeterminatezza e, conseguentemente, di discrezionalità; il che ha portato una parte della dottrina a scorgere nella «tutela della personalità umana intesa nella sua globalità» la lente attraverso cui leggere il limite del buon costume²⁵⁰. Anche la Corte costituzionale con la sent. n. 293 del 2000 ha ricondotto

²⁴⁴ A. CAPACCIOLI, *Rapporti fra prevenzione e repressione in materia di spettacolo*, in AA.VV., *Problemi della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Ed. Giuffrè, Milano, 1963, p. 136 ss.

²⁴⁵ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 259 ss.

²⁴⁶ M. MANETTI, A. PACE, *op. cit.*, p. 214.

²⁴⁷ Sent. n. 19 del 1965, punto 5 del Considerato in diritto.

²⁴⁸ V. CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1965, p. 249.

²⁴⁹ La nozione penalistica di buon costume si declina come limite alle azioni in perversione dei costumi, in difesa del comune sentire della collettività, da valutare secondo «il riflesso dell'incidenza nell'evoluzione dei costumi», P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, p. 463.

²⁵⁰ E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 531 ss.

la nozione di buon costume all'art. 2 Cost. ed alle altre norme che ad esso fanno capo, collegando, dunque, tale nozione con il valore della dignità umana.

Dunque, ci si deve interrogare se sia possibile ricavare una definizione di “morale pubblica” alla luce del testo costituzionale, in particolare riferendosi ai valori morali che la caratterizzano e che fondano il patto costituzionale. In questo modo, l'art. 21, co. 6, non si riferirebbe più ad una sorta di morale sociale presupposta, ma si richiamerebbe ai valori morali posti alla base del patto costituzionale, sostituendo la sommatoria delle opinioni, dell'etica, dei valori maggiormente diffusi, con una “moralità costituzionale”.

Questo però significherebbe, in altre parole, ricondurre il buon costume ad un ordine pubblico ideale leggendo nell'art. 21 un rinvio a quei principi di regime, a quei valori la cui promozione la Costituzione pone a carico delle istituzioni pubbliche e che non dovrebbero, dunque, costituire un limite alla libertà di pensiero.

Sembra, piuttosto, che il buon costume debba attenersi alla sfera della società, intesa come grado di maturità e di tolleranza che caratterizza quest'ultima in un dato periodo storico e che i valori costituzionali debbano interagire con tale limite depurandolo da quelle opinioni palesemente in contrasto con i principi costituzionali. È il caso, ad esempio, delle espressioni sessiste o razziste che, anche qualora fossero molto diffuse o radicate nella società, non potrebbero comunque essere “coperte” dal limite del buon costume così ridisegnato²⁵¹.

La Corte costituzionale, inoltre, con la sent. n. 368 del 1992 ha rivendicato la natura di bene collettivo del buon costume negando che quest'ultimo possa essere ricondotto ad «un'esigenza di mera convivenza tra le libertà di più individui» e, allo stesso tempo, ha ricostruito l'operatività del limite del “pudore” non tanto in relazione alla «oscenità di atti o oggetti in sé considerata»²⁵², quanto in relazione alla divulgazione o meno di tali atti o di tali oggetti ad un numero indeterminato di persone.

²⁵¹ Lo stesso ragionamento dovrebbe portare ad escludere dalla tutela dell'art. 21 Cost. l'espressione del pensiero fascista. La XII disposizione finale della Costituzione sancisce espressamente il divieto di ricostituzione del partito fascista e la relativa legge di attuazione (n. 645/1952) dispone limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero neofascista proprio perché volto a perseguire finalità antidemocratiche e radicalmente in contrasto con i principi costituzionali. Questo dovrebbe comportare un'eccezione alla regola della «finalizzazione della condotta incriminata», ossia la regola per cui si pretende l'attualità dell'evento di pericolo (in specie, la ricostituzione del partito fascista) per giustificare la restrizione della libertà di pensiero; evento di cui, inoltre, non si fa menzione né nella XII disposizione né nella legge di attuazione. Da ciò dovrebbe dedursi l'intenzione di escludere l'ideologia fascista dalla tutela costituzionale delle libertà, vietando conseguentemente ogni attività neofascista, individuale o associata, anche se si manifesta tramite la diffusione del pensiero (cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 107-109; ID., *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, p. 470). Tuttavia, la Corte costituzionale si è orientata in senso opposto ed ha ricondotto l'apologia di fascismo non alla difesa elogiativa di tale ideologia, ma al concretizzarsi di una «esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista» (sent. n. 1 del 1957), pretendendo una “finalizzazione”, ossia la sussistenza di un evento di pericolo, cui non fanno riferimento né la Costituzione, né la legge di attuazione. Tale orientamento della Corte risulta confermato da diverse sentenze (ad es. sent. n. 74/1958; sent. n. 15/1973) e ha contribuito a costruire una «garanzia costituzionale della libertà di propaganda fascista» (P. BARILE, *op. ult. cit.*, p. 470)

²⁵² Sent. n. 368/1992, punto 2 del *Considerato in diritto*.

La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di buon costume è articolata, comprendendo sentenze in cui si ricorre ad un'interpretazione restrittiva del limite del buon costume ed altre in cui si fa riferimento alla morale o alla dignità personale²⁵³. In particolare, vi sono alcune pronunce della Corte che sembrano non escludere la proponibilità di una morale costituzionale. Ad esempio, la sent. n. 368 del 2000 richiama il rispetto dei contenuti morali e, in esplicito riferimento all'art. 2 Cost., delle «modalità di espressione del costume sessuale (...) indispensabili per assicurare (...) una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone»²⁵⁴. Particolarmente significativa appare la sentenza n. 293 del 1992 con la quale la Corte ha eliminato ogni riferimento al pudore dal concetto di buon costume, sostenendo che quest'ultimo attiene in generale al «rispetto della persona umana, valore che anima l'articolo 2 Cost.» e che «il comune sentimento della morale» coincide «non solo con ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che vivono nella società contemporanea»²⁵⁵. D'altronde, già in precedenti pronunce la Corte aveva scisso il buon costume dalla morale e dalla «coscienza etica, concetti che non tollerano determinazioni quantitative del genere di quelle espresse dal termine “morale media” di un popolo, “etica comune” di un gruppo» nell'intenzione di opporre alla morale pubblica risultante dalle regole sociali mediamente e comunemente rispettate, la «legge morale [che] vive nella coscienza individuale»²⁵⁶.

Si deve precisare, tuttavia, che la Corte, assumendo tale prospettiva, non nega una rispondenza fra il buon costume e la morale pubblica, ma intende semplicemente negare la conformità del parametro della “osservanza media” o del “sentire comune” ai valori costituzionali del pluralismo e del rispetto della dignità umana. In quest'ottica, si deve ricorrere ad un parametro che non si basi sulla mera sommatoria delle morali individuali ricavandone poi quella maggiormente condivisa, ma occorre dare rilevanza «all'area di intersezione tra le diverse morali diffuse nel nostro tempo»²⁵⁷. In questo modo il concetto di buon costume si conforma allo spirito della Costituzione riconoscendo una pluralità di morali, tutte ugualmente legittime purché conformi ai principi costituzionali (segnatamente, a quello del rispetto della dignità umana ex art. 2 Cost.).

²⁵³ Cfr. la sent. n. 9/1965, in cui si fa riferimento al «sentimento morale dei giovani» (punto 5 del *Considerato in diritto*); oppure si veda la sent. n. 25 del 1965, nella quale si afferma che la morale «va collegata al concetto di buon costume» (punto 6 del *Considerato in diritto*); o, ancora, si veda la sent. n. 191 del 1970 nella quale si ritiene legittimo, in relazione «alla difesa del pudore, il rinvio alla morale, al buon costume e, nominativamente, al “comune sentimento” (...) trattandosi di concetti diffusi e generalmente compresi, sebbene non suscettibili di una categorica definizione» (punto 1 del *Considerato in diritto*).

²⁵⁴ Sent. n. 368 del 1992, punto 3 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁵ Sent. n. 293 del 2000, punto 3 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁶ Sent. n. 9 del 1965, punto 5 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁷ Così M. MANETTI, A. PACE, *op. cit.*, p. 223.

In sintesi «accanto al filtro rappresentato dal pluralismo vivente nella società, il buon costume subisce pertanto il filtro delle convinzioni morali condivise dai Costituenti e poste alla base della Carta, riconfermando la dialettica che tradizionalmente lo colloca tra società e istituzioni»²⁵⁸.

5.1. I reati di opinione e l'eterno ritorno dell'ordine pubblico

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia si può dedurre che la libertà di pensiero nella prassi ha incontrato altri limiti oltre quello esplicitamente previsto del “buon costume”; limiti che sono stati individuati non solo in altri diritti, ma anche in beni, interessi o valori di natura oggettiva, ritenuti dalla Corte di rango costituzionale. Tuttavia, fra gli interessi che possono contrapporsi alla libertà di manifestazione di pensiero e limitarla, spesso sono stati indicati l'ordine pubblico²⁵⁹ e la pubblica sicurezza (nella sua accezione lata e immateriale)²⁶⁰, sorpassando, dunque, la necessità di rintracciare solo in altre norme costituzionali i limiti legittimamente applicabili alla libertà in esame²⁶¹.

In questo senso, ad una parte della dottrina è sembrata criticabile quella giurisprudenza della Corte con cui, per poter salvaguardare alcuni dei c.d. “reati di opinione”, si è fatto appello alla nozione di ordine pubblico e, specificamente, alla declinazione ampia di quest'ultimo, assimilandolo alla pacifica convivenza sociale²⁶².

È stato evidenziato²⁶³ come si possano ritrovare delle costanti nella giurisprudenza costituzionale relativa ai reati di opinione: da un lato, l'assunto del legame fra la finalità perseguita dalle norme in questione e la salvaguardia di qualsiasi tipo di regime (si sposa la tesi della “continuità” convertendo l'ordine pubblico fascista in ordine costituzionale)²⁶⁴; dall'altro, la tendenza a limitare in via interpretativa l'eccessiva ampiezza e ambiguità delle fattispecie previste dal codice penale. In quest'ottica, la Consulta ha recepito il limite dell'ordine pubblico sotto forma di ordine legale o di

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ Si vedano le sentenze nn. 120 del 1957; 19 del 1962; 25 del 1965; 87 del 1966; 199 del 1972; 15 del 1973; 210 del 1976; 138 del 1985.

²⁶⁰ Cfr. le sentenze n. 1 del 1956; 65 del 1970 e n. 25 del 1965, in cui si richiama il limite della sicurezza dello Stato, declinata come «tutela della esistenza, della integrità, dell'unità, della indipendenza, della pace e della difesa militare e civile dello Stato».

²⁶¹ Cfr. M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 611, 612; V. CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 249.

²⁶² Cfr., fra le altre, la sent. n. 120 del 1957.

²⁶³ Cfr. M. MANETTI, A. PACE, *Art. 21*, cit., p. 250.

²⁶⁴ V. sent. n. 19 del 1962, punto 4 del *Considerato in diritto* in cui, come più volte riportato, si afferma che «l'esigenza dell'ordine pubblico, per quanto altrimenti ispirata rispetto agli ordinamenti autoritari, non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi»; sent. n. 87 del 1966 (in particolare, punto 2 del *Considerato in diritto*) in cui, rileggendo l'ordine pubblico come ordine legale costituito, la Corte fa salvo il primo comma dell'art. 272 c.p. e dichiara l'incostituzionalità solo del secondo comma di tale articolo. In generale, è stato sottolineato (M. MANETTI, A. PACE, *Art. 21*, cit., p. 251) come la Corte si sia espressa con sentenze di accoglimento solo quando l'incriminazione del pensiero era evidentemente e specificatamente diretta a proteggere contenuti ideologicamente funzionali al regime fascista. Ciò si evince dall'ultima sentenza menzionata (n. 87/1966) con cui si dichiara la illegittimità del reato di propaganda antinazionale poiché tale fattispecie identifica la comunità con lo Stato autoritario; ed anche dalla sent. n. 49 del 1971 con cui viene dichiarato incostituzionale il reato di incitamento a pratiche contro la procreazione perché ispirato alla tutela della politica demografica di regime.

ordine costituzionale democratico spesso facendo riferimento a beni considerati costituzionalmente protetti come la pubblica tranquillità, il metodo democratico, il prestigio delle istituzioni, la difesa della Patria, l'ordine economico²⁶⁵.

Tuttavia, bisogna ribadire²⁶⁶ che il concetto di ordine pubblico è un concetto di natura politica dal momento che il suo fine coincide con quello perseguito dalle classi dominanti e che rispecchia grossomodo l'insieme delle condizioni sociali e politiche ritenute adeguate in base all'opinione maggioritaria di una data società in un dato momento storico²⁶⁷.

Efficacemente è stato affermato che l'ordine pubblico costituisce l'insieme dei limiti politici del diritto soggettivo²⁶⁸; ma se non si declina tale assunto in senso democratico e pluralista, si rischia di reprimere i diritti nell'ottica di una strenua e statica difesa dell'ordine vigente. Occorrerebbe, invece, ridefinire i confini, i limiti dell'ordine pubblico in modo da proteggere il dissenso – valore alla base del nostro ordinamento – e tutelare, di conseguenza, le opinioni che propugnano un cambiamento anche radicale dei valori economici, sociali, politici vigenti.

I problemi derivano dalla difficoltà di individuare e stabilire i confini dell'ordine pubblico come limite alle libertà costituzionali, e di doverlo fare nel silenzio del testo costituzionale che sul punto non fa nessun richiamo esplicito a tale clausola. Da qui, le divergenze dottrinali in materia.

Ad esempio, non manca chi, forte anche di una giurisprudenza oscillante sul punto, ritiene che l'ordine pubblico debba essere onnipresente come «vincolo delle libertà (e particolarmente in tema di manifestazione del pensiero)»²⁶⁹ o chi, affermando che i provvedimenti di polizia degradino comunque i diritti fondamentali in interessi legittimi, anche se contenuti in Costituzione, giunge a considerare implicito il limite di ordine pubblico in tema di libertà di manifestazione del pensiero²⁷⁰.

Altra dottrina ammette il solo limite dell'ordine pubblico materiale ricavandolo dal riferimento alla sicurezza pubblica contenuto nell'art. 17 (e di cui non si fa esplicita menzione nell'art. 21)²⁷¹; altri ancora ritengono legittimo l'operare della clausola dell'ordine pubblico inteso come sintesi di beni costituzionalmente protetti anche come limite della libertà di manifestazione del pensiero²⁷².

Contra, vi è chi, proprio a partire dal silenzio della Costituzione, non ritiene operante tale limite rispetto ai diritti di libertà. In particolare viene evidenziato come il Costituente, nel proclamare la

²⁶⁵ Si vedano le sentt. nn. 1/1956 e 120/1957 (per la pubblica tranquillità); la sent. n. 87/1966 (per il metodo democratico); la sent. n. 20/1974 (per il prestigio delle istituzioni); la sent. n. 16/1973 (per la difesa della Patria); ed ancora la sent. n. 87/1966 (per l'ordine economico).

²⁶⁶ Si veda *supra*, cap. I.

²⁶⁷ Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 122; Id., *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, p. 476.

²⁶⁸ A. LEVI, *Ordine giuridico e ordine pubblico*, in *Scritti minori di filosofia del diritto*, Padova, 1957, p. 235 ss.

²⁶⁹ L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nss. Dig. It.*, 1965, p. 132

²⁷⁰ Cfr. P. VIRGA, *La potestà di polizia*, cit., p. 200 ss.

²⁷¹ Cfr. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 1963, p. 111 ss.

²⁷² L. PALADIN, *op. ult. cit.*, p. 132 ss, il quale sosteneva l'esistenza del limite dell'ordine pubblico amministrativo, nel quale ricomprendeva non solo l'ordine materiale ma anche la tranquillità pubblica come prevenzione dei reati.

libertà di manifestazione del pensiero così come previsto dall'art. 21 Cost., abbia escluso che, fuori dai casi espressamente vietati, l'esercizio di tale diritto possa essere pericoloso «per la saldezza degli istituti, per la conservazione della pace sociale e per la vita della Repubblica, perché le affermazioni pericolose sarebbero state contraddette da altre che ne avrebbero posto in luce la pericolosità eliminandola»²⁷³.

D'altronde, laddove la Costituzione ha inteso effettivamente porre determinati limiti alle libertà, lo ha previsto espressamente e, dunque, «il mancato conferimento alla legge della potestà di porre limiti ad una libertà in nome dell'ordine pubblico equivale a negazione di questa possibilità. Perciò l'art. 21 (...), non prevedendo che la libertà di manifestazione del pensiero possa essere limitata in nome dell'ordine pubblico, non tanto non consente, quanto esclude che quell'ordine possa giustificare limiti a questa libertà»²⁷⁴. Ad esempio, viene evidenziato come alcuni reati di opinione tutelino (facendoli rientrare nell'ampio territorio dell'ordine pubblico) beni come «il prestigio delle istituzioni o dello Stato» che, non rappresentando interessi costituzionalmente protetti, non possono costituire limiti all'esercizio di libertà fondamentali; conseguentemente, ad esempio, le grida o le manifestazioni sediziose non potrebbero configurare un reato in un ordinamento non omogeneo come quello italiano, almeno fino a quando queste non determinino in maniera immediata il concretizzarsi di azioni violente o rivolte²⁷⁵. In altre parole, non essendo «l'azione (...) compresa "logicamente" nel concetto di libertà in esame»²⁷⁶, il rischio insito nel configurare l'ordine pubblico come limite alla libertà di manifestazione del pensiero è quello di «anticipare la tutela delle istituzioni ad un momento largamente anteriore a quello del pericolo»²⁷⁷.

Se ne trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale, dalla quale emerge come limite implicito alla libertà di manifestare il pensiero la necessità di tutelare l'ordine pubblico democratico²⁷⁸.

D'altronde, se è vero che manca in Costituzione una previsione che esplicitamente legittimi restrizioni della libertà di manifestazione del pensiero per ragioni di difesa dell'ordinamento democratico, quest'assenza nella prassi non si è tradotta in una illegittimità costituzionale delle numerose disposizioni che prevedono limitazioni alla libertà in esame. Anzi, sembra difficile controbattere a chi, partendo dalla giurisprudenza costituzionale sulla libertà di manifestazione del pensiero, ha rilevato la continuità dell'attuale ordinamento con quello previgente, evidenziando

²⁷³ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 53.

²⁷⁴ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.* 1962, p. 194.

²⁷⁵ S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 158-168.

²⁷⁶ Così P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, p. 457.

²⁷⁷ C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, p. 113.

²⁷⁸ Si veda la sent. n. 19 del 1962 dove, al punto 4 del *Considerato in diritto*, si afferma: il «regime democratico e legalitario consacrato nella Costituzione (...) rappresenta l'ordine istituzionale del regime vigente; e appunto in esso va identificato l'ordine pubblico (...) la libertà di manifestazione del pensiero (...) incontra un limite nell'esigenza di prevenire o far cessare turbamenti dell'ordine pubblico».

l'impostazione autoritaria che trapela dalla previsione di poteri preventivi in capo all'autorità amministrativa in materia di libertà di pensiero, dal momento che resistono diversi reati di opinione strutturati, nella maggior parte, su un modello di tutela «esasperatamente anticipata»²⁷⁹.

Emerge, di conseguenza, una tensione fra le esigenze del carattere pluralistico della Costituzione e la necessità di integrare la comunità nazionale sulla base della condivisione di quei principi fondamentali (dignità, libertà, eguaglianza) che, all'indomani della Seconda guerra mondiale, sono sembrati necessari per il mantenimento delle democrazie e della pace internazionale, andando a costituire, in qualche modo, un limite di ordine ideale. In teoria, tale dilemma non avrebbe ragione di porsi – dal momento che la Costituzione non impone un blocco unitario e presupposto di determinati valori comuni, ma pone un'istanza di unificazione su valori comuni all'interno dell'impianto pluralistico²⁸⁰ –; in concreto, invece, quest'ultimo problema non si è effettivamente manifestato, ma per altre ragioni: perché il legislatore (come vedremo²⁸¹) ha spesso fatto ricorso alla concezione ideale di ordine pubblico. Una prassi che non è stata arginata dalla giurisprudenza costituzionale che in alcune sue pronunce ha declinato in senso immateriale l'ordine pubblico appellandosi ad un “ordine legale naturale” o all’“ordine dello Stato costituzionale”²⁸². In questo senso «si è mantenuto in vita l'obbedienza alla legge come stadio preliminare e assorbente rispetto alla fedeltà alla Costituzione: ciò (...) ha bloccato l'evoluzione del diritto costituzionale verso un esito autenticamente pluralistico»²⁸³.

D'altronde, «gli ordinamenti politici non hanno mai rinunciato a porre argini a pensieri ritenuti, fondatamente o meno, in grado di sovvertire il sistema»: come è stato sottolineato, il paradosso kelseniano della “democrazia che non si difende” non ha mai avuto riscontro storico²⁸⁴.

Lo sfavore che emerge dal dibattito in assemblea costituente verso le restrizioni del pensiero per ragioni di ordine pubblico e di difesa dell'ordinamento costituito – che trova conferma nella lettera del testo costituzionale – dovrebbe portare, se non ad una esclusione totale, quantomeno al favore verso una interpretazione restrittiva dei casi in cui la libertà di manifestazione del pensiero può essere limitata per ragioni di ordine pubblico e di salvaguardia dell'ordinamento democratico²⁸⁵.

La Corte, nel tentativo di delineare con maggiore determinatezza i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, ha provato a qualificare l'ordine pubblico o scomponendolo nelle sue componenti materiali – comunque, come visto²⁸⁶, pericolosamente inclini a derive ideali –, come la

²⁷⁹ M. MANETTI, A. PACE, *Art. 21*, cit., p. 249.

²⁸⁰ *Ivi*, p. 232.

²⁸¹ V. *infra*, cap. IV.

²⁸² Per maggiori riferimenti, si veda *supra*, cap. I.

²⁸³ M. MANETTI, A. PACE, *op. cit.*, p. 233.

²⁸⁴ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 73.

²⁸⁵ *Ivi*, p. 74.

²⁸⁶ Si veda *supra* cap. I e, in relazione alle evoluzioni della componente “sicurezza pubblica”, si veda anche *supra*, cap. III, par. 3.1. e *infra*, cap. IV.

tranquillità, la quiete pubblica, l'ordine economico, o distinguendo l'ordine pubblico tipico degli ordinamenti autoritari da quello caratterizzante gli ordinamenti democratici e legalitari²⁸⁷. Seguendo la prima strada, com'è stato evidenziato²⁸⁸, si giunge ad elevare l'ordine pubblico al grado di "supervalore costituzionale", poiché diviene una clausola capace di prevalere sulla garanzia prevista espressamente dall'art. 21 Cost. Con la seconda, invece, si arriva al paradosso di porre l'ordine pubblico come limite generale di tutti i diritti costituzionalmente garantiti in un ordinamento democratico in cui l'ordine pubblico in quanto tale non potrebbe giustificare limiti alla libertà di manifestazione del pensiero²⁸⁹.

Le analisi di una parte della dottrina evidenziano la necessità di abbandonare la nozione ideale di ordine pubblico, decostruendola nei singoli e individuati beni di rilievo costituzionale che possono confliggere con la libertà di pensiero²⁹⁰; in altre parole, si tratta di limitare il contenuto dell'ordine pubblico a principi dedotti da interessi costituzionalmente protetti, di modo che la libertà di manifestazione del pensiero possa essere limitata solo da altri principi costituzionali con essa incompatibili.

Bisogna tuttavia osservare che la Corte non è stata rigorosa quanto avrebbe dovuto nell'individuare i beni o interessi costituzionalmente protetti e, quindi, idonei a limitare la libertà in esame. E così si è ritenuto legittimo limitare la libertà di manifestazione del pensiero per tutelare la «tranquillità pubblica»²⁹¹ o «il prestigio» del governo e delle Forze armate²⁹², ovvero per degli interessi che non sembrano immediatamente di rilievo costituzionale e che, ad ogni modo, dovrebbero essere cedevoli rispetto alla tutela della libertà di manifestazione del pensiero²⁹³. Di più. La Corte, sposando una linea interpretativa restrittiva ed autoritaria, è giunta ad identificare l'ordine pubblico con l'ordine istituzionale del regime vigente²⁹⁴; in alcune sentenze ha elevato il bene dell'ordine pubblico a «patrimonio dell'intera collettività»²⁹⁵, considerando, di conseguenza, l'ordine pubblico come un

²⁸⁷ Cfr. sent. n. 19 del 1962; sent. n. 199 del 1972; sent. n. 210 del 1976.

²⁸⁸ Cfr. G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, p. 78; v., inoltre, *supra*, cap. I.

²⁸⁹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.* 1962.

²⁹⁰ Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 37 ss.

²⁹¹ Cfr. sent. n. 120 del 1957, con cui si respinge la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 654 del c.p. affermando che: «è da escludere che con la enunciazione del diritto di libera manifestazione del pensiero la Costituzione abbia consentito attività le quali turbino la tranquillità pubblica (...). Le ipotesi in esso previste – grida e manifestazioni sediziose – (...) implicano sempre eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e pericolo per l'ordine pubblico: come tali, restano al di fuori della nozione e della concreta estrinsecazione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, con lo scritto e con ogni altro mezzo di diffusione». Pronuncia che conferma quanto già enunciato nella sent. n. 1 del 1956, con la quale si esclude che «con la enunciazione del diritto di libera manifestazione del pensiero la Costituzione abbia consentite attività le quali turbino la tranquillità pubblica, ovvero abbia sottratta alla polizia di sicurezza la funzione di prevenzione dei reati».

²⁹² Si veda la sent. n. 20 del 1974 con cui la Corte respinge la questione di costituzionalità relativa al reato di vilipendio (art. 290 c.p.) annoverando fra i beni costituzionalmente rilevanti il prestigio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze Armate data l'essenzialità dei compiti loro affidati e, dunque, considerando tali beni preminenti rispetto all'esercizio della libera manifestazione del pensiero. Questo perché, a parere della Consulta, il rischio insito nel vilipendio sarebbe quello di «indurre i destinatari della manifestazione (...) al disprezzo delle istituzioni o addirittura ad *ingiustificate disobbedienze*. Ciò con evidente e *inaccettabile turbativa dell'ordinamento politico-sociale*, quale è previsto e disciplinato dalla Costituzione vigente» (corsivo aggiunto).

²⁹³ Come sostiene G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 80.

²⁹⁴ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 127.

²⁹⁵ Cfr. sent. n. 19 del 1962, punto 4 del *Considerato in diritto*.

bene direttamente garantito dalla Costituzione e, quindi, capace di imporsi sulla libertà di manifestazione del pensiero. In questo modo, però, si arriverebbe nuovamente ad attribuire all'ordine pubblico un supervalore costituzionale, "ruolo" assolutamente nocivo per la salute di un ordinamento democratico. Il problema è che la Corte quando definisce l'ordine pubblico come un limite insuperabile alla tutela delle libertà, in quanto bene ugualmente garantito dalla Costituzione, imposta la questione in modo equivoco, dal momento che mette a confronto «entità fra loro incommensurabili ("diritti" e "beni", "limiti" e "beni") senza accorgersi che il problema si pone correttamente solo in termini di ampiezza dei diritti costituzionalmente garantiti, e quindi di limiti ai diritti, limiti che non possono ricavarsi da astratte entità, come "i beni garantiti dalla costituzione", ma da precise norme giuridiche costituzionali»²⁹⁶.

Bisogna però aggiungere che, per arginare tali derive, la Corte in alcune sue pronunce ha legato il rischio per l'ordine pubblico alla sussistenza di un pericolo concreto ed effettivo, non solo generico e presunto; che si concretizzi, cioè, in un comportamento effettivamente idoneo a istigare la commissione di delitti²⁹⁷. In generale, la Corte si riserva di valutare di volta in volta se in concreto la condotta incriminata sia sufficientemente grave da giustificare la sanzione penale e quindi la restrizione della libertà di pensiero, ricorrendo, dunque, ad un'impostazione basata sulla efficacia della manifestazione, sulla sua idoneità a istigare i destinatari alla disobbedienza. Solo in questo modo, e cioè verificando l'effettività e la concretezza del pericolo per l'ordine pubblico, la Corte può impedire la trasformazione dell'ordine pubblico da interesse costituzionalmente apprezzabile a "supervalore costituzionale"²⁹⁸.

In alcune pronunce, però, il pericolo è stata ritenuto intrinseco alla fattispecie penale descritta dalla norma, superando, quindi, la necessaria verifica sulla sua concretizzazione: è il caso delle grida e manifestazioni sediziose (art. 654 c.p.), considerate come condotte che implicano «sempre eccitazione al sovvertimento delle istituzioni»²⁹⁹; o, ancora, della propaganda sovversiva, che si ritiene essere caratterizzata dalla «finalità di suscitare reazioni violente»³⁰⁰.

C'è, poi, chi parla non di interessi costituzionali, ma di "materie privilegiate", stabilendo che in determinati ambiti, come quello religioso, artistico, scientifico e politico non sia possibile far operare limiti ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti³⁰¹.

²⁹⁶ Così P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 129; ID., *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, p. 479.

²⁹⁷ Tale giurisprudenza si richiama – come nota A. CERRI, *Ordine pubblico, II) Diritto costituzionale*, op. cit., pp. 7, 9 – alla dottrina del *clear and present danger* elaborata nei primi del '900 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 71 del 1978; 87 del 1966; 65 del 1970.

²⁹⁸ G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, p. 82. Lo stesso A. nota, però, come tale giurisprudenza sia incerta e «ondivaga» dal momento che sono numerosi i casi in cui la Corte si è limitata ad asserire la sussistenza di un presunto pericolo per l'ordine pubblico senza valutarne l'effettività e la concretezza; a tal proposito, cfr. sent. n. 120 del 1957; sent. n. 199 del 1972; sent. n. 210 del 1976.

²⁹⁹ Sent. n. 120 del 1957.

³⁰⁰ Sent. n. 87 del 1966.

³⁰¹ S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 45 ss.

Da qui alcuni sono arrivati a negare l'esistenza del limite dell'ordine pubblico in quanto tale, ritenendo legittimo, all'interno di un ordinamento democratico caratterizzato dalla circolarità del potere, l'operare del solo limite della sicurezza pubblica e della pace sociale³⁰².

Nello specifico, in merito alle problematiche relative ai reati di opinione, occorre sottolineare che l'ordine pubblico tutelato da queste fattispecie di reato non può coincidere con la declinazione ideale di tale nozione, perché ciò comporterebbe un allontanamento dai principi costituzionali in materia penale. In specie, non si risponderebbe al criterio dell'offensività ma si punirebbe in base alla mera disobbedienza al precetto prescindendo dal concretizzarsi di una reale offesa, di un danno³⁰³. Affinché possa considerarsi leso l'ordine pubblico, è necessario, dunque, che le opinioni espresse, i messaggi incriminati siano suscettibili di determinare immediatamente atti di violenza sulle persone che, quindi, devono essere fisicamente presenti (con la conseguente esclusione dei messaggi diffusi attraverso la stampa o la televisione).

Di particolare interesse sono quei casi in cui la libertà di manifestazione del pensiero si sostanzia anche nella prospettazione di un modello di azione, come l'apologia e l'istigazione. La legittimazione costituzionale di tali reati risulta, in effetti, quantomeno problematica, sia perché la Costituzione non sembra fare riferimento ad un generale potere di prevenzione dei reati, sia perché la *ratio* della fattispecie incriminatrice in questione si trova in un presunto disvalore intrinseco del messaggio istigatore, esprimendo, quindi, un limite di ordine pubblico ideale.

Occorre soffermarsi sui reati di opinione disciplinati al titolo V del libro II c.p. rubricato "Dei delitti contro l'ordine pubblico" e chiedersi, conseguentemente, se si possa o meno vietare la manifestazione del pensiero perché contenente un'esortazione ad agire.

L'apologia è la difesa di una persona o di un pensiero perseguita sostenendo tesi generalmente contrarie all'opinione maggioritaria, mentre l'istigazione è volta al fine di convincere il destinatario a commettere fatti illeciti, essendo diretta all'intelletto ed insieme alla volontà (artt. 414 e 266 c.p.)³⁰⁴.

La maggioranza degli Autori è concorde nel riconoscere l'idoneità lesiva del pensiero in quanto tale³⁰⁵, seppure a determinate condizioni che, a seconda dei punti di vista, vengono individuate o nella sola istigazione³⁰⁶, o anche nell'apologia³⁰⁷. Solo alcuni evidenziano il rischio insito nel colpire il

³⁰² A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 1963, p. 111 ss; ID., *Problematica delle libertà personali. Parte speciale*, cit., p. 417, in cui l'A. afferma che «nel nostro ordinamento (...) persiste un'ambiguità di fondo tra la proclamata ampia garanzia della libertà di manifestazione del pensiero e la persistente possibilità (...) di reprimere il dissenso politico o sociale nei casi nei quali esso venga manifestato esaltando la commissione di dati reati».

³⁰³ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, p. 86 ss.

³⁰⁴ P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, p. 471.

³⁰⁵ *Contra*, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., il quale esclude categoricamente la punibilità dell'istigazione, ritenendo che questa fattispecie venga assorbita da quella del concorso nel reato.

³⁰⁶ S FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, cit., p. 145 ss.; A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1183 ss.

³⁰⁷ G. BOGNETTI, *Il "pericolo" nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1441 ss.

pensiero perché potenzialmente criminogeno, ossia quello di ricorrere ad una declinazione in senso ideale del limite dell'ordine pubblico e tendono, dunque, a circoscriverne l'operatività almeno in materia politica, o nei riguardi di beni che non sono equiparabili alla libertà di manifestazione del pensiero³⁰⁸.

In merito all'operare della Corte costituzionale, invece, si può evidenziare la tendenza a mitigare la differenza fra apologia ed istigazione: in alcune pronunce, in effetti, la Consulta parifica la prima ad una sorta di istigazione indiretta considerando entrambe le fattispecie come destinate a «provocare la violazione delle leggi penali»³⁰⁹. In questa stessa direzione, la Corte ha respinto le censure contro l'art. 414 c.p. e l'art. 266 c.p., sempre sulla base dell'assunto per cui l'apologia e l'istigazione non vengono considerate come una semplice modalità di espressione del pensiero, ma come un'azione diretta all'incitamento all'azione e, quindi, esorbitante i confini dell'art. 21 Cost.

In dottrina non è mancato chi, condividendo quanto sostenuto dalla Corte nel dichiarare legittimo l'art. 414 c.p. nella parte in cui incrimina l'apologia di delitto, sottolinea la differenza fra la semplice critica alla legge che incrimina e l'apologia di delitto e vi aggiunge la considerazione che chi si oppone a determinati leggi o atti, oppure all'ordine costituito, insomma gli agitatori del conflitto, i «rivoluzionari devono ammettere l'idea del rischio»³¹⁰. In questo modo, però, si sposta il punto focale della questione dal piano giuridico ad uno squisitamente politico, dimenticando il nodo essenziale del problema, ovvero l'estensione della garanzia di una libertà, quella di pensiero, che dalle intenzioni dei costituenti e dall'intero impianto costituzionale sembrerebbe essere stata concepita come sufficientemente ampia da comprendere tutte le espressioni di pensiero, anche quelle rivoluzionarie³¹¹.

Lo stridente rapporto fra i reati di opinione, i delitti contro l'ordine pubblico e l'articolo in esame è evidente: la libertà di manifestazione del pensiero è strumento essenziale per la realizzazione del dibattito e del confronto democratico e il nucleo fondamentale di tale diritto si incentra sulla «libertà di tentare di persuadere gli altri»³¹². Nella libera circolazione dei pensieri è insito lo scopo di tentare di convincere i diversi interlocutori della bontà delle proprie idee nonché della necessità di agire per realizzarle dal momento che ogni esercizio della libertà di opinione tende a creare uno «stato emozionale»³¹³ e che l'art. 21 Cost. «consentendo la “diffusione [della libertà di pensiero] con ogni mezzo”, non ha inteso discriminare tra i vari scopi cui essa può rivolgersi»³¹⁴.

³⁰⁸ Cfr. S FOIS, *op. ult. cit.*, p. 146 ss., il quale, in materia politica, ammette la punibilità solo dell'incitamento ad aggredire la forma democratica.

³⁰⁹ Sent. n. 65 del 1970.

³¹⁰ A. C. JEMOLO, *Lo Stato può difendersi*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 957.

³¹¹ Cfr. P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, p. 473.

³¹² Così A. C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972, p. 47.

³¹³ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 1087.

³¹⁴ *Ivi*, p. 1068.

Ne consegue che deve considerarsi garantita dall'art. 21 Cost. non solo quell'attività che si concretizza nella comunicazione di un «mero pensiero», ma anche l'espressione di un'idea che si traduce in incitamento all'azione, almeno fino a quando tale pensiero non spinga in maniera concreta ed immediata alla commissione di reati³¹⁵.

In effetti, il bisogno di comunicare il proprio pensiero è intrinsecamente connesso al desiderio di condividere con i destinatari le proprie idee e di convincere questi ultimi non solo della bontà delle stesse, ma anche a comportarsi coerentemente con esse³¹⁶.

Bisogna inoltre considerare che, in via di principio, la legge penale non può porre limiti se non quando trae la «propria giustificazione da un limite costituzionale espressamente previsto e prevalente sulla libertà di pensiero»³¹⁷.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia tende a respingere tali ricostruzioni e considera legittime solo la propaganda e l'apologia che non siano immediatamente o direttamente collegabile ad un'azione, arrivando a legare la liceità o meno di un pensiero all'assenza di un grado di intensità e di efficacia tale da risultare «veramente notevole»³¹⁸, parametro decisamente indeterminato.

Occorre inoltre aggiungere alle fattispecie già menzionate, i reati politici, spesso di mera opinione, come le varie tipologie di “vilipendio”, “grida e manifestazioni sediziose”, “radunata sediziosa”.

Nel reato di vilipendio (politico o religioso – artt. 290, 291, 292, 403, 404 c.p. –), l'ordine pubblico dovrebbe garantire la collettività dall'indignazione che determinati messaggi potrebbero provocare, ponendo al centro della tutela l'identità del gruppo sociale, l'armonia e l'ordine materiale che potrebbero essere turbate dall'attacco a tale identità. Ma, com'è stato efficacemente notato, non si comprende per quale motivo lo Stato democratico e pluralista dovrebbe usare la sua forza a tutela della maggioranza e non per proteggere una minoranza che, sebbene in maniera scandalosa, manifesta il proprio pensiero³¹⁹. Bisogna poi considerare che non esiste un fondamento costituzionale alla punizione di tali offese. La *ratio* di tali fattispecie può ritrovarsi solo nella «stabilizzazione del consenso verso l'autorità costituita: consenso che viene imposto direttamente, come nel vilipendio alle istituzioni, ma facendo appello alla forza emotiva di determinate credenze e tradizioni»³²⁰.

La Corte costituzionale, però, ha ritenuto ragionevole limitare le libertà per garantire la tranquillità, la quiete e l'incolumità pubblica legittimando, in questo modo, le norme che puniscono le manifestazioni sediziose ed anche le grida sediziose (art. 654 c.p.). Anche qui, il giudice

³¹⁵ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 16-18.

³¹⁶ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 229.

³¹⁷ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 256; ID., *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 79-84.

³¹⁸ Sent. n. 84 del 1969, punto 5 del *Considerato in diritto*.

³¹⁹ G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, cit., p. 109.

³²⁰ Così M. MANETTI, A. PACE, *op cit.*, p. 268.

costituzionale si è richiamato all'ordine pubblico inteso come «bene inerente al vigente sistema costituzionale» il cui mantenimento rappresenta «una finalità immanente dello stesso sistema»³²¹. Inoltre, la Consulta, successivamente, nel giudicare la legittimità costituzionale di alcuni «reati in largo senso politici», fra cui l'art. 414 c.p. (istigazione) e l'art. 305 c.p. (cospirazione), ha ritenuto corretto che questi siano puniti talvolta più severamente dei reati comuni, in quanto volti a proteggere «beni e valori essenziali alla pacifica convivenza associata e all'ordinato funzionamento del sistema costituzionale. Tali sono certamente l'esclusione di qualsiasi forma di violenza e di anacronistica cospirazione nella lotta politica, il rispetto delle leggi e la lealtà nei confronti delle istituzioni democratiche»³²².

È stato ritenuto legittimo limitare la libertà di manifestazione del pensiero quando questa si traduce in propaganda contro il sentimento nazionale violando l'ordine pubblico in generale e l'ordine economico in specie³²³; lo stesso dicasi per il reato di vilipendio delle istituzioni, legittimo in quanto volto ad incitare alla disobbedienza e alla turbativa dell'ordinamento politico-sociale³²⁴. Ma la Corte in alcune pronunce si è spinta anche oltre, ammettendo *apertis verbis* di considerare «l'ordine pubblico – inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale – (...) un *bene obiettivo*, che non è da meno della libertà di manifestazione del pensiero»³²⁵. Di più. In una successiva sentenza la Corte ha affermato che «i diritti primari e fondamentali (come il più alto, forse, quello sancito nell'art. 21 C.) debbono venire contemperati con le esigenze di una tollerabile convivenza», dichiarando esplicitamente «errata» la tesi prospettata dal giudice *a quo* secondo cui l'ordine pubblico dovrebbe cedere davanti a diritti costituzionalmente protetti³²⁶.

Non è mancato chi in dottrina, commentando la prima delle sentenze appena menzionate, ha evidenziato che, argomentando in questo modo, la Corte sembrava prospettare una lettura alternativa dell'art. 21 secondo la quale tutti avrebbero sì diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero, ma solo fino a quando l'esercizio di tale diritto non mettesse in pericolo l'ordine pubblico. Una tesi simile è «in sostanziale contrasto con i principi e con le ragioni ideali del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero ed apre le porte a danneggiarla o a conculcarla»³²⁷ dal momento che in questo modo si finirebbe con l'ammettere, paradossalmente, soltanto la propaganda inefficace.

Particolare è, invece, la vicenda del reato di oltraggio a pubblico ufficiale: la maggiore severità con cui viene punito chi compie tale reato rispetto a chi commette reato di ingiuria o di diffamazione nei confronti di privati cittadini viene dalla Corte giustificata ritenendo che la tutela penale dell'onore

³²¹ Sent. n. 15 del 1973, punto 3 del *Considerato in diritto*.

³²² Sent. n. 142 del 1973, punto 9 del *Considerato in diritto*.

³²³ Sent. n. 87 del 1966; sent. n. 84 del 1969.

³²⁴ Sent. n. 20 del 1974, punto 5 del *Considerato in diritto*.

³²⁵ Sent. n. 19 del 1962, punto 4 del *Considerato in diritto* (corsivo nostro).

³²⁶ Sent. n. 168 del 1971, punto 3 del *Considerato in diritto*.

³²⁷ Così C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 196.

di un titolare di un pubblico ufficio debba essere «assorbita in quella del prestigio della pubblica amministrazione», ma, al contempo, ammette che tale fattispecie rappresenta una «espressione di una concezione autoritaria dello Stato»³²⁸. La Corte con la sent. n. 341 del 1994 rileva l'irragionevolezza di tale disparità sanzionatoria e il Parlamento, recependo tali considerazioni, nel 1999 abroga l'art. 341 del c.p. che prevedeva le ipotesi di oltraggio. Tuttavia, con la legge n. 94 del 2009 (una delle disposizioni componenti il c.d. Pacchetto sicurezza) la fattispecie di reato in questione venne reintrodotta, sull'onda della rinnovata forza del paradigma emergenziale e dell'affermarsi della deriva securitaria³²⁹.

5.1.2. Su alcune recenti vicende della libertà di manifestazione del pensiero: riflessioni conclusive

Affinché un ordinamento democratico possa difendersi dai propri “nemici” rimanendo fedele a se stesso, è necessario che nella tutela della libertà di manifestazione del pensiero tenga ben presente la distinzione fra pensiero ed azione. Un pensiero, per quanto sovversivo o antisistema, non dovrebbe mai essere impedito in un ordinamento democratico, a meno che non si tramuti in un'azione illecita.

Ed anche in tal caso, ad essere perseguita sarebbe comunque quest'ultima e non il pensiero sovversivo che pure l'ha determinata. Assistiamo, però, molto spesso alla mancanza di una puntuale verifica circa il legame fra il pensiero sovversivo e l'azione illecita: la valutazione sulla pericolosità del pensiero si ferma molto prima. Si aggancia al livello di incertezza e di insicurezza serpeggiante all'interno della società e arriva a considerare eversive le idee prescindendo da valutazioni sulle conseguenti azioni e sulla responsabilità individuale³³⁰. Si possono trovare echi di tale tendenza oltre che nella politica legislativa dell'emergenza, anche nella giurisprudenza ordinaria che appare ispirata ad un'«etica dell'obbedienza»³³¹ e che spesso, punendo anche semplici manifestazioni di critica, arriva a vietare ogni forma di dissenso e di critica dei poteri politici o economici.

In particolare, si pensi al *symbolic speech*, ossia quelle parole o rappresentazioni simboliche che evocano provocatoriamente una data situazione e che, spesso, vengono sanzionate anticipando la soglia della punibilità ben prima del manifestarsi di un pericolo concreto e attuale. Si pensi, ad esempio, al caso riguardante gli operai della FIAT di Pomigliano o a quello relativo alle opinioni espresse dall'autore Erri De Luca in merito alla TAV.

Nel primo caso, cinque operai della FIAT (oggi FCA) furono licenziati per aver inscenato il suicidio dell'a.d. Sergio Marchionne in seguito al reale suicidio di tre loro colleghi, gesto disperato

³²⁸ Sent. n. 109 del 1968. Sulla stessa linea, sent. n. 165 del 1972; sent. n. 192 del 1974.

³²⁹ Per maggiori approfondimenti in merito, si v. *infra*, capitolo IV.

³³⁰ Cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 86.

³³¹ Cfr. C. FIORE, *op. cit.*, p. 70.

causato dalle scelte di politica lavorativa dell'azienda che li esponeva da anni ad una situazione di precarietà non più da loro sostenibile. La Corte d'appello aveva ritenuto legittima la protesta ed imposto alla FCA, conseguentemente, di reintegrare nel posto di lavoro gli operai colpiti da licenziamento disciplinare considerando legittimo l'esercizio di critica manifestato dai lavoratori. La Cassazione, però, con la sent. 14527 del 2018 ha accolto il ricorso presentato dalla FCA contro la sentenza d'appello affermando che «le modalità espressive della critica manifestata dai lavoratori hanno (...) travalicato i limiti di rispetto della *democratica convivenza civile*, mediante offese gratuite, spostando una dialettica sindacale anche aspra ma riconducibile ad una fisiologica contrapposizione tra lavoratori e datori di lavoro, su un piano di non ritorno che evoca uno scenario violento e sanguinario, fine a se stesso, senza alcun interesse al confronto con la controparte, annichilita nella propria dignità di contraddittore». La Cassazione ha fatto ricorso al concetto di "continenza" sostenendo che la protesta in questione avrebbe esorbitato «i limiti della continenza formale attribuendo all'amministratore delegato qualità riprovevoli e moralmente disonorevoli (...) travalicando, dunque, il limite della tutela della persona umana richiesto dall'art. 2 della Costituzione». I giudici specificavano, poi, che l'esorbitanza dai limiti della continenza aveva determinato la carenza di quel «*minimo canone etico*» che deve essere alla base del rapporto fiduciario fra lavoratori e datore di lavoro, e che coincide con «*quei doveri fondamentali che si concretano in obblighi di condotta per il rispetto dei canoni dell'ordinaria convivenza civile*»³³².

In sintesi, nel bilanciamento fra la libertà di manifestazione del pensiero e l'esercizio dell'attività economica aziendale (di cui i licenziamenti sono espressione) è stato considerato prevalente il secondo sulla base di un pericolo per la "democratica convivenza civile" che le cruente modalità di protesta scelte dagli operai avrebbe causato³³³.

Nel secondo caso, invece, l'autore Erri De Luca è stato processato per alcune dichiarazioni rilasciate al sito web *Huffington Post* in cui sosteneva il sabotaggio del cantiere della Tav, il treno alta velocità fra Torino e Lione, attuato tramite il taglio delle reti di recinzione del cantiere. Simili affermazioni hanno determinato la sua incriminazione per avere «con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, pubblicamente istigato a commettere più delitti e contravvenzioni ai danni della società L.T.F. s.a.s. e del cantiere TAV LTF in località la Maddalena di Chiomonte», quindi per i reati di cui agli artt. 81 cpv., 414, co. 1, nn. 1), 2), e co. 2, c.p. Dall'accusa vengono inoltre citati fra i delitti e le contravvenzioni oggetto di istigazione l'art. 635, co.2 c.p. (danneggiamento aggravato) e l'art. 19, co. 2, della l. n. 183 del 2011 (sulle aree di interesse strategico nazionale), in relazione all'art. 682 c.p. (ingresso arbitrario in luoghi in cui l'accesso è vietato

³³² Cass. sez. Lavoro, sent. n. 14527 del 2018, consultabile sul sito della Corte di Cassazione (corsivo aggiunto).

³³³ Cfr. M. VILLONE, *Una brutta sentenza contro gli operai FCA*, in *Libertàegustizia.it*, 21 luglio 2018.

nell'interesse militare dello Stato)³³⁴. Anche ammettendo che ci sia un collegamento diretto fra le parole dell'autore e le azioni portate avanti dai manifestanti NoTav, bisogna sottolineare che il taglio delle reti è un atto simbolico volto ad esprimere con forza la contrarietà ad un'opera considerata inutile e dannosa e la cui realizzazione è stata percepita dagli abitanti della Val Susa come imposta *manu militari*.

Nel bilanciamento, dunque, venivano in rilievo la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della proprietà privata, tramite la declinazione dell'ordine pubblico come clausola volta alla tutela delle aree di interesse strategico dello Stato. Categoria, quest'ultima, dai confini assolutamente aleatori, particolarmente incline a "prestare il fianco" ad interessi economici non solo dello Stato, ma anche di grandi società multinazionali sufficientemente forti da imporsi sui fragili equilibri finanziari statali.

Il sabotaggio del cantiere Tav è un'azione volta a violare simbolicamente il divieto di accesso; è un mezzo per esprimere il dissenso verso una scelta politica non condivisa e può quindi essere letto come modalità di partecipazione al processo democratico, a maggior ragione se, come evidenziato dal riferimento fatto da De Luca a tavoli di governo e a tentativi di mediazione falliti, quest'azione residua come l'unica strada per esprimere il proprio pensiero e la propria rivendicazione politica³³⁵.

In altre parole, quando le azioni costituiscono espressione del pensiero ai sensi dell'art. 21 Cost., allora dovrebbe essere la «costituzionalità delle norme penali adottate con legge ordinaria [ad] essere valutata in riferimento al precetto costituzionale sulla libertà di manifestazione del pensiero e non viceversa»³³⁶. Questo ragionamento tanto più dovrebbe valere quando, come nel caso De Luca, oggetto dell'incriminazione non sia l'atto simbolico, ma le parole che lo avrebbero indotto o sostenuto.

Ulteriori problematiche sorgono in relazione al rispetto del principio di tassatività, il cui rispetto impone di considerar punibili solo quelle forme di istigazione che siano riconducibili ad una ipotesi di limitazione della libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente legittima: in presenza di un diritto costituzionale, le fattispecie di reato che ne limitano la tutela non possono essere

³³⁴ Nello specifico, De Luca nell'intervista in questione (rilasciata il 1 settembre 2013) sosteneva che «la Tav va sabotata. Ecco perché le cesoie servivano: sono utili a tagliare le reti (...) sono necessarie per far comprendere che la Tav è un'opera nociva ed inutile (...) hanno fallito i tavoli del governo, hanno fallito le mediazioni: il sabotaggio è l'unica alternativa (...)» (in *HuffingtonPost.it*). Si veda, inoltre, per maggiori dettagli sulla denuncia, l'imputazione e per un'attenta spiegazione delle ragioni di tale dichiarazione, E. DE LUCA, *La parola contraria*, Milano, 2015.

³³⁵ A tal proposito è stato affermato: «Se la condotta penalmente rilevante consiste in un atto simbolico (...) si può immaginare che il suo significato politico, ovvero il suo costituire esercizio della libertà di espressione, ne assorba e bilanci la portata illecita», A. ALGOSTINO, *Le parole e il dissenso. Fra libertà di manifestazione del pensiero e reato di istigazione a delinquere: note intorno al processo a Erri De Luca*, in *Giur.Cost.*, 2014, p. 4156.

³³⁶ A. PIZZORUSSO, *Tutela della libertà di manifestazione del pensiero e punizione dei reati commessi per esprimere un'opinione*, in *Foro It.*, 1968, IV, p. 146.

eterogenee e poco determinate; è necessario compiere caso per caso un bilanciamento del bene di rilievo costituzionale che può giustificare il sacrificio della libertà³³⁷.

Ed inoltre, anche prescindendo dalle ultime considerazioni, si deve sottolineare che, affinché possa ritenersi integrata la fattispecie di istigazione, è necessario dimostrare la sussistenza del nesso causale fra le parole “incriminate” e il concretizzarsi dell’azione: le prime devono essere idonee a far commettere il reato, di modo che in esse possa essere rintracciata la causa diretta dell’atto.

La Corte costituzionale lo sottolinea nella già citata sent. n. 65 del 1979, in cui, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell’art. 414 c.p. (ult. co.) in relazione all’art. 21 Cost., adotta una sentenza interpretativa di rigetto con cui salva la norma in esame ma specifica che «l’apologia punibile ai sensi dell’art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti». Nello specifico, il reato di istigazione è un reato di pericolo concreto, di conseguenza necessita per potersi configurare di elementi che concretamente indichino un recepimento da parte di terzi dell’istigazione e la conseguente attualità del pericolo che commettano il reato “suggerito”³³⁸.

Si tratta, in altre parole, della *clear and present danger doctrine* (cui si è già fatto un breve accenno precedentemente³³⁹), secondo la quale l’opinione in quanto tale dovrebbe essere considerata intangibile; in realtà, l’applicazione di tale teoria, come dimostrano i casi sopra menzionati, si è spesso discostata dall’«originaria ispirazione *liberal* per approdare a una più arcigna difesa delle ragioni dell’ordine costituito»³⁴⁰.

In effetti, nonostante l’oscillare della giurisprudenza costituzionale in materia, una costante può essere rintracciata: il pericolo di «sovertimento della legalità, inteso peraltro in senso totalmente anticipato ed astratto» secondo la declinazione dell’ordine pubblico come pace e armonia sociale³⁴¹. Anche quando si invocano beni come il prestigio delle istituzioni, la difesa della Patria o l’ordine economico, ciò che viene soppesato nel bilanciamento operato dalla Corte è il pericolo della violenza nel senso di minaccia all’ordine democratico. Pericolo che, però, sembra essere considerato «onnipresente nelle manifestazioni del pensiero, perché non riguarda la possibilità o probabilità della violenza o dell’azione illegale, ma la semplice induzione di uno stato d’animo incline alla disobbedienza»³⁴².

³³⁷ G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 298-299.

³³⁸ È inoltre da sottolineare che nel caso di Erri De Luca, l’istigazione è relativa ad una pratica da tempo messa in campo dai soggetti che le parole dell’autore avrebbero dovuto esaltare. In effetti, la pratica del sabotaggio del cantiere Tav tramite il taglio delle reti di recinzione è un tipo di azione che caratterizza il movimento NoTav fin dall’inizio della costruzione del cantiere cui si oppongono.

³³⁹ V. *supra*, par. 5.1.

³⁴⁰ Così A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Giuffrè, Milano, 1988.

³⁴¹ M. MANETTI, A. PACE, *Art. 21*, cit., p. 255.

³⁴² *Ibidem*.

In altre parole, è difficile stabilire quale sia il limite oltre il quale si rende concreto il pericolo di ledere un bene “astratto” come la pace sociale. È prevalso l’indirizzo in base al quale si considera il pensiero intrinsecamente pericoloso, ma se ne ammette la repressione penale solo quando la pericolosità sia effettivamente concretizzabile. L’applicazione di tale interpretazione alle norme di un codice penale mai completamente defascistizzato, ha portato, tuttavia, all’affermarsi di una politica di prevenzione della mera disobbedienza altamente pericolosa.

Pericolosa perché la libertà di manifestazione del pensiero è il termometro con cui misurare il buon funzionamento dello Stato democratico e l’ordinamento, di conseguenza, dovrebbe farsi garante di essa anche nei casi critici.

Il nostro ordinamento democratico e pluralista ruota intorno alla centralità data al sistema delle libertà, ai diritti individuali, alle formazioni sociali ed all’art. 2 Cost, nonché alle garanzie politiche ed alla tutela delle minoranze: dovrebbe emergere da tali constatazioni la preoccupazione di garantire il pluralismo non ostacolando in alcun modo la critica e il dissenso, anche se radicale, perché quest’ultimo è protetto da un *favor* costituzionale³⁴³.

In un ordinamento democratico bisognerebbe «escludere, in via di principio, che il pensiero rappresenti di per sé un pericolo, e (...) affidarsi ottimisticamente alla libera circolazione delle idee», ma il problema è che nei momenti in cui i conflitti sociali e politici sono diffusi e sufficientemente forti, si ripresenta la necessità per la democrazia di difendere il proprio ordine costituito. Il rischio, a questo punto, è quello di «smarrire il confine fra legalità costituzionale ed emergenza, e di legittimare una prassi legislativa profondamente legata al passato»³⁴⁴.

Se si ritiene irrinunciabile il richiamo all’ordine pubblico, probabilmente occorre riferirlo e sostanziarlo tramite il richiamo ad altri diritti costituzionalmente protetti, e non connetterlo a valori generici come il “mantenimento della pace sociale”³⁴⁵. Questo perché in una democrazia pluralista il dissenso assume un ruolo fondamentale e il principio personalista innerva il sistema dei diritti di modo che i limiti a questi ultimi siano funzionali alla salvaguardia del libero sviluppo della persona³⁴⁶.

Di conseguenza, non solo i limiti alla libertà di pensiero dovrebbero essere riconducibili a norme/valori costituzionali³⁴⁷, ma, coerentemente con la garanzia riservata dai costituenti alla libertà in esame, tali limitazioni non dovrebbero essere generiche, ma specificamente determinate.

³⁴³ G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, p. 87.

³⁴⁴ Così M. MANETTI, A. PACE, *op. cit.*, p. 243.

³⁴⁵ *Ivi*, p. 228. L’A. afferma che «le fattispecie di reato concepite in funzione dell’ordine pubblico ideale non possono essere (...) “adeguate” alla logica della Costituzione, se non mutando radicalmente l’oggetto di tutela e intervenendo contemporaneamente sulla struttura della fattispecie (...) anche la trasformazione dell’ordine pubblico ideale in ordine pubblico materiale, caldeggiata dalla dottrina, rischia di essere in molti casi puramente nominalistica».

³⁴⁶ A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 4152.

³⁴⁷ Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, cit., p. 35-36, in cui l’A. afferma che «i limiti oggettivi (...) sono quelli stabiliti esplicitamente o implicitamente dalla Costituzione (...) le limitazioni del diritto, che possono aggiungersi a quella espressa del buon costume, sono solo quelle che in via di stretta interpretazione ed applicazione delle formule possano dirsi sancite dalla carta costituzionale».

Dunque, nel bilanciamento fra tale libertà e la tutela del buon costume (e dell'ordine pubblico), bisogna tener presente che le eventuali limitazioni alla libera manifestazione del pensiero devono trovare la loro ragione nella tutela dei valori costituzionali coesenziali alla vita democratica e legati alla tutela della persona, della sua dignità e del suo sviluppo. Ne consegue che, mentre è da considerarsi legittimo limitare l'espressione del pensiero quando questo incita all'odio razziale, al genocidio etnico e religioso o si sostanzia nelle c.d. *fighting words* (che possono scatenare un immediato pericolo di violenza fisica), altrettanto non si può dire per quanto riguarda quelle manifestazioni del pensiero riguardanti le istituzioni o i poteri economico-politici costituiti, che, essendo caratterizzate da una prevalente componente di critica politica, godono della copertura costituzionale *ex art. 21 Cost*³⁴⁸.

³⁴⁸ Cfr. A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 4153.

CAPITOLO IV: Le recenti evoluzioni dell'ordine pubblico: l'emergenza e la declinazione in senso ideale della sicurezza

1. Gli anni Settanta: la violenza politica e la nascita del paradigma emergenziale

Secondo i dati forniti dal ministero dell'Interno, fra il 1969 ed il 1987 si sono avuti in Italia 14.591 atti di violenza politica: aggressioni squadriste, omicidi, attentati, stragi, tentativi di golpe. Nel 1979 gli atti eversivi sono stati 2.513, per una media di sette azioni di violenza politicamente motivate ogni ventiquattro ore¹.

Occorre sottolineare, anzitutto, come non sia affatto casuale che i rilevamenti del ministero dell'Interno comincino proprio nel 1969. Prima di questa data, infatti, vi furono solo due brevi periodi in cui gli atti di violenza in Italia avvennero con una certa continuità: mi riferisco sia agli attentati attribuibili all'estrema destra verificatisi tra la fine del 1950 e gli inizi del 1951, sia al momento di tensione sociale rappresentato dall'emanazione della c.d. legge Tambroni e le proteste del luglio 1960².

Dunque, è a partire dal 1969 che l'attentato entra «stabilmente nella vita politica italiana (...) e vi resta come una componente costante per almeno sedici anni»³.

Da questa data, la classe operaia cominciò a mobilitarsi rivendicando parità salariale e maggiori diritti per i lavoratori: era il cosiddetto "autunno caldo". Le lotte crearono consenso e si estesero in tutto il territorio nazionale, costringendo la classe politica ad avviare una fase riformatrice durante la quale verrà approvato lo Statuto dei Lavoratori (legge n. 300 del 20/5/1970), istituito il divorzio (legge n.898 del 1/12/1970), riconosciuta l'obiezione di coscienza (legge n. 772 del 15/12/1972) e proposta la riforma del Codice di procedura penale.

Ma non fu questa la sola conseguenza prodotta dal crescente peso acquisito dai lavoratori con le loro lotte e dai cambiamenti negli equilibri sociali che si stavano realizzando: si registrarono in quegli

¹ Cfr. C. SCHAEF, G. DE LUTIS, A. SILI, F. CARLUCCI, E. BELLUCCI, S. ARGENTINI, *Vent'anni di violenza politica in Italia*, Roma, Università degli studi La Sapienza, Centro stampa d'Ateneo, 1992, p. 15.

² La c.d. legge Tambroni (l. n. 1423 del 1956) prevedeva l'irrogazione di una serie di misure di prevenzione limitative della libertà nei confronti di chi fosse sospettato di mantenersi con i proventi di reati o di compiere abitualmente reati. Contro simili misure e, soprattutto, contro tutto il sistema di potere che vedeva i neofascisti (è il momento di massima compenetrazione fra MSI e DC) coprire il ruolo determinante di fiancheggiatori di quella che a molti appariva la restaurazione di una "democrazia autoritaria". Il 7 luglio 1960 si tenne a Bologna una manifestazione contro il governo Tambroni e le sue derive neofasciste: corteo che finì tragicamente. La polizia, scesa in piazza in completo assetto di guerra, sparò sulla folla per quaranta minuti ininterrottamente, uccidendo 5 operai e ferendone 21. Per un racconto dettagliato di quelle giornate del luglio 1960, cfr. C. BERMANI, *Il nemico interno*, Odradek, Roma, 2003 p. 153 ss; per un'analisi relativa al permanere di norme sostanzialmente fasciste nella disciplina della pubblica sicurezza e le conseguenze di ciò sull'effettiva garanzia dei diritti e delle libertà sanciti in Costituzione, si veda S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia - conquiste e conflitti 1861, 2011*, Donzelli, Roma, 2011.

³ Cfr. C. SCHAEF, G. DE LUTIS, A. SILI, F. CARLUCCI, E. BELLUCCI, S. ARGENTINI, *op. cit.*, p. 16.

anni numerosi episodi di violenza da parte delle forze dell'ordine che in diversi casi spararono ad altezza d'uomo durante i cortei, ferendo ed uccidendo i dimostranti.

Non ci si limitò alla “semplice” violenza. Il 12 dicembre 1969, a Piazza Fontana, veniva inaugurata la stagione delle bombe, lo “stragismo”.

Si contano otto stragi in quindici anni, e ben sei di esse nel solo arco di tempo che va dal 1969 al 1974. Ed è proprio per indicare tale periodo che si cominciò a parlare di “strategia della tensione”⁴, intendendo con tale espressione fare riferimento – come si può leggere nell’ordinanza di rinvio a giudizio per la strage di Peteano – «ad un’ipotesi di strategia di condizionamento materiale e psicologico dei processi dinamici e delle interazioni tra sistema politico e ambiente sociale, che giunge ad utilizzare persino il delitto politico e la strage». E, ancora, si sottolineava in tale ordinanza che «le stragi sono l’incarnazione stessa di questa strategia, in quanto – al pari di essa – sono dirette a seminare panico ed insicurezza collettiva con l’intento di produrre esigenze e domande di ordine, in modo tale da legittimare l’intervento normalizzatore e pacificatore di una Stato “forte” (...) Questo disegno viene concepito e gestito da centri di potere insediati nel cuore dello stato»⁵.

In tale ottica, risulta essere interessante la dichiarazione del responsabile confesso della strage di Peteano, Vincenzo Vinciguerra, il quale affermò: «il fine politico che attraverso le stragi si è tentato di raggiungere è molto chiaro: attraverso gravi provocazioni, innescare una risposta popolare di rabbia da utilizzare poi per una successiva repressione (...) il fine massimo era quello di giungere alla promulgazione di leggi eccezionali o alla dichiarazione dello stato d'emergenza. In tal modo si sarebbe realizzata quella operazione di rafforzamento del potere che di volta in volta sentiva vacillare il proprio dominio»⁶.

⁴ Le basi teoriche di questa strategia vengono solitamente fatte risalire al convegno dell’istituto Pollio, svoltosi a Roma nel 1965 e realizzato con finanziamenti dello Stato Maggiore di Difesa e del SIFAR. Dalle relazioni presentate in tale sede, appariva evidente la volontà di declinare la prevenzione come preparazione di uno strumento militare adeguato, composto da gruppi permanenti di autodifesa che non avrebbero esitato ad accettare la lotta alle condizioni meno ortodosse. In altre parole, in base a tutte le testimonianze e le dichiarazioni raccolte e le verità (ancora poche e incomplete) accertate nei tribunali, risultava emergere l’esistenza di un’organizzazione che, «definita “di sicurezza”, di fatto si pose come ostacolo rispetto a determinate modificazioni della politica interna o internazionale; ostacolo che, limitando la sovranità popolare e realizzandosi con modalità ed azioni anormali, illegali, segrete e violente conferisce carattere eversivo all’organizzazione stessa» (come risulta dal mandato di cattura contro Vito Miceli, Procedimento penale c.d. *Rosa dei venti*, Trib. Padova). Questa organizzazione, collocata all’ombra dei servizi segreti, guidava e coordinava gruppi di estrema destra, facendo leva sull’illusione di un golpe imminente, con il fine, invece, di utilizzare gli effetti “emotivi” scatenati dagli atti eversivi e incanalarli verso una stabilizzazione moderata del quadro politico. Può essere letta come una conferma del quadro descritto il fatto che, ad oggi, si possono vantare numerose conoscenze in merito al terrorismo rosso, mentre sono molto scarse le informazioni relative a quello di stampo neofascista, e quasi tutte riguardanti l’ultimo periodo, quello connotato da una svolta individualistica dei suoi militanti. Infatti, i depistaggi operati nel corso di decenni da uomini dei servizi segreti, hanno compromesso irrimediabilmente una ricostruzione completa e veritiera del fenomeno dello stragismo. Ed è evidente come lo scopo del sabotaggio delle istruttorie rientrasse nello stesso disegno politico di chi aveva promosso le stragi: prima seminare il terrore, poi ingenerare un profondo senso di impotenza e disillusione nei confronti dell’impegno politico.

⁵ Tribunale di Venezia, Ufficio Istruzione. Sentenza-ordinanza di rinvio a giudizio contro Cicuttini Carlo più 33 (c.d. Strage di Peteano), p. 411 ss.

⁶ Dichiarazioni risultanti dall’interrogatorio di Vincenzo Vinciguerra dinanzi al giudice istruttore di Bologna, 29 giugno 1984, e riportate testualmente in C. SCHAEFER, G. DE LUTTIIS, A. SILI, F. CARLUCCI, E. BELLUCCI, S. ARGENTINI, *op. cit.*, pag. 18.

In sintesi, in quegli anni in Italia si è assistito agli effetti di un progetto politico di condizionamento della democrazia, volto a manovrare le spinte di segno opposto provenienti dalla società, alterando così il meccanismo di rappresentanza, base del nostro ordinamento. E, a tal fine, ci si è serviti dell'arma della minaccia golpista, dello stragismo e dei fenomeni già esistenti di violenza politica, propiziandone l'iniziativa e proteggendone i protagonisti⁷.

Su di un piano più strettamente giuridico, si può notare come, se dal dopoguerra alla metà degli anni Settanta si tentò di intraprendere un processo (contrastato) di attuazione della Costituzione, dalla seconda metà di questo decennio, in seguito allo choc petrolifero del 1973 e con la conseguente crisi economica, avvenne un'inversione di tendenza: lo spazio dei diritti e delle libertà individuali doveva essere ulteriormente ridotto⁸ e, di conseguenza, le manifestazioni e gli atti politicamente motivati posti in essere fuori dalle dinamiche istituzionali dovevano essere ricondotti ad ipotesi penali⁹.

E così comparvero nuovamente le ordinanze prefettizie nella gestione dell'ordine pubblico, venne emanato il d.l. 11 aprile 1974 (che allungava la carcerazione preventiva) e si ritenne necessaria la promulgazione di una legge (la c.d. legge Bartolomei del 14 ottobre 1974) sui sequestri di persona.

Sono questi i passaggi che preludono alla legislazione eccezionale immediatamente successiva, e che avrà le sue tappe principali nella legge sull'ordine pubblico del 1975, nei decreti legge antiterrorismo del 1978-1979 e nella legge sui pentiti del maggio 1982.

Occorre precisare che è solo dal 1978 in poi che si può parlare di una legislazione propriamente emergenziale, volta a combattere il fenomeno terroristico. La normativa del quadriennio precedente, infatti, oltre ad essere disorganica, era stata adottata facendo riferimento, non ad atti di violenza ascrivibili al terrorismo, ma alle manifestazioni di piazza dei gruppi extra-parlamentari ed alla

⁷ *Ivi*, pag. 36

⁸ Sul piano internazionale, bisogna sottolineare l'influenza che hanno avuto sulla vita politica ed economica italiana i lavori della *Trilateral Commission*: commissione istituita nel 1973, che raggruppava esponenti del grande capitale americano, giapponese ed europeo, politici, economisti e giornalisti. Nel primo volume elaborato da questa commissione e pubblicato nel 1975, si sosteneva che la democraticità di un sistema lo renderebbe più vulnerabile alle minacce. E la prova di questo veniva indicata nell'indebolimento dei mezzi tradizionali di controllo sociale e nella delegittimazione dell'autorità politica cui si assisteva. La tesi di fondo era che il sistema politico democratico richiedesse necessariamente una certa misura di apatia e di non partecipazione da parte di alcuni individui o gruppi. Come dimostrava il passato, ogni società democratica doveva avere un gruppo marginale che non partecipasse attivamente alla lotta politica. E «questa marginalizzazione di alcuni gruppi è antidemocratica per natura, ma è anche stata uno dei fattori che hanno permesso alla democrazia di funzionare effettivamente»; ed il pericolo era quello che, estendendo a tutti il diritto di partecipare pienamente al sistema politico, si sarebbe arrivati a «sovraccaricare il sistema politico di richieste che estendono le sue funzioni ed erodono la sua autorità» (M. CROZIER, S. HUNTINGTON, Y. WATANUKI, *La crisi della democrazia*, Franco Angeli, Milano, 1977, p. 114). In conclusione, si sosteneva l'esistenza di limiti desiderabili alle indefinite estensioni della democrazia politica. Il suggerimento venne raccolto da quasi tutti i paesi capitalistici: si tentò di porre un freno all'eccesso di democrazia tramite l'irrobustimento delle legislazioni speciali, l'allargamento dei poteri di polizia, le convenzioni internazionali sulla criminalità. Altri segnali della fortuna che ha incontrato tale teoria, si possono riscontrare nel funzionamento degli apparati politici e degli apparati coercitivi di stato. Per quanto riguarda i primi, la progressiva perdita di peso del parlamento come il luogo reale delle scelte politiche, l'estensione sempre maggiore dei poteri dell'esecutivo sono elementi che sottolineano come la democraticità del sistema sia in qualche modo "schiacciata" dagli interessi economici delle classi dirigenti. Per quanto concerne gli apparati coercitivi, la tendenza in Europa è stata, ed è tuttora, quella di rafforzare questi ultimi e reprimere duramente il dissenso politico (come nota R. CANOSA, *Le libertà in Italia: i diritti civili e sociali nell'ultimo decennio*, Torino, Einaudi, 1981, p. 12 ss.).

⁹ Cfr. G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti: un'ipotesi di lettura*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 38.

criminalità dilagante. Tale precisazione si rende necessaria per sottolineare come l'opzione per una politica penale dell'ordine pubblico¹⁰ si fosse sviluppata prima che il fenomeno terroristico prendesse piede¹¹.

Nella prima metà degli anni Settanta, dunque, l'ordine pubblico era al centro dell'attenzione politica, costituendo così la base "ideologica" della futura legislazione, quella che, fra il 1978 ed il 1982, decreterà la definitiva adozione dell'emergenza come metodo di governo.

Le leggi di "emergenza"¹² incisero sensibilmente e, forse, in maniera definitiva sullo "Stato di diritto"¹³. Fu proprio in nome dell'emergenza, infatti, che vennero considerate non solo accettabili, ma necessarie, le sospensioni delle libertà sancite in Costituzione: paradigma che risultò successivamente, come vedremo, funzionale all'introduzione di nuove forme di coercizione, di controllo sociale e di prevenzione e gestione delle "devianze" e degli antagonismi.

1.1. La legge Reale e la successiva legislazione d'emergenza: consolidamento di un metodo di governo

Fin dai primi anni del Novecento, in Italia si affermò la tendenza a ridurre la politica criminale a semplice politica penale¹⁴, rinunciando quindi a muovere da basi sociologiche nell'elaborazione e nella gestione del fenomeno criminale.

La politica penale italiana si caratterizzò, poi, per il costante ricorso, nei momenti di difficoltà e di conflitto sociale, alla rapida promulgazione di leggi eccezionali.

A conferma del completo distacco fra politica penale e politica sociale, si può notare come, a partire dagli anni Cinquanta, sia stata effettuata, da parte del potere politico, un'ulteriore riduzione, passando dalla politica penale alla mera politica penale dell'ordine pubblico. Con questa espressione si intende far riferimento a quella politica volta a tutelare, non tutti gli interessi significativi di un determinato contesto sociale, ma i «gangli essenziali del potere della classe borghese (...) spesso in Italia camuffati

¹⁰ Per un approfondimento in merito alla gestione politica dell'ordine pubblico qui appena citata, si veda il paragrafo immediatamente successivo.

¹¹ Cfr. G. BASCHERINI, *op. ult. cit.* pag. 39.

¹² Una precisazione: fra il 1969 ed il 1975, si contano 70 morti, di cui 50 sono dovuti alle "stragi di stato", mentre fra il 1976 ed il 1982 si sono avuti 281 uccisi, di cui 88 dovuti dalle "stragi di stato". Ciò a dimostrazione che la lotta armata si sviluppò proprio dopo l'entrata in vigore delle leggi c.d. di "Ordine Pubblico democratico", aumentando ulteriormente dopo l'entrata in vigore delle "leggi di emergenza".

¹³ Cfr. C. BERMANI, *Il nemico interno*, Odradek, Roma 2003, pp. 327-33.

¹⁴ Intendo dare alle due locuzioni il significato loro attribuito da A. Baratta e da F. Bricola. Ossia: per politica penale ci si riferisce a quelle teorie che considerano come utilizzabili al fine di diminuire la criminalità, solo i mezzi propri del diritto penale. Mentre, per politica criminale, intendiamo quella dottrina che connota il diritto penale come *extrema ratio* rispetto alla politica sociale e che, quindi, considera, nell'analizzare e gestire le manifestazioni di criminalità, i rapporti fra programmazione economica e programmazione della difesa sociale. Cfr. F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Questione criminale*, 1975, pp. 221 ss.

sotto la formula dell'ordine pubblico costituzionale, ovvero (...) la tutela del c.d. *ordre dans la rue*»¹⁵. Una simile politica è maggiormente funzionale alla gestione di situazioni eccezionali, potendo far leva su componenti emotive e irrazionali molto più facilmente di una politica che, al contrario, non rinuncia a muovere da un'analisi del concreto contesto sociale in cui il fenomeno si viene a produrre. La conseguenza di tali scelte politiche è, ovviamente, il sacrificio dei diritti individuali sull'altare dell'ordine pubblico, sacrificio che, seppur giustificato come eccezionale e transitorio, storicamente ha comportato significativi riflessi sulla politica penale generale, assestandosi e diventando permanente¹⁶.

La legge n.152 del 1975 (c.d. legge Reale), rappresentando una svolta verso un regime più duro del passato, che ha investito sia la legislazione di pubblica sicurezza, sia il terreno dei reati e del processo penale, sia il carcere, è l'esempio più chiaro di tale riduzione della politica penale a politica penale dell'ordine pubblico.

Andando ad analizzare la legge Reale, bisogna anzitutto sottolineare come questa sia stata variamente qualificata: talvolta si è parlato di legge eccezionale, talaltra di legge ordinaria rivolta a fronteggiare una situazione di eccezionale gravità, o, infine, di legge temporanea.

Definendola legge eccezionale, l'intenzione era quella di porre l'accento sulle deroghe che tale legge introduceva rispetto a principi generali del sistema. Fu il relatore, sen. Agrimi, ad affermare che il disegno di legge non doveva essere classificato come eccezionale, ma piuttosto, come destinato a fronteggiare una situazione di eccezionale gravità, collocandolo, dunque, nell'alveo dell'articolo 13 Cost. Questo aggancio apparve come il tentativo di trovare un avallo generale per tutte le restrizioni della libertà personale operate dalla legge in questione, dimenticando, però, che l'articolo 13 è la fonte di legittimazione, non di una legislazione d'emergenza, ma di alcune misure restrittive delle quali il legislatore abbia specificato i concreti casi eccezionali di necessità ed urgenza¹⁷.

Per dare un quadro generale della legge in esame, si deve evidenziare anzitutto la riduzione dei poteri del magistrato da essa operata (consistente nel limitare i margini di discrezionalità che questi aveva nel comminare le misure), a cui corrispondeva un'estensione dei poteri di polizia, ottenuta con l'allargamento degli istituti del fermo e delle perquisizioni personali¹⁸.

¹⁵ Dove per *rue* si intende il punto più eclatante di manifestazione del dissenso. Così F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 224.

¹⁶ Come vedremo nei prossimi paragrafi.

¹⁷ Cfr. F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, pag. 239.

¹⁸ A tal proposito, sembrano particolarmente significativi i documenti approvati da Magistratura Democratica in quegli anni. Nella mozione approvata dal Congresso tenutosi nell'aprile del 1975, si parlava di strumentalizzazione del problema della criminalità attraverso una legislazione che, palesemente inidonea a dare una risposta razionale alla situazione di crisi, aveva il solo scopo di creare un nuovo "blocco d'ordine" che arrestasse l'avanzata delle lotte sociali. E a tal proposito, si rendeva necessario, per magistratura Democratica, recuperare i valori garantistici affermati in Costituzione, come «mezzo di difesa e crescita delle spinte democratiche» (cfr. *Quale Giustizia*, 1975, pag. 393). Inoltre, nella mozione approvata dall'esecutivo e dai segretari sezionali di Magistratura Democratica nel maggio 1975, si sosteneva come, alle disfunzioni nelle risposte alla criminalità ed all'eversione legate a difetti nell'indirizzo politico, si fosse risposto con un irrigidimento autoritario degli stessi sistemi normativi ereditati dal fascismo. Si portavano come esempio di strumenti tipici di regimi autoritari, la custodia preventiva («riportata a strumento privilegiato della repressione»), l'estensione dei casi

Inoltre tale legge ampliava i casi in cui l'uso delle armi da parte delle forze dell'ordine poteva ritenersi legittimo e introduceva per gli agenti un regime processuale di favore¹⁹, andando palesemente in contrasto con i fondamentali principi che la Costituzione detta in materia penale, ossia con gli articoli 3, 13, 25, 27, 28.

Appare chiaro, già da queste minime indicazioni riassuntive, come l'asse portante della normativa fosse la tutela dell'ordine pubblico, identificato sia con gli apparati istituzionali, sia con l'*ordre dans la rue*, la cui tutela, però, non è più legata ad una interpretazione strettamente materiale di questo²⁰, ma ad una declinazione funzionale alla tutela della difesa sociale e degli stessi apparati istituzionali²¹.

Alcuni deputati non mancarono di esprimere serie perplessità, sia in ordine a singole disposizioni, sia in merito al tenore generale della legge. Ad esempio, destava perplessità l'estensione delle misure previste nella legge anti-mafia a "coloro che operanti in gruppo o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti diretti a sovvertire l'ordinamento dello Statuto". Formula, quest'ultima, che essendo aleatoria, poteva essere estesa a chiunque esprimesse anche solo delle intenzioni verbali o ideologiche nei confronti delle istituzioni.

Il problema "principale" è da rintracciarsi, probabilmente, nel mancato approfondimento del concetto di ordine pubblico all'interno del quadro costituzionale: sarebbe stato opportuno partire dalla premessa che, in una Costituzione democratica nata dalla Resistenza al fascismo, l'ordine pubblico non poteva essere scisso dall'obiettivo principale della lotta all'eversione fascista. In questo modo, infatti, si sarebbe arrivati alla costruzione di un concetto di ordine pubblico legato alla sicurezza degli interessi collettivi, che, ad esempio, nel caso di specie avrebbe svelato più facilmente la parzialità della politica penale sottesa a questa legge²².

L'articolo 1 della c.d. Legge Reale elencava una serie di delitti (strage, omicidio, attentato alla Costituzione, insurrezione armata) per i quali, dato il giudizio presuntivo di pericolosità che automaticamente colpiva gli imputati di tali delitti, la libertà provvisoria non poteva essere concessa.

di carcerazione obbligatoria (che ostacolava una più equa valutazione dei singoli casi), il nuovo fermo giudiziario (che, scardinando il sistema di garanzie previsto nell'art. 13 Cost., spostava «sempre più sulle scelte di polizia gli indirizzi di fondo della giustizia penale») ed il confino (che, fondato sul mero sospetto, si prestava ad ogni arbitrio e toglieva all'intervento del magistrato il suo significato di garanzia). Simili misure comportavano un turbamento degli equilibri interni della magistratura, turbamento risultante proprio dalla crescente «subordinazione dell'attività giurisdizionale ad impostazioni poliziesche». Cfr. *Quale Giustizia*, 1975, p. 397-398.

¹⁹ L'abbassamento di garanzie per i soggetti, da un lato, e il nuovo regime di responsabilità degli ufficiali di pubblica sicurezza, dall'altro, portarono alla conseguenza che nei primi 15 anni di applicazione di questa legge si contarono 625 vittime delle forze dell'ordine (254 morti e 371 feriti), delle quali, ben 208 non stavano commettendo reato, né erano in procinto di farlo (cfr. LUTHER BLISSET PROJECT, *Nemici dello Stato – Criminali, "mostri" e leggi speciali nella società del controllo*, DeriveApprodi, Roma, 2002, p. 33). Sono le cifre di quella che qualcuno ha definito «la principale "guerra civile strisciante" del nostro dopoguerra» (così L. Canfora, come riportato da C. BERMANI, *Il nemico interno*, cit. p. 332).

²⁰ Si veda *supra*, capitolo I.

²¹ Occorre sottolineare la poliedricità di prospettive e di obiettivi perseguiti da tale legge: la lotta all'eversione fascista e all'eversione di sinistra, secondo lo schema degli opposti estremismi; il colpire più gravemente le forme di rottura della pace sociale (cioè quei momenti di politica non istituzionalizzata che si svolgevano nelle scuole, nelle fabbriche, nelle piazze); lotta contro i sequestri di persona e le rapine, fattispecie intorno alle quali si era effettivamente creato allarme sociale.

²² Cfr. F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 230-236.

Si utilizzava, quindi, l'istituto della carcerazione preventiva come misura di difesa sociale, svincolandolo quasi totalmente dalle esigenze che giustificano il suo utilizzo (cioè il pericolo di fuga, di inquinamento delle prove, di reiterazione del reato).

L'esclusione automatica per determinati reati della concedibilità della libertà provvisoria sollevava, come rilevato da una parte della dottrina, questioni di costituzionalità in relazione all'articolo 13 della Costituzione²³, dal momento che questa normativa sottolinea la necessità di limitare il margine di discrezionalità ogni qualvolta vengano in gioco misure restrittive della libertà personale²⁴. Nel comma 2, lett. b) di questo stesso articolo, poi, veniva effettuata una scelta sintomatica degli indirizzi politici sopra delineati. Con esso veniva esclusa la possibilità di concedere la libertà provvisoria anche agli imputati di lesioni dolose, aggravate, rissa aggravata, violenza privata: tutte fattispecie utilizzabili per reprimere gli episodi di scontri di classe. Per quanto riguarda il comma 3 dell'art. 1, tale normativa prevedeva come criteri per fondare il giudizio sulla libertà personale, quello di esigenze di cautela processuale (sotteso al pericolo di inquinamento delle prove), e quello di pericolosità sociale desunta con giudizio di probabilità dalla gravità del reato e dalla personalità dell'imputato. In un giudizio sulla pericolosità così strutturato, il punto su cui porre l'accento era rappresentato dall'enunciato "nuovi reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività". Nel quadro delle interpretazioni possibili che tale formulazione apriva, prevalse quella che identificava il pericolo per la collettività nell'allarme sociale. Con tale scelta interpretativa si realizzava il salto dalla necessità di un requisito oggettivo alla sufficienza di un elemento evanescente e relativo. L'allarme sociale apriva la strada, infatti, ad un allargamento dell'applicabilità della normativa in esame. Infatti, selezionare i reati sulla base di un non meglio definito "allarme sociale", significava selezionare politicamente i soggetti da colpire: appariva allora evidente l'uso politico di tale comma²⁵.

L'articolo 3, modificando le condizioni legittimanti il fermo di polizia giudiziaria, allargava notevolmente l'area dei reati per i quali fosse possibile un'iniziativa da parte di questa nella limitazione della libertà personale e sostituiva al precedente presupposto dei "gravi indizi" di colpevolezza, quello dei "sufficienti indizi", basati, quindi, su presupposti soggettivi vaghi ed affidati alla valutazione esclusiva e discrezionale degli organi di polizia. Tale disposizione, allargando e potenziando i poteri della polizia, suscitava anch'essa perplessità d'ordine costituzionale ai sensi dell'articolo 13 Cost., dal

²³ Sottolinea tale contrasto anche G. Caselli, pur giungendo ad un giudizio complessivamente positivo delle misure adottate con la legge Reale: «...nel disciplinare la materia della libertà provvisoria la legge Reale ha seguito un orientamento difforme da quello che ispira la normativa costituzionale: il divieto di libertà provvisoria, infatti, viene ad avere la funzione di sostituire alla pena la carcerazione preventiva (*sic!*), anche quando la pena potrebbe essere esclusa nonostante una pronuncia di condanna. In sintesi: la disciplina in materia di libertà provvisoria (...) appare, da un lato, ispirato al principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, dall'altro essa non trascura, per i reati più gravi, le esigenze di tutela della collettività». Cfr. G. CASELLI, *Le recenti misure per l'ordine pubblico*, in *Democrazia e Diritto*, 1978, p. 135.

²⁴ Cfr. M. PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *L'indice penale*, 1970, p. 19.

²⁵ Cfr. F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 248-250.

momento che risultavano irrintracciabili in «casi di fermo così dilatati a dismisura (...) anche per reati non gravi (...) sulla base di indizi appena sufficienti, gli estremi dell'eccezionale necessità ed urgenza tassativamente richiesti dall'art. 13 della costituzione»²⁶.

Lo stesso vizio di illegittimità costituzionale poteva rinvenirsi nella disciplina prevista dall'articolo 4 che, in materia di perquisizioni personali, non prevedeva nessun particolare vincolo per gli organi di polizia in merito agli accertamenti dei presupposti per il compimento di queste misure²⁷.

Emblematici dello spirito che anima l'intera normativa sono l'articolo 14 e l'articolo 18.

Il primo, come si è già accennato, estendeva le ipotesi di uso legittimo delle armi da parte della forza pubblica: intervento, questo, chiaramente volto a assicurare le forze dell'ordine circa l'opportunità di fare uso delle armi in presenza di gravi fatti delittuosi.

Il secondo ripristinava l'istituto del confino di polizia per motivi politici, sparito dal nostro ordinamento con la caduta del fascismo. Tale articolo prevedeva l'applicazione di una misura *ante* (e non *post*) *delictum* (il confino, appunto) a carico degli eversori, estendendo l'applicazione della legge antimafia (la n. 575 del 1965) nei confronti di coloro che “operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti diretti a sovvertire l'ordinamento dello stato”. Si confermava l'applicabilità delle misure di prevenzione in base al mero sospetto di finalità eversive o in base ad una tipologia sospetta di autore dell'illecito.

In sintesi, si può affermare che con tali norme si assisteva ad un arretramento rispetto all'auspicata linea di riforma democratica delle leggi penali fasciste.

A tal proposito sono particolarmente significative le parole che l'onorevole Lelio Basso pronunciò in un discorso tenuto in Senato durante le discussioni che precedettero la votazione della legge Reale. Questi sosteneva che tale legge avesse «alla sua base una concezione dei rapporti fra cittadino e lo Stato che è stata la concezione tipica del fascismo, tipica del codice Rocco; anzi questa concezione è aggravata dalla legge Reale (...). Quello che colpisce a prima vista in questa legge è quindi il suo carattere profondamente regressivo che annulla di colpo quelle poche conquiste che in questi ultimi tempi erano state fatte (...) le leggi di Mussolini hanno governato l'Italia per una ventina d'anni durante la sua vita e la governano da trent'anni dopo la sua morte: credo che non sia accaduto a nessuna democrazia succeduta a nessuna dittatura di dover constatare un'inadempienza democratica di questa natura»²⁸.

²⁶ F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, pag. 253.

²⁷ Il passaggio più significativo dell'articolo è quello in cui si autorizza la polizia a perquisire “persone il cui atteggiamento o la cui presenza, in relazione a specifiche e concrete circostanze di luogo o di tempo non appaiano giustificabili”.

²⁸ Discorso riportato da C. BERMANI, *Il nemico interno*, cit., p. 326.

L'altro testo di legge che rileva sotto questi profili è il decreto legge 21 marzo 1978, n. 59, il “decreto Moro”, relativo alle norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati.

Sebbene le maggiori modifiche da questo apportate riguardassero il diritto processuale, l'articolo 11 di tale decreto introduceva un'innovazione anche sul piano di diritto sostanziale, disciplinando una sorta di fermo di polizia *mascherato*²⁹. Si trattava di un fermo di “identificazione” che innovava anche rispetto a quanto previsto nella legge Reale, che, parlando solo di fermo giudiziario, presupponeva che il reato fosse avvenuto. Invece il fermo previsto nel decreto n. 59 del 1977 prescindeva da ogni ipotesi di reato e si muoveva esclusivamente nell'ottica delle esigenze della pubblica sicurezza.

Un'altra manifestazione di questa tendenza a creare un diritto penale e penale processuale “speciale”, valido per gli “eversori” e non per gli altri tipi di delinquenti, è il decreto legge n. 625 del 25 dicembre 1979.

L'articolo 1 di tale decreto prevedeva un'aggravante speciale per i reati punibili con una pena diversa dall'ergastolo se commessi per finalità di terrorismo o di eversione: veniva fissato l'aumento di pena nella metà di quanto previsto dalla pena edittale e veniva esclusa la possibilità di comparazione fra la nuova aggravante ed eventuali circostanze attenuanti.

L'articolo 6 introduceva un vero e proprio fermo di polizia. In base ad esso, gli ufficiali di pubblica sicurezza potevano sottoporre il fermato a perquisizione personale ed assumere dallo stesso informazioni sommarie, basandosi solo sulla verifica della “sussistenza di comportamenti e atti che, pur non integrando gli estremi del delitto tentato, possono essere tuttavia rivolti alla commissione dei delitti (...)”. Operando indipendentemente dall'esistenza di indizi di reato e quindi al di fuori dell'area della giurisdizione penale, il fermo di polizia aveva, evidentemente, natura amministrativa. La disciplina di tale misura, dunque, si poneva in contrasto con quanto disposto dall'articolo 13 della Costituzione, norma che, come visto nel capitolo precedente, prevede il potere di polizia come vicario rispetto a quello del magistrato. Quindi, alla polizia non poteva essere riconosciuto un potere anticipatorio di restrizione della libertà personale, ma solo un potere che, essendo proiezione anticipata del potere dell'autorità giudiziaria, doveva ricalcare la funzione propria di quest'ultima, ossia la cognizione del reato e non la prevenzione dello stesso³⁰.

La citata norma costituzionale, parlando di “casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge”, demanda alla legge ordinaria il compito di specificare le ipotesi in cui può legittimamente essere ristretta la libertà personale, in ossequio al principio di tassatività. Invece, l'art. 6 del d.l. n. 625/1979 si limitava a ripetere la formula della Costituzione (“assoluta necessità ed

29 Così R. CANOSA, *Le libertà in Italia: i diritti civili e sociali nell'ultimo decennio*, cit. p. 19.

30 Cfr. Magistratura Democratica, *Osservazioni sul decreto legge 15 dicembre 1979 n. 625*, in *Quale Giustizia*, 1979, p. 12-13.

urgenza”), rimettendo alla discrezionalità dell’operatore la definizione di una formula che la Costituzione avrebbe voluto, con evidente funzione di garanzia, che fosse specificata dalla legge.

Secondo l’articolo 9, inoltre, gli ufficiali di polizia giudiziaria – su autorizzazione anche telefonica³¹ del magistrato, e nel caso di “particolare necessità ed urgenza” anche di propria iniziativa – potevano disporre perquisizioni di interi edifici, eventualmente sospendendo la circolazione di persone e veicoli nelle aree interessate, quando, in relazione a reati di terrorismo, dovevano eseguire un fermo di polizia o un provvedimento di cattura o carcerazione. A molti, simili modalità di esecuzione apparvero trascendere la natura di atti di polizia giudiziaria, essendo molto più vicine a vere e proprie attività di ordine pubblico.

L’articolo 10 prevedeva l’aumento di un terzo della durata dei termini di custodia preventiva per gli imputati di delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione comportando il rischio reale che la carcerazione preventiva durasse più della pena da infliggere in concreto e ponendo, di conseguenza, problemi di costituzionalità alla luce del principio di non colpevolezza sancito nell’articolo 27³².

Appariva in tal modo evidente come tali misure coercitive della libertà personale avessero alla base l’allarme sociale e venissero impiegate «non tanto per soddisfare un bisogno di giustizia o di verità, ma di reità»³³.

In sintesi, con la giustificazione del terrorismo, molte lesioni di diritti, che sarebbero state inammissibili nei primissimi anni Settanta, venivano non solo accettate, ma anche difese. Inasprimenti di pene, allargamento dei poteri di polizia, modifiche del codice di procedura penale, indebolimento del controllo giurisdizionale in materia di pubbliche libertà, la ricomparsa di misure quali il confino di polizia per ragioni politiche. Sono tutte misure volte a costruire una macchina repressiva che, al momento delle verifiche pratiche, si dimostrò un’illusione, che non servì né a bloccare il terrorismo, né a far diminuire la criminalità comune. Produsse solo paura e sfiducia nella gran parte del Paese³⁴.

In conclusione, l’aver proseguito su di una linea che rispondeva volta a volta all’aggressione terroristica con misure contingenti, dettate dall’emozione e dallo sdegno, non solo non portò ad una

³¹ Non si spiegava perché fosse possibile, anche fuori dai casi di urgenza, che l’autorizzazione potesse essere telefonica. L’articolo 13 Cost. parla di atto motivato dell’autorità giudiziaria e la motivazione non può essere data tramite mezzo telefonico: in questo modo, la motivazione veniva data solo alla polizia, mentre questa ha come suo naturale destinatario il soggetto passivo del provvedimento.

³² Interessante è quanto sottolineato dal Comitato esecutivo di Magistratura Democratica nel documento già citato. Qui si ricordava, infatti, come l’ultimo comma dell’articolo 13 Cost. fosse figlio di una polemica nei confronti dell’incivile sistema fascista che non prevedeva alcun limite alla carcerazione preventiva. Dunque, dilatando oltremodo i termini massimi di tali misure coercitive, così come previsto dal d.l. n.625/1979, si rischiava di rendere inefficace la garanzia dei “ragionevoli limiti” sancita nella citata norma costituzionale e di porsi in continuità con la criticata disciplina fascista. Cfr. *Quale Giustizia*, 1979, p. 15.

³³ Così il Comitato Esecutivo di Magistratura Democratica, in *Quale Giustizia*, 1979, p. 17.

³⁴ Anche se non mancò chi giudicò positive queste misure, apprezzandone il carattere sperimentale: «...le nuove misure hanno inevitabilmente un carattere sperimentale, essendo nuovi ed eccezionali (per gravità e connotati) i problemi da affrontare e risolvere. Rinunziare alla sperimentazione di nuove tecniche di risposta, con carattere di emergenza ma non contrastanti con i principi e le regole che discendono dalla Costituzione, significherebbe arroccarsi su posizioni pericolose, perché comunque perdenti». Cfr. G. CASELLI, *Le recenti misure per l’ordine pubblico*, cit. p. 138.

risoluzione del problema, ma probabilmente contribuì ad aggravarlo e ad allontanare nel tempo la realizzazione di interventi organici e riformatori³⁵.

1.2. Il ruolo della Corte costituzionale

La Corte costituzionale ha giocato un ruolo importante nel processo di consolidamento delle misure previste nelle leggi d'emergenza, sia avallando l'indirizzo di politica penale intrapreso dal legislatore, sia, a volte, spingendosi essa stessa a compiere scelte di politica legislativa. Per cogliere tale aspetto, appare pertanto opportuna una analisi più approfondita delle sentenze della Corte maggiormente importanti.

In merito, sono particolarmente significative le sentenze in materia di custodia preventiva.

Esauritasi nei primi mesi del 1974 la spinta riformista che aveva indotto il legislatore a rafforzare le garanzie individuali nel processo, si apriva la strada per un nuovo corso, che comportava un irrigidimento sia sul terreno del diritto penale sostanziale, sia sul terreno del processo.

Per una parte della dottrina³⁶, la spinta in tal senso, non venne dal legislatore, ma proprio dalla Corte costituzionale a partire da quanto espresso nella sentenza n. 17 del 1974, sentenza in cui la Corte era chiamata ad intervenire in una situazione di evidente disparità di trattamento nella disciplina dei limiti massimi di carcerazione preventiva che si era venuta a creare in seguito al susseguirsi di norme in materia. Tralasciando i dettagli della questione, ciò che qui interessa sottolineare è la paradossalità³⁷ di questa pronuncia, laddove i giudici della Consulta hanno scelto, date due norme provenienti dallo stesso legislatore, la norma penale più severa, ed hanno motivato tale scelta proprio in nome del principio di uguaglianza³⁸. Sembrerebbe evidente in simili circostanze la volontà di farsi guidare da una previa scelta di carattere legislativo. Infatti, avrebbero potuto, argomentando logicamente in modo differente, concludere in senso opposto e scegliere fra le due norme quella meno sfavorevole, in ossequio al principio costituzionale pacifico del *favor rei*. Il non averlo fatto venne visto come il segno di una chiara adesione politica a favore della scelta legislativa di allungare i termini della carcerazione preventiva.

In altre parole, il modo di ragionare della Corte in questa sentenza, sembrò molto più prossimo a quello di un legislatore, piuttosto che a quello di un giudice, confermando quanto sostenuto da una

³⁵ Era di questo avviso il Comitato esecutivo di Magistratura Democratica, come si può leggere nel documento sopra citato contenuto in *Quale Giustizia* del 1979, p. 20-21.

³⁶ Cfr. V. GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Politica del diritto*, 1982, p. 238.

³⁷ Così viene interpretata tale sentenza da G.U. RESCIGNO, *Note sulla giurisprudenza costituzionale del 1974*, in *Quale Giustizia*, 1975, p. 717 ss.

³⁸ Sottolinea tale aspetto anche M. CHIAVARIO, *Scarcerazione automatica e riemissione del mandato di cattura: una reformatio in peius in nome del principio di uguaglianza*, in *Giur. Cost.* 1974, p. 548 ss.

parte della dottrina: ossia, che le scelte della Corte, soprattutto in periodi contrassegnati da «vuoto politico», si siano tradotte in scelte di politica legislativa³⁹.

Con tale pronuncia la Corte riconduceva l'istituto della custodia preventiva all'esigenza di un rafforzato presidio di difesa sociale, contraddicendo l'indirizzo espresso dalla sua precedente giurisprudenza, che correlava tale istituto ad esigenze di carattere cautelare, ossia strettamente inerenti al processo. A partire da tale sentenza, anche se secondo un percorso giurisprudenziale non lineare, la Corte si orientò nel senso di ammettere anche finalità cautelari di natura extra-processuale nel limitare la libertà personale. Dunque, aderendo alla tesi di una polivalenza finalistica dell'istituto della custodia preventiva, riteneva che la carcerazione dell'imputato potesse essere impiegata anche per soddisfare un bisogno di pubblica difesa. Ma quello che sorprese parte della dottrina non fu tanto l'adesione della Corte alla tesi della finalità plurima dell'istituto della custodia preventiva, quanto l'evidente incoerenza di tale impostazione con i principi costituzionali incidenti in tema di libertà personale, e, segnatamente, con il principio della presunzione di non colpevolezza⁴⁰.

La sentenza n. 17 del 1974, configurandosi come «una sorta di avallo *ante litteram* alle scelte del legislatore dell'emergenza in tema di libertà personale»⁴¹, influì in maniera determinante sulle successive scelte legislative, tanto che, a pochi mesi di distanza dalla sentenza, la legge delega per il nuovo codice di procedura penale annoverava fra i motivi idonei a giustificare misure coercitive a carico dell'imputato, le esigenze di tutela della collettività. Indirizzo consolidato poi con la legislazione successiva a tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica, in particolare con la legge n. 152 del 1975 e con il decreto legge n. 625 del 1979.

Nell'uno e nell'altro caso, il legislatore tornava a sancire una progressiva riduzione degli spazi demandati al concreto apprezzamento del giudice, stabilendo che tale valutazione venisse assorbita all'interno di una presunzione legale di pericolosità dell'imputato. Ne risultava una disciplina volta al soddisfacimento di esigenze cautelari rilevanti non sul piano processuale, ma sul piano del diritto penale sostanziale: su tutte, l'esigenza di difesa sociale, che, infatti, proprio nella legge n.152 del 1975 assunse per la prima volta una propria autonomia testuale all'interno delle esigenze cautelari rilevanti in materia di libertà personale.

È qui che comincia a manifestarsi più apertamente il legame fra l'ordine pubblico e la difesa sociale, esigenza che, attraverso una declinazione immateriale della pubblica sicurezza, viene posta alla base di interventi restrittivi delle libertà che in questo modo vengono giustificati ed “elevati”, tramite il

³⁹ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Note sulla giurisprudenza costituzionale del 1974*, cit. pp. 740-741.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Così V. GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, cit., p. 240.

ricorso al paradigma sanante della emergenzialità, al “grado” di disposizioni legittime all’interno del nostro ordinamento.

Tale paradigma di gestione dell’ordine pubblico, sempre tramite il ricorso alla difesa sociale, viene confermato anche dalle successive decisioni della Corte.

Ad esempio, nelle sentenze n. 88 del 1976 e n. 1 del 1980, entrambe riferite all’articolo 1 della legge n.152 del 1975 (c.d. Legge Reale).

Si tratta di sentenze fortemente condizionate dal clima emergenziale e dalla constatazione del carattere eccezionale delle misure legislative in questione, come emerge chiaramente dalla sentenza n. 88 del 1976.

Tale decisione, nel respingere la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 2 della legge del 1975, si limitava a riprodurre le stesse motivazioni politico-legislative poste a base della disposizione rimessa al suo sindacato ed a richiamarsi ai lavori parlamentari in cui la disposizione veniva collegata alla necessità di fronteggiare *l’allarmante crescita del fenomeno della criminalità*⁴² (i.e. esigenze di difesa sociale).

La sentenza n. 1 del 1980, poi, non incise sulle scelte di fondo del legislatore del 1975⁴³ confermando la legittimità della norma in esame con cui si escludeva la concessione della libertà provvisoria quando fosse da ritenere probabile la futura commissione da parte dell’imputato di reati che avrebbero potuto porre in pericolo le *esigenze di tutela della collettività*⁴⁴. Inoltre, anche qui la Corte ribadiva la legittimità costituzionale della disposizione impugnata, facendo riferimento alla sua coerenza con il contesto legislativo ordinario e con le sottostanti motivazioni politiche.

Nonostante la tutela della collettività costituisca un interesse di indubbio rilievo costituzionale, ciò che appariva problematico e contraddittorio era che il fondamento di tali esigenze di tutela della collettività venisse ritrovato esclusivamente negli elementi posti alla base dell’imputazione, e cioè in fatti la cui verità e consistenza dovevano ancora essere vagliate⁴⁵. Dovendosi escludere, data la presunzione di non colpevolezza, che tali elementi potessero giustificare una custodia preventiva declinata in chiave di anticipata espiazione della pena, la Corte avrebbe dovuto concludere che non si poteva, sulla base di tali elementi, giungere ad una prognosi di pericolosità sociale dell’imputato.

In effetti, la finalità della prevenzione sociale sottesa ai disegni legislativi si spiegava solo muovendo dalla premessa della colpevolezza dell’imputato, la cui custodia, in questo modo, assumeva

⁴² Sent. n. 88 del 1976, punto 1 del *Considerato in diritto*.

⁴³ Più precisamente, tale sentenza innovava solo su un piano formale, non sostanziale. Infatti, la Corte, chiamata a pronunciarsi sull’art. 1 comma 3 della l. n.152 del 1975 nella parte in cui imponeva al giudice di non concedere la libertà provvisoria qualora avesse ritenuto che l’imputato, se libero, avrebbe potuto commettere nuovamente reati pericolosi per le esigenze di tutela della collettività, ne dichiarò l’illegittimità ma solo con riguardo all’avverbio “nuovamente”. Questo, infatti, in maniera troppo palese faceva presupporre la già accertata commissione da parte dell’imputato di precedenti reati.

⁴⁴ Sent. n. 1 del 1980, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Cfr. V. GREVI, *op. ult. cit.*, p. 255.

«con l’avallo della Corte costituzionale, una ambigua identità polivalente, a metà tra misura di sicurezza *extra legem* e pena anticipata»⁴⁶.

Un altro settore della disciplina della custodia preventiva su cui influì notevolmente la finalità di difesa sociale intrapresa dal legislatore fu sicuramente quello dei limiti massimi di quest’ultima.

La precisa scelta costituzionale espressa dall’articolo 13, ultimo comma, della Costituzione, stabilisce che il legislatore ha l’obbligo di indicare dei limiti alla custodia preventiva, non potendo una simile misura protrarsi indefinitamente nel tempo. Invece, come si può ricavare dal breve *excursus* delle discipline che si sono susseguite in materia, gli interventi del legislatore in questi anni allungarono notevolmente i termini della custodia preventiva.

Ne derivava l’ulteriore conferma della tendenza a riconoscere alle esigenze di difesa sociale un peso nettamente prevalente rispetto all’esigenza di porre alla carcerazione preventiva dei limiti ragionevoli, ossia non incompatibili con la presunzione di non colpevolezza.

Si inseriva in questa stessa linea il d.l. n.625 del 1979, il cui articolo 10 prolungava di un terzo i termini massimi di carcerazione per gli imputati di delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico. Su queste disposizioni intervenne la Corte costituzionale con la sentenza n.15 del 1982: sentenza storica, che, oltre a salvare la legittimità delle norme impugnate, si spinse a teorizzare la conformità costituzionale di manovre legislative sui termini massimi di carcerazione dell’imputato in vista di finalità di prevenzione generale e speciale.

1.2.1. La sentenza n. 15 del 1982 e le diverse interpretazioni della dottrina

Con la sentenza n. 15 del 1982 la Corte non si discostava dal modello delle sue precedenti pronunce sulle leggi degli anni dell’emergenza. Anzitutto, anche qui, utilizzava le motivazioni poste dal legislatore ordinario a sostegno delle disposizioni impugnate come argomenti costituzionalmente rilevanti. E questo confermava sia la tendenza della giurisprudenza costituzionale a porre argini poco significativi al legislatore dell’emergenza, sia l’orientamento della Corte nel senso di correlare la disciplina della libertà personale ad esigenze estranee al processo e coincidenti con istanze di politica criminale⁴⁷.

Con l’ordinanza di rimessione, i giudici *a quo* sollevavano la questione di legittimità costituzionale dell’art. 10 del d.l. n. 625 del 1979 dal momento che, in base alla lettera di quest’ultimo, la carcerazione preventiva risultava complessivamente estendibile fino a dieci anni ed otto mesi. Il ritorno ai termini massimi previsti dalla normativa precedente si rendeva necessario, secondo il giudice remittente, in

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ivi*, p. 260.

relazione all'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in relazione a quanto stabilito dall'articolo 13, comma 1,2 e 5 e dall'articolo 27, comma 2 della Costituzione, considerati «prevalenti sulle esigenze processuali e sulle ragioni di controllo e di difesa sociale»⁴⁸.

La Corte d'appello di Torino, con la stessa ordinanza, e due giudici dell'ufficio d'istruzione presso il tribunale di Padova, con due distinte ordinanze, sollevavano questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 del d.l. n. 625 del 1979, in riferimento all'art. 3, comma 1, all'art. 13 co. 1,2 e 5, ed all'art. 27, co. 2 della Costituzione.

La Corte costituzionale rigettò le questioni di legittimità sollevate, con motivazioni che ad una parte della dottrina apparvero prettamente politiche⁴⁹.

Nei *Considerato in diritto* la Corte specificava come nelle ordinanze di rimessione, pur facendo espresso riferimento agli artt. 13, co.1, 2, e 5 e 27, co. 2, l'argomentazione non veniva condotta sulla base dei principi sanciti in questi articoli, ma veniva imperniata esclusivamente sul principio di ragionevolezza. E tale principio, inoltre, veniva affermato invocando l'art. 5 della Convenzione europea, e non richiamando la giurisprudenza costante della Corte in merito. Ma, soprattutto, appare interessante il passaggio in cui la Corte sottolineava come non si potessero considerare irragionevoli i termini massimi disposti dalla norma impugnata, sostenendo che «terrorismo ed eversione, da un lato, e prolungamento della custodia preventiva, dall'altro, stanno fra loro in rapporto di causa ed effetto». La Corte, dunque, come essa stessa sottolineava, sosteneva che il controllo sulla ragionevolezza dei termini dovesse operarsi individuando e valutando la *ratio* che aveva indotto il legislatore a disporre il prolungamento: ne risultava che «come l'esigenza della tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica è l'*occasio legis*, così le obiettive difficoltà degli accertamenti ne sono la *ratio*».

Quindi, nessun difetto di costituzionalità. Ma c'è di più. La Corte si spinse oltre, fino ad affermare, nel punto 5 del *Considerato in diritto* che «di fronte ad una situazione di emergenza (...) Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza». Affermazione, questa, che ad una parte della dottrina apparve «inquietante»⁵⁰ e, perfino, «pericolosa»⁵¹: in effetti, collegando tali parole ad un passo successivo (contenuto nel punto 7 dei *Considerato in diritto*) in cui si diceva che lo stato d'emergenza «legittima (...) misure insolite», sembrava che si stesse ammettendo una deroga alla Costituzione. Non solo: chi si spinse fino a definire tali parole come pericolose, intravedeva in simili affermazioni una

⁴⁸ Così, testualmente, nell'ordinanza della Corte d'appello di Torino emessa il 17 novembre 1980 (Reg. ord. n.34 del 1981).

⁴⁹ Cfr. L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giur. Cost.*, 1982, p. 98 ss.

⁵⁰ *Ivi*, p. 102.

⁵¹ Cfr. V. GREVI, *op.ult. cit.*, p. 261.

sorta di rinuncia *a priori*, da parte della Corte, ad esercitare il proprio sindacato su disposizioni motivate all'insegna dell'emergenza.

Ci si chiese, dunque, se effettivamente la Corte avesse ammesso che la legislazione d'emergenza potesse derogare o sospendere la Costituzione e violarne persino i diritti fondamentali (cioè, quei diritti qualificati espressamente come inviolabili e ritenuti, da alcuni, sottratti alla stessa revisione costituzionale). Dato il silenzio assoluto in Costituzione circa i poteri d'emergenza⁵², una tale decisione, interpretata in questo modo, avrebbe avuto valore storico e si sarebbe potuta considerare una sentenza di revisione costituzionale. Ma la portata della sentenza, in realtà, veniva ridimensionata non appena si collegavano le varie parti del discorso. In questo modo le affermazioni precedenti apparivano strettamente funzionali alla puntualizzazione immediatamente successiva per cui, nei delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione, i termini disposti potevano ritenersi ragionevoli in considerazione delle obiettive difficoltà esistenti per gli accertamenti istruttori e dibattimentali.

In altre parole, la Corte si asteneva dal valutare se tale prolungamento dei termini fosse effettivamente il mezzo più idoneo per fronteggiare terrorismo ed eversione, però non mancava di considerare la grave incidenza della crisi di efficienza dell'amministrazione della giustizia sulla posizione degli imputati. E proprio tale dato venne sottolineato da parte della dottrina, che lo interpretò nel senso che non sarebbe stato legittimo procedere sempre per la sola via del prolungamento dei termini di custodia preventiva, subordinando interamente la libertà dell'imputato alle vicende processuali. In questo varco, si volle vedere un possibile spiraglio per un riesame della ragionevolezza di così lunghi termini di custodia preventiva, che avrebbero potuto quindi «divenire illegittimi in assenza della contemporanea adozione di quelle diverse, doverose (e più normali) misure»⁵³.

In effetti, in un passaggio successivo, veniva precisato come l'emergenza fosse da considerarsi una condizione «anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea», che andava a legittimare, quindi, misure sì insolite, ma che avrebbero perso legittimità qualora ingiustificatamente protratte nel tempo. La Corte si spingeva, poi, ad effettuare un'ulteriore precisazione: osservava che, pur in regime di emergenza, non si poteva giustificare «un prolungamento dei termini di scadenza della carcerazione preventiva tale da condurre verso una sostanziale vanificazione della garanzia»⁵⁴. Precisazione che,

⁵² A proposito di questo "silenzio" in Costituzione, e dei relativi timori e contrasti in dottrina circa i poteri d'emergenza e la necessità come fonte, appare significativo richiamare quanto sostenuto da Guarino. Questi avvertì, fin dal 1948, i pericoli derivanti dall'applicazione di istituti tipici di una società omogenea ad una società divisa. Una società in cui, invece, «bisogna eliminare tutti quegli istituti che possono facilitare alle parti di sovvertire costituzionalmente la costituzione». G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Jovene, Napoli, 1948, p. 138.

⁵³ Cfr. L. CARLASSARE, *op. cit.*, p. 104-107.

⁵⁴ Sent. n. 15/1982, p. 102.

però, appariva destinata a rimanere un «*flatus vocis*» fino a quando la Corte si sarebbe accontentata di valutare semplicemente la congruità dei criteri seguiti dal legislatore⁵⁵.

Invece, per quanto riguarda il secondo comma dell'articolo 13, la Corte precisava che, pur dovendo, ai sensi di tale norma, essere “previsti” i casi ed i modi in cui la restrizione della libertà personale è ammessa, ciò non si traduceva in una regolamentazione preventiva di ogni aspetto della restrizione stessa. Infatti, continuava sottolineando che «non sempre nella tecnica legislativa al participio “previsto” corrisponde il sostantivo “previsione” potendovi far riscontro la mera “disposizione” (...). La legge deve stabilire e non prestabilire i limiti massimi della carcerazione preventiva: ne segue che la previsione dei casi e modi della carcerazione di cui al secondo comma non può estendersi alla durata della custodia preventiva di cui all'ultimo comma»⁵⁶.

Il giudice costituzionale, inoltre, si richiamava alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, e, precisamente, alla sentenza n.1159 del 1975 della Sez. V penale, in cui si riconosceva natura meramente strumentale alla carcerazione preventiva. Tale natura strumentale, consentiva, a parere della Corte, di cogliere la funzione di garanzia insita nell'istituto della carcerazione preventiva e nel processo in una prospettiva completa: e cioè, garanzia non solo dell'imputato, ma «anche – e, prima – dell'attuazione della legge, della ordinata convivenza, della salvezza delle istituzioni»⁵⁷.

Appare evidente qui il richiamo a quella declinazione dell'ordine pubblico sopra indicata e che si snoda attraverso un'interpretazione immateriale della pubblica sicurezza tramite lo strumento dell'emergenza della difesa sociale.

Sembra opportuno riportare anche le argomentazioni di quella parte della dottrina che non si “scandalizzo” o “inquietò” in seguito alle affermazioni contenute nelle motivazioni di tale sentenza circa l'emergenza e il relativo esercizio dei poteri.

Tale dottrina non si interrogava sulla politicità della sentenza della Corte e di una sua possibile lettura positiva, ma puntava il dito verso il legislatore e il prezzo che, a causa delle sue scelte, si era dovuto pagare per non drammatizzare il conflitto sociale e per ottenere una più ampia convergenza politica.

Partendo dalla discussa affermazione della Corte («il Parlamento ed il Governo hanno ... il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere adottando un'apposita legislazione d'emergenza» ... «l'emergenza è una condizione essenzialmente temporanea ... che legittima misure insolite ... che perdono legittimità se ingiustificatamente protratte nel tempo»), tale dottrina sottolineava come l'eccessiva durata della custodia preventiva venisse giustificata in base ad una ragionevolezza specifica

⁵⁵ Cfr. V. GREVI, *op. cit.* p. 263.

⁵⁶ Sent. n. 15/1982.

⁵⁷ Sent. n. 15/1982.

(“causa occasionale”, “ragione giustificatrice”⁵⁸). Non veniva qui in considerazione, dunque, la normale ragionevolezza, perché si era provveduto “oltre il disponibile con legge ordinaria”⁵⁹. Questa parte della dottrina sosteneva che sarebbe stato molto più preoccupante un utilizzo delle consuete regole della ragionevolezza da parte della Corte: ciò, infatti, avrebbe implicato una nozione talmente elastica della ragionevolezza da giustificare qualsiasi provvedimento.

Secondo l’interpretazione della sentenza n. 15/1982 sposata da questo indirizzo, dunque, il giudice costituzionale avrebbe ammesso la possibilità di una sospensione temporanea delle garanzie costituzionali proprio perché effettuata in forza della decretazione d’urgenza. Tale possibilità sembrava, a questa dottrina, molto più garantista rispetto all’utilizzo della legislazione ordinaria, poiché, realizzata tramite l’istituto del decreto legge, sarebbe stata sottoposta ad una precisa disciplina giuridica implicante sia dei limiti insuperabili, sia la responsabilità politica e giuridica dei membri del governo.

Secondo questo indirizzo sarebbero state molto più preoccupanti le conseguenze della tesi che negava la possibilità del ricorso al decreto legge per la dichiarazione dello stato d’emergenza. In base a questa teoria, infatti, considerando l’ordinaria disciplina costituzionale sufficiente e completa, si sarebbe dovuto ammettere poi, gioco forza, il ricorrere ad una «abnorme» ragionevolezza per giustificare la legittimità costituzionale di determinate misure, laddove «non vi sarebbe nulla di scandaloso nel riconoscere l’insufficienza della Costituzione di fronte all’emergenza democratica»⁶⁰.

In altre parole, il segnale che parte della dottrina coglieva nella sentenza in esame era un invito, indirizzato a Parlamento e Governo, a distinguere legislazione ordinaria e norme d’eccezione e, comunque, a prevedere un necessario termine di validità per la legislazione di emergenza⁶¹.

Pur nella loro diversità, i vari orientamenti dottrinali sottolineavano un atteggiamento, da parte della Corte, eccessivamente allineato con le scelte del legislatore e troppo poco critico nei confronti delle conseguenze d’ordine costituzionale che il consolidarsi di questa tendenza poteva comportare. Il collegamento fra la normativa impugnata e le obiettive difficoltà degli accertamenti, la necessità di tutelare l’ordine pubblico e la sicurezza pubblica dal terrorismo e dall’eversione, il sottolineare la gravità del fenomeno che si era chiamati a combattere: erano tutti segni evidenti dell’avallo del giudice costituzionale alle misure di politica penale adottate dal legislatore.

Lo dimostra, ad esempio, il fatto che la Corte si era limitata a rispondere al quesito circa la ragionevolezza dei termini, assumendo come parametro le ragioni politiche adottate dal legislatore e non i principi costituzionali che rappresentano i naturali parametri di un simile giudizio. E, ancora, lo

⁵⁸ Così nel punto 4 del *Considerato in diritto* della sent. n. 15/1982.

⁵⁹ Così. A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d’emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 111.

⁶⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Costituzione dimezzata*, in *Mondooperaio*, febbraio 1980, p. 25.

⁶¹ Cfr. A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 113-114.

dimostra il fatto che la Corte non si era domandata se l'aumento dei termini massimi di carcerazione fosse compatibile con la presunzione di non colpevolezza, ma, individuando un rapporto di causa ad effetto fra terrorismo ed eversione e prolungamento dei termini della custodia preventiva, riconosceva in tale istituto un mero strumento per la soddisfazione di obiettivi di politica criminale. Però, dato che l'individuazione di tali obiettivi, come riconosciuto dalla Corte, appartiene alla sfera delle scelte politico-legislative sottratte al controllo di legittimità, ne emergeva un ruolo del giudice costituzionale (come parte della dottrina evidenziava) pericolosamente prossimo a quello "notarile": consistente, cioè, nel registrare tali scelte politiche e ritenere comunque ragionevoli i termini massimi, fino a far dubitare dell'esistenza effettiva di un limite a simili dilatazioni⁶².

Sono queste le discussioni e le preoccupazioni che la sentenza n. 15 del 1982 sollevò in dottrina e, in generale, nell'opinione pubblica: preoccupazioni alimentate dall'ambiguità di una sentenza che, se da un lato prendeva le distanze dalle proprie precedenti elaborazioni sulla finalità cautelare sostanziale (e non solo processuale) della custodia preventiva, dall'altro rappresentava il punto di massimo avanzamento della tendenza volta a ricondurre tale istituto fra gli strumenti di politica criminale e di difesa sociale⁶³.

In conclusione, bisogna ricordare come a partire dalla metà degli anni Settanta, in seguito alla crisi economica e politica, si assiste ad un'inversione di tendenza: se prima si tentò di intraprendere un processo di attuazione della Costituzione, successivamente le politiche di ordine pubblico e di pubblica sicurezza risulteranno sempre più rispondenti al paradigma dell'emergenza e, di conseguenza, sempre più lesive dei diritti e delle libertà individuali. La nuova legislazione d'emergenza trovava la sua legittimazione grazie al dilagare del sentimento di paura e insicurezza all'interno del tessuto sociale: le disposizioni evocative che le caratterizzavano facevano leva sulla componente emotiva dell'opinione pubblica ed apparivano volte più a comunicare una capacità di tenuta delle istituzioni agli attacchi eversivi e una simbolicità delle punizioni, che a contrastare efficacemente i fenomeni oggetto delle normative.

Come già evidenziato, la Corte costituzionale aveva subordinato la declaratoria di costituzionalità delle leggi dell'emergenza che erano state sottoposte a suo vaglio, alla provvisorietà delle loro disposizioni. Infatti, nella sent. n. 15 del 1982, la Consulta precisava che la norma impugnata (art. 10 del d.l. n. 625 del 1979) trovava la sua *occasio legis* nella necessità di tutelare l'ordine democratico e la sicurezza pubblica contro l'eversione, e si preoccupava allo stesso tempo di specificare come l'emergenza fosse una condizione sì anomala e grave ma anche "essenzialmente temporanea", le cui misure insolite avrebbero dovuto, quindi, perdere efficacia se protratte ingiustificatamente nel tempo.

⁶² Cfr. V. GREVI, *op. ult. cit.*, p. 262.

⁶³ *Ivi*, p. 269.

La temporaneità della legge veniva specificamente invocata dalla Corte come condizione della provvisoria legittimità costituzionale e riconduceva, dunque, questa decisione a quelle sentenze di accertamento di illegittimità formale non seguite da dispositivo caducatorio, cui la dottrina aveva mosso diverse critiche⁶⁴. A molti studiosi, infatti, non sembrava possibile ammettere che una norma incostituzionale potesse non essere dichiarata tale solo per la sua natura transitoria, come se la nostra Costituzione potesse essere derogata, per un tempo determinato o indeterminato, da un atto avente forza di legge ordinaria, purché auto-definitosi temporaneo⁶⁵.

I timori di questa parte della dottrina si sono dimostrati fondati: gli indirizzi indicati dalla Corte vennero disattesi dal legislatore che, tramite proroghe giustificate con continui richiami alla necessità, ai rischi ed alle crisi sociali o politiche, ha reso perpetua l'originaria temporaneità e ha consolidato il paradigma emergenziale come metodo nelle scelte del legislatore penale.

E così, pur essendo cambiato il quadro sociale di riferimento, alcuni elementi caratterizzanti la politica penale degli anni Settanta, si ritrovano nelle emergenze degli anni Duemila: in particolare, la politica dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza degli ultimi anni è, oggi come ieri, caratterizzata da un sostanziale abbassamento della tenuta dei diritti e delle garanzie sancite dalla Costituzione in campo penale e da una dimensione meramente simbolica della disciplina dell'emergenza.

2. Le odierne “emergenze”: la sicurezza e l'immigrazione

Dall'attacco terroristico alle Torri Gemelle, si può dire che sia cominciata una nuova stagione dell'emergenza⁶⁶ che ha comportato l'adozione da parte di quasi tutti i paesi occidentali (nonché degli organismi internazionali) di una legislazione repressiva, caratterizzata da una forte restrizione dei diritti (degli stranieri, in particolare), da deroghe alle regole processuali (che hanno ridotto le garanzie della difesa, introdotto eccezioni alla giurisdizione ordinaria, rafforzato le misure di

⁶⁴ Per un'analisi di questa tipologia di sentenze e delle critiche ad esse mosse si veda, fra i tanti G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988 p. 305 ss.

⁶⁵ Cfr. G. AZZARITI, *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (Rassegna critica)*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 3064 ss.

⁶⁶ Sulle problematiche relative al bilanciamento fra diritti fondamentali e contrasto al terrorismo si sono espressi diversi autori, fra cui B. Ackerman, esponente della corrente di pensiero che sostiene la necessità di introdurre in costituzione una clausola per gli stati di emergenza terroristica che permetta di adottare misure operative efficaci e che, allo stesso tempo, stabilisca con fermezza un limite alla loro durata. In altre parole, una clausola costituzionale d'emergenza che autorizzi deroghe alla garanzia ordinaria dei diritti senza arrivare mai, però, all'estremo della sospensione dell'ordinamento democratico. (Cfr. B. ACKERMAN, *La Costituzione d'emergenza*, Meltemi, Roma, 2005; ID., *Prima del prossimo attacco*, Vita e Pensiero, Milano, 2008). Altri autori, invece, sostengono la possibilità di applicare in via analogica l'art. 78 della nostra Costituzione all'emergenza terroristica. A tal proposito, si veda P. CARNEVALE, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 4526 ss.

prevenzione), da ampliamenti dei poteri di polizia. Agli interrogativi posti dal fenomeno terroristico internazionale, dunque, si è risposto, fino ad ora, limitando sempre di più le libertà individuali in nome della sicurezza, rischiando, forse oggi più che in passato, che le misure adottate a difesa della democrazia e dei suoi valori, conducano alla sospensione dei principi che sono alla base della stessa democrazia⁶⁷.

Queste legislazioni d'emergenza, di cui si sono dotati gran parte dei paesi occidentali, sono caratterizzate da tendenze e sviluppi (teorici e pratici) diffusi: in particolare, il rendere permanenti le misure restrittive originariamente previste come temporanee e l'affermarsi di un diritto penale fondato su una concezione "soggettivistica" della verità processuale, un diritto cioè basato non sui fatti, ma sulla persona, la sua devianza e la sua presunta pericolosità.

Si afferma, dunque, un utilizzo simbolico della legge penale che va ad incidere sulla configurazione delle fattispecie di incriminazione, in relazione alle loro caratteristiche costituzionali.

Alla base di questi orientamenti si trova una rimodernata accezione dell'ordine pubblico che ha trovato nella sicurezza immateriale l'abito nuovo da indossare in occasione del palesarsi delle nuove emergenze. Anzi, il gioco è più sottile.

Le crisi economiche e l'insostenibilità delle spese per rendere effettivi i diritti sociali (la cui garanzia è, nel costituzionalismo moderno, sinonimo di sicurezza, intesa come "sûreté") sembrano aver determinato un ribaltamento di prospettiva. Fin dalla sua comparsa nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (art. 2), la sicurezza sembra connettersi con la garanzia dei diritti, con la protezione delle persone e dei beni, per poi connotarsi nel XIX secolo come quella componente tradizionale e materiale dell'ordine pubblico a cui si è precedentemente accennato⁶⁸ e che si lega al mantenimento dell'ordine *dans la rue* e alla garanzia contro i rischi⁶⁹. Il costituzionalismo del XX secolo, successivamente, ha connesso i diritti fondamentali con l'affermarsi dei principi dello Stato sociale, per garantire il quale occorreva rendere effettivi i diritti di libertà, assicurando agli individui la base materiale minima per poter realizzare la propria libertà, intesa «sia come indipendenza, sia come autodeterminazione o autorealizzazione»⁷⁰. Dunque la sicurezza viene legata alla "sicurezza dei diritti".

⁶⁷ Evoluzione, quest'ultima, che sembra evocare il profilarsi dello stato di eccezione così come teorizzato da Schmitt (cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del politico*, a cura di Miglio e Schiera, Bologna, il Mulino, 1972). Su questi argomenti, e, in particolare in merito alle esperienze dei paesi democratici che, nell'adottare provvedimenti in circostanze emergenziali hanno leso principi fondamentali del costituzionalismo, si veda, fra gli altri, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna 2006.

⁶⁸ Cfr. *supra*, capitolo I.

⁶⁹ Per un'attenta analisi circa le evoluzioni del concetto di sicurezza si vedano, fra gli altri, M. A. GRANGER, *Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité"?*, Actes du VIIe Congrès français de droit constitutionnel, *Constitution, droit et devoirs*, Paris 26 et 27 septembre 2008, in *Droitconstitutionnel.org*, p. 2; M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Giuffrè, Milano, 2012, diffusamente e in part. p. 74 ss.

⁷⁰ M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, cit., p. 75.

Le crisi economiche, la progressiva riduzione della spesa pubblica e i mutamenti politico-sociali avvenuti nel corso degli anni, hanno modificato l'impianto emergenziale che aveva caratterizzato gli interventi del legislatore in materia di ordine pubblico negli anni Settanta, pur ereditandone alcuni aspetti fondamentali⁷¹. L'obiettivo diviene la prevenzione del conflitto⁷², attuato attraverso un ampliamento degli strumenti di controllo e un superamento dei meccanismi di garanzia tipici dello stato sociale: tutto ciò in attuazione di uno "stato di prevenzione", declinato come "lo stato dell'aspirazione alla massima sicurezza"⁷³.

Le politiche legislative degli ultimi vent'anni sono improntate ad una progressiva anticipazione della soglia di punibilità (e, dunque, di criminalizzazione), alla prevenzione del rischio ed alla presunzione di pericolosità; vengono declinati in chiave emergenziale problemi che, in realtà, appaiono innanzitutto di carattere culturale, sociale ed economico, rispetto ai quali l'odierno sistema di diritto penale sembra offrire rimedi di rassicurazione puramente simbolica, costituendo la "bandiera strumentale" di chi ha la responsabilità di governo⁷⁴. Si afferma, dunque, il diritto penale simbolico⁷⁵ o del nemico, i cui mezzi permettono di rispondere agilmente alle richieste avanzate da quella che viene declinata come la nuova costante emergenza: la domanda di sicurezza.

Una sicurezza che non è più traducibile in certezza dei diritti, ma, piuttosto, sembra implicare la possibilità per lo Stato di godere, nell'obiettivo di tutelare il cittadino da rischi e pericoli sociali, di una sorta di "procura in bianco" per ogni intervento sulla libertà⁷⁶. Alla sicurezza interpretata come sicurezza dei diritti, si contrappone dunque una sicurezza declinata come conservazione dei beni, previdenza per le situazioni future e prevenzione dei rischi.

⁷¹ Come, ad esempio, il forte valore simbolico delle leggi adottate, volte più a dare una risposta mediatica e dimostrativa della tenuta delle istituzioni, che non a risolvere il problema oggetto delle normative nel rispetto delle garanzie costituzionali.

⁷² Cfr. G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, 2003, p. 46.

⁷³ Così E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 78.

⁷⁴ Così S. ANASTASIA, M. PALMA, *Introduzione*, in *Democrazia e Diritto*, n. 2/2000, p. 9.

⁷⁵ Bisogna inoltre sottolineare che il diritto penale simbolico, negando apertamente il canone dell'*extrema ratio* ed espandendo l'intervento penale nell'ambito del "non necessario" dal punto di vista dell'effettivo contrasto alla criminalità, viola il principio di offensività che, inteso come metodo di scelta nell'incriminazione, dovrebbe indicare una netta preferenza verso un utilizzo minimo dello strumento penale, rimettendo alla discrezionalità politica del legislatore i criteri mediante i quali operare la scelta circa la necessità o meno della previsione di quello strumento. In questo senso si esprime anche la Corte con la sent. n. 519 del 2000 in cui i giudici della Consulta sottolineano la connessione fra il principio di offensività ed il principio del ricorso alla legislazione penale come *extrema ratio*. La Corte, infatti, afferma che l'art. 25 Cost. impone la «necessità che alla sanzione penale si faccia ricorso solo come rimedio estremo e solo per la repressione di figure di reato che devono essere costruite in funzione offensiva di ben determinata oggettività giuridica. Procedendosi con una sorta di tipizzazione delle offese».

Di più. Le norme che caratterizzano il diritto penale simbolico, nell'intento di favorire la natura "manifesto" delle stesse e di concretizzarne il valore preventivo generale, appaiono generiche ed indeterminate, così rischiando di violare il principio costituzionale di determinatezza delle fattispecie penali (cfr. E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, p. 208 ss.). Tale violazione si rende palese anche nella emanazione di norme i cui destinatari reali non coincidono con quelli apparenti, o il cui fine reale risulta diverso da quello dichiarato; solo a mo' di esempio, si pensi al decreto legge n. 7 del 2015, atto emanato allo specifico scopo di contrastare il fenomeno del terrorismo islamico con cui, però, vengono introdotte o ampliate norme destinate a trovare applicazione anche contro il terrorismo interno, contro quello internazionale non di matrice islamica e che, in alcune formulazioni, sembra specificamente indirizzato a punire esponenti dell'antagonismo politico (violento o del mero dissenso) e di movimenti territoriali (così etichettati come terroristi interni).

⁷⁶ Cfr. E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 37 ss.

In altre parole, si sviluppa in questi anni il passaggio dalla sicurezza dei diritti al diritto alla sicurezza⁷⁷, in virtù del quale il legislatore sembra voler ridisegnare il senso ed il significato costituzionale dei diritti di libertà con esso necessariamente contrastanti.

A tal proposito, in dottrina da diverse parti sono stati sollevati dubbi in merito alla traduzione in diritto del generale bisogno di sicurezza dei cittadini. Alcuni sostengono che non si possa parlare di un diritto soggettivo alla sicurezza pubblica a causa delle difficoltà strutturali che, a loro avviso, impediscono l'enucleazione di una simile situazione giuridica soggettiva, non potendosi qualificare né come un diritto ad estendere arbitrariamente le proprie ragioni al di là dei limiti consentiti dall'autodifesa (artt. 392 s. c.p.), né come un diritto a prestazioni positive da parte della polizia o dei carabinieri a semplice richiesta del cittadino⁷⁸. Altri, invece, pur giungendo alla stessa conclusione dell'impossibilità della costruzione di un diritto soggettivo alla sicurezza, arrivano a tale negazione considerando il sistema dei diritti sancito dalla nostra Costituzione. Questi autori affermano che la domanda di sicurezza proveniente dalla società ben può essere soddisfatta tramite la certezza dei diritti espressamente sanciti in Costituzione, rientrando, quindi, nel campo del "diritto ai diritti" o della "sicurezza ai diritti"⁷⁹. Da questa premessa, concludono che l'enucleazione di un diritto alla sicurezza è necessariamente il «risultato di una costruzione costituzionale falsa o perversa», perché o si traduce nella legittima domanda di sicurezza di diritti da parte di tutti i soggetti, e allora la costruzione è superflua, oppure si traduce nella «selezione di alcuni diritti di gruppi privilegiati», e allora la costruzione è «ideologica»⁸⁰. In altre parole, soddisfare diritti equivale a garantire la sicurezza declinata come sicurezza dei diritti, obiettivo costituzionalmente imposto; mentre rafforzare la percezione della sicurezza equivale a garantire un soggettivo sentimento di sicurezza, obiettivo che è frutto (semplicemente) di scelte discrezionali del legislatore⁸¹. Il diritto alla sicurezza, in questo modo, risulterebbe essere una costruzione ideologica che si contrappone a quella designata dalla nostra Costituzione, in particolare se si considera quanto sancito dall'articolo 3, comma 2.

È ponendosi in questa prospettiva che si scorge il nuovo "abito" dell'ordine pubblico, ovvero la sicurezza declinata in senso ideale e il suo tramutarsi in diritto.

In questo modo, la partita libertà/autorità non si giocherà più con le solite pedine: sul piatto della bilancia non ci saranno i diritti da un lato e l'ordine pubblico dall'altro, ma il rapporto dialettico si articolerà fra i diritti di libertà e il diritto alla sicurezza. Così, in queste nuove vesti, l'ordine pubblico

⁷⁷ Per un'analisi critica di questo passaggio, si veda A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti* in M. PALMA, S. ANASTASIA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 21

⁷⁸ A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *RivistaAic*, p. 2.

⁷⁹ A. BARATTA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ O, come ribadisce lo stesso A., «perversa», perché strumento di una «strategia conservatrice» volta a giustificare i disequilibri del mercato, «gli effetti perversi della globalizzazione neoliberale dell'economia», *ibidem*.

⁸¹ M. RUOTOLO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democraziaesicurezza.it*, p. 2.

sembra aver trovato la strada per “salire di grado” ed atteggiarsi a diritto, assumendo, all’interno del bilanciamento con le libertà, un peso specifico sempre più consistente.

A completare il quadro, si aggiunge il ricorso frequente (se non abituale) a dispositivi emergenziali che spianano la strada ad una normalizzazione dell’emergenza. Circostanza, quest’ultima, che rappresenta una costante nella storia costituzionale, dal momento che si riscontra una tendenza a cercare di inglobare l’eccezione nella regola, come dimostrano istituti come lo stato d’assedio⁸², le teorie relative alla necessità come fonte suprema dell’ordinamento, lo stato d’eccezione, o la stessa decretazione d’urgenza⁸³.

In particolare, nel nostro ordinamento, non essendoci in Costituzione una disciplina ad hoc, spesso si è abusato dello strumento del decreto legge per affrontare situazioni di emergenza (reali, presunte o strumentali); una propensione che si rende evidente nella gestione politico-legislativa delle problematiche inerenti la sicurezza e l’immigrazione degli ultimi anni e che alimenta le perplessità in merito all’opportunità del ricorso alla decretazione d’urgenza per affrontare problematiche (come quella relativa al bilanciamento fra diritti di libertà ed esigenze di sicurezza) che meriterebbero più approfonditi dibattiti parlamentari⁸⁴.

In questo senso, sembra particolarmente interessante ai nostri fini soffermarsi sui cc.dd. “Pacchetti sicurezza” che si sono succeduti negli ultimi dieci anni, espressione di differenti maggioranze governative, ma di simili (se non uguali) scelte politiche. Il riferimento è al “Pacchetto sicurezza” del 2008/2009, complesso intervento legislativo composto da un decreto legge (n. 92/2008), due decreti legislativi (d. lgs. nn. 159 e 160 del 2008) e due disegni di legge poi convertiti nella legge n. 94 del 2009; ai decreti legge nn. 13 e 14 del 2017 (c.d. Pacchetto Minniti); ai decreti-legge n. 113 del 2018 e n. 53 del 2019 (cc.dd. decreti Salvini).

Con questi provvedimenti sono stati affrontati congiuntamente fenomeni politico-sociali assolutamente disomogenei fra loro, come l’immigrazione, la criminalità organizzata, la mafia, il terrorismo, l’eversione, il conflitto sociale, questioni che vengono indistintamente identificate come “problemi di sicurezza pubblica”. Si tratta di una tendenza che, come vedremo, si rende esplicita già nei titoli di tali provvedimenti che uniscono sotto il comun denominatore della straordinaria necessità ed emergenza problematiche eterogenee fra loro e con radici socio-economiche profondamente diverse.

⁸² Cfr. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 140 ss.

⁸³ Per un approfondimento sulle tematiche dell’emergenza, della necessità, dell’eccezione e dell’urgenza cfr., fra gli altri, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986; P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988; G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁸⁴ In merito alle problematiche che, in generale vengono sollevate dal ricorso ai decreti legge per sospendere diritti costituzionali, si veda C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, p. 1962 ss.

3. Il “Pacchetto sicurezza” del 2008/2009: a) le misure relative all’immigrazione irregolare

Il Pacchetto sicurezza del 2008/2009, in particolare, si caratterizza già nella sua intitolazione per un’interessante inversione lessicale: dalla “pubblica sicurezza” si passa alla “sicurezza pubblica”. Tale inversione sembra alludere ad una diversa accentuazione dei due termini, legata al crescente sbilanciamento dei nuovi paradigmi della sicurezza sul versante della prevenzione e della repressione, a discapito dell’utilizzo degli strumenti di garanzia tipici dello stato sociale. L’inversione lessicale adoperata, dunque, appare riflettere bene l’idea di sicurezza oggi dominante: cioè, quella declinata in termini di prevenzione dei rischi e conservazione dei beni e che si connette ad una logica securitaria segnata dal moltiplicarsi dei dispositivi di sorveglianza e di controllo e dall’affermarsi di politiche penali di “tolleranza zero”⁸⁵.

Il Pacchetto sicurezza appare fin da subito come un complesso intervento legislativo caratterizzato dalla “disomogeneità” ed “estemporaneità”⁸⁶ dei suoi provvedimenti, tenuti insieme da un unico comun denominatore: quello della sicurezza pubblica.

In realtà, quello della sicurezza pubblica, sembra essere un collante più che altro nominale che unisce interventi disparati, riguardanti il diritto e la procedura penale, le misure di prevenzione, i poteri dei sindaci, l’immigrazione clandestina, la microcriminalità diffusa e la criminalità organizzata.

Il Pacchetto si componeva di un decreto legge (d.l. n. 92 del 2008), tre decreti legislativi (di cui uno venne accantonato, mentre gli altri, il n. 159 e il n. 160 del 2008, venivano adottati il 3 ottobre 2008) e due disegni di legge (convertiti nella l. n. 94 del 2009).

I due decreti legislativi intervengono in maniera restrittiva sulla disciplina relativa all’esercizio del diritto di ricongiungimento familiare per gli stranieri (con il d.lgs. n. 160 viene previsto l’esame del DNA per accertare la parentela) e al riconoscimento dello *status* di rifugiato (in particolare, con il d.lgs. n. 159 si intende perseguire coloro che approfittano delle protezioni non avendone i requisiti).

⁸⁵ Cfr. G. BASCHERINI, *Su alcune recenti tendenze in materia di polizia degli stranieri*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2010, p. 5 ss.

⁸⁶ Sono le parole utilizzate dal Presidente della Repubblica nella (irrituale) lettera che ha accompagnato la promulgazione della legge n. 94 del 2009. In questa missiva presidenziale si leggeva: «gli originari 20 articoli del disegno di legge divennero però ben 66 nel testo licenziato dall’assemblea del Senato il 5 febbraio 2009 venendo poi accorpati in 3 attraverso la presentazione di “maxi-emendamenti” ai quali il Governo appose la questione di fiducia alla Camera: fiducia ottenuta il 14 maggio 2009 e poi nuovamente apposta al Senato sul medesimo testo per la definitiva approvazione del 2 luglio. I tre articoli della legge si compongono ora, rispettivamente, di 32, 30 e 66 commi. Con essi si apportano modifiche o integrazioni a 43 disposizioni del codice penale, a 38 disposizioni del testo unico sull’immigrazione, a 16 disposizioni dell’ordinamento penitenziario e a oltre circa 100 disposizioni inserite nel codice di procedura penale, nel codice civile e in 30 testi normativi complementari o speciali (...). A spiegare il ricorso ad una sola legge per modificare o introdurre disposizioni inserite in molti disparati corpi legislativi, tra i quali anche codici fondamentali, è stata anche la convinzione che queste attenessero tutte al tema della “sicurezza pubblica” nella sua accezione più ampia (...). Dal carattere così generale e onnicomprensivo della nozione di sicurezza posta a base della legge, discendono la disomogeneità e l’estemporaneità di numerose sue previsioni che privano il provvedimento di quelle caratteristiche di sistematicità ed organicità che avrebbero invece dovuto caratterizzarlo”. In conclusione il Presidente sottolineava come fosse “indispensabile porre termine a simili prassi, specie quando si legifera su temi che (...) riguardano diritti costituzionalmente garantiti e coinvolgono aspetti qualificanti della convivenza civile e della coesione sociale. È in giuoco la qualità e sostenibilità del nostro modo di legiferare».

Il decreto legge n. 92/2008, invece, recante misure urgenti per la sicurezza pubblica, viene convertito con la l. n. 125 del 2008 e sarebbe servito, secondo il ministro proponente Roberto Maroni a contrastare in maniera maggiormente efficace l'immigrazione clandestina ed a prevenire la microcriminalità diffusa attraverso il coinvolgimento dei sindaci. Infatti, a seguito del decreto del ministro Maroni, firmato il 5 agosto del 2008, i sindaci possono intervenire a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana e gestire le attività di prevenzione e contrasto alla criminalità.

Inoltre, all'articolo 7 bis di tale decreto legge, si prevede la realizzazione del "Piano per l'impiego del personale delle Forze Armate nel controllo del territorio", che consiste nell'impiego di uomini dell'esercito, dell'aeronautica militare, dell'arma dei carabinieri e della marina, in compiti di vigilanza di siti istituzionali e obiettivi sensibili e nel presidio del territorio.

Con la legge n. 94 del 2009 ("Disposizioni in materia di sicurezza pubblica") si individuano cinque macro aree di intervento: immigrazione clandestina; criminalità organizzata; criminalità diffusa; sicurezza stradale; decoro urbano. Ed è con la promulgazione di questa legge che viene pubblicato in Gazzetta Ufficiale anche il decreto del Ministro dell'Interno con cui si regolamentano le associazioni di osservatori volontari, ovvero di privati cittadini che avrebbero prestato servizio di volontariato nell'ambito della sicurezza urbana (le c.d. ronde).

Nonostante la pleora di questioni affrontate, gran parte delle misure contenute nel Pacchetto sicurezza finiscono, direttamente o indirettamente, per interessare l'immigrazione clandestina. Infatti la normativa in esame appare, in generale, volta all'inasprimento della disciplina di polizia degli stranieri⁸⁷ mediante interventi relativi sia all'espulsione penale ed amministrativa, sia alle figure di reato connesse all'ingresso ed al soggiorno irregolare.

Elementi simbolo della tendenza di questo intervento legislativo sono l'introduzione dell'aggravante di clandestinità (ex art. 1, co.1, lett. f) del d.l. 92/2008) – successivamente dichiarata incostituzionale⁸⁸ – e l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 1, co. 16, lett. a) della l. n. 94/2009).

In base alla prima disposizione menzionata, il reato commesso dallo straniero illegalmente presente avrebbe dovuto essere punito con una pena aumentata fino ad un terzo rispetto allo stesso reato commesso da un cittadino italiano: un'aggravante subordinata esclusivamente *ratione subiecti*⁸⁹ all'illegale presenza sul territorio ed in base alla quale si sarebbe realizzato un regime penale

⁸⁷ Espressione, quest'ultima, utilizzata da G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Torino, 1999 con riferimento al complesso delle discipline relative all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri.

⁸⁸ Sent. n. 249 del 2010.

⁸⁹ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questionegiustizia.it*, 1/2009, p. 106 ss.

differenziato con l'introduzione di elementi tipici del diritto penale d'autore in un sistema come il nostro che, in virtù di quanto sancito in Costituzione, dovrebbe essere incentrato sul fatto.

Non sembra rispondere ad una diversa *ratio* il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, reato che può essere commesso solo da determinate categorie di soggetti (apolidi ed extracomunitari) e che si lega a due condotte (ingresso e mancato allontanamento) considerate penalmente rilevanti in quanto lesive dello stesso bene giuridico: l'interesse dello Stato alla gestione e al controllo dei flussi migratori⁹⁰. Una parte della dottrina sottolinea la strumentalità del reato in questione all'espulsione, deducendone il contrasto con i principi costituzionali in materia penale, in base ai quali la scelta del paradigma da adottare deve essere subordinata solo alla sostanza del fatto e della condotta⁹¹. Inoltre, bisogna sottolineare che l'*iter* cui dà vita la disciplina del nuovo reato va ad intrecciarsi con il procedimento di allontanamento amministrativo già esistente, finendo con il costituire una sorta di doppione di quest'ultimo: con il risultato di rendere ancora più complicata e tortuosa l'intera materia.

Si conferiva in questo modo rilievo giuridico ad una distinzione fra immigrazione regolare ed irregolare il cui utilizzo, con il tempo, appare sempre più ideologico e finalizzato, in Italia e in Europa, ad accentuare lo sbilanciamento delle politiche in materia sul versante della repressione dell'irregolarità e dell'inasprimento dei meccanismi di allontanamento⁹².

Con questo intervento normativo, infatti, si accentua la criminalizzazione della irregolarità migratoria e si prevede una serie di misure volte ad isolare ulteriormente l'immigrato irregolare⁹³ «sino al punto di negargli o ostacolarli l'esercizio di veri e propri diritti fondamentali»⁹⁴.

In sintesi, le riforme in tema di immigrazione apportate dal pacchetto sicurezza sembrano rispondere ad una logica repressiva, volta a criminalizzare e marginalizzare ancora di più i migranti e

⁹⁰ Sent. n. 250 del 2010, punto 6.3 del *Considerato in diritto*.

⁹¹ Tale dottrina individua in questa fattispecie un reato il cui illecito si fonda sul tipo d'autore e la sua presunta attitudine a disobbedire, palesando un uso del diritto penale non più come diritto d'offesa, di pericolo del caso singolo, della colpa individuale, ma come un «diritto di polizia penalmente armato con scopi assorbenti di prevenzione generale» (M. DONINI, *op. cit.*, p. 127).

⁹² Cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali, l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, p. 130 ss.; sul tema, si veda anche, A. PUGIOTTO, "Purché se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente nei meccanismi di allontanamento dello straniero)*, Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in *RivistaAic.it*.

⁹³ Ad esempio, venivano previsti: l'obbligatoria espulsione penale dello straniero condannato per delitti contro la personalità dello Stato o a pena superiore ai due anni di reclusione (art. 1, co.1, lett. a) e b); la reclusione da sei mesi a tre anni per "chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio a uno straniero, privo di titolo di soggiorno in un immobile di cui abbia disponibilità, ovvero lo ceda allo stesso, anche in locazione" (art. 4); la creazione di nuovi reati di falso identitario e l'inasprimento delle pene di quelli già esistenti al fine di reprimere pratiche utilizzate dagli immigrati per eludere l'esecuzione dell'espulsione (art. 1, co. 1, lett. b) *ter, quater e quinquies*); il cambiamento, evidentemente considerato necessario ed urgente, della denominazione dei "centri di permanenza temporanea ed assistenza" in "centri di identificazione ed espulsione" (art. 9); il prolungamento a 180 giorni del termine massimo di soggiorno nei C.I.E. (art. 1, co. 22, lett. l).

⁹⁴ Così V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, il Sole 24 Ore, 19 maggio 2009, p.1.

ad alimentare «un'attitudine diffusa: pronta a individuare in ogni straniero un potenziale clandestino e in ogni clandestino un potenziale pericolo»⁹⁵.

Opinione che sembra essere condivisa dalla Corte costituzionale; almeno così si evincerebbe dalla sentenza n. 249 del 2010 con cui si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'aggravante di clandestinità per violazione degli artt. 3, co. 1 e 25, co. 2 Cost. La Corte riconosce, infatti, che «l'aggravante di cui alla disposizione censurata non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati»⁹⁶, ma si basa su di una presunzione assoluta di maggiore pericolosità legata esclusivamente ad una situazione soggettiva. La Corte continua affermando che «non potrebbe essere ritenuta ragionevole e sufficiente, d'altra parte, la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce». Per la Consulta simile contraddizione trova conferma nella modifica introdotta dall'art. 1, co. 1 della l. n. 94/2009 che escludeva l'applicabilità dell'aggravante ai cittadini comunitari: «(...) risulta che la particolare disciplina dell'aggravante censurata nel presente giudizio fa leva prevalentemente sullo *status* soggettivo del reo, giacché la circostanza non si applica ai cittadini di Stati dell'Unione europea neppure nella più grave ipotesi dell'inottemperanza ad un provvedimento di allontanamento (...) È evidente, in altre parole, che la giustificazione della fattispecie censurata non può fondarsi su una presunzione correlata alla violazione delle norme sull'ingresso e sulla permanenza nello Stato di soggetti privi della cittadinanza italiana»⁹⁷.

Dunque, il giudice costituzionale riconosce con questa sentenza che la *ratio* su cui poggia la disposizione contestata si concretizza in una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare proprio in quanto tale. Il legislatore, pur libero di optare per una penalizzazione delle violazioni delle norme che regolano i flussi migratori, non può, a parere della Corte «introdurre automaticamente e preventivamente un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile».

L'aggravante contestata, dunque, per la Consulta, fa dell'irregolarità «uno stigma», in base al quale legittimare trattamenti penali differenziati per un soggetto «i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità» ed entro i quali le qualità dell'individuo sottoposto a giudizio «rifluiscono nella qualità generale preventivamente

⁹⁵ Così G. BASCHERINI, *Su alcune recenti tendenze in materia di polizia degli stranieri*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2010, p. 18.

⁹⁶ Così al punto 5 del *Considerato in diritto* della sent. n. 249 del 2010.

⁹⁷ Così al punto 5 del *Considerato in diritto* della sent. n. 249 del 2010.

stabilita dalla legge, in base a una presunzione assoluta, che identifica un tipo d'autore assoggettato sempre e comunque a un più severo trattamento»⁹⁸.

Per quanto riguarda il reato di ingresso e soggiorno illegale, invece, la Corte, con la sentenza n. 250 del 2010 e con le ordinanze n. 252 e 253 del 2010, ha respinto le censure di illegittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quibus* tramite il riferimento ad un generico interesse dello Stato ad un'ordinata gestione dei flussi migratori.

Tali censure riguardavano, essenzialmente, la legittimità costituzionale della stessa scelta di penalizzare l'ingresso e il soggiorno illegale. Secondo la Corte, però, le scelte in materia di politica penale (e quindi, quelle relative a criminalizzare un dato comportamento e a stabilirne le relative sanzioni) spettano al legislatore e l'esercizio di tale discrezionalità è sindacabile in sede di controllo di legittimità costituzionale solo quando si è pervenuti a soluzioni manifestamente irragionevoli o arbitrarie⁹⁹. Così argomentando, i giudici della Consulta ritengono infondata la censura più radicale, quella, appunto, inerente la violazione dei principi di materialità e di necessaria offensività del reato, di cui all'art. 25, co. 2 della Costituzione¹⁰⁰. Infatti, l'articolo 10 bis del TUI, per la Corte, non colpisce un modo di essere della persona, ma un comportamento specifico¹⁰¹, non potendosi né affermare che tale disposizione punisca un mero illecito che non offende beni giuridici meritevoli di tutela (dato che protegge un bene identificabile «nella tutela dell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori»¹⁰²), né sostenere, visto che si reprime la commissione di un fatto oggettivamente antiggiuridico, che il reato in questione poggi su una presunzione assoluta di pericolosità¹⁰³.

Dunque, la previsione del reato di clandestinità non appare, al giudice costituzionale, arbitraria o irrazionale, ma subordinata all'interesse ad «un'ordinata gestione» dei flussi migratori che rende possibile «una protezione in forma avanzata del complesso dei beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata»¹⁰⁴. Un'«ordinata gestione», quindi, che deve collegarsi a diversi interessi pubblici, a vincoli internazionali e a politiche nazionali in materia di immigrazione che, a loro volta, sono il risultato di valutazioni che riguardano la sostenibilità, in termini sia economici che sociali, del fenomeno.

Ciò che appare contestabile non è l'effettiva esistenza di un interesse da parte dello Stato alla gestione ed al controllo dei flussi migratori, ma l'argomentazione addotta a sostegno di tale tesi. In particolare, il riferimento ad «un'ecologia socio-economica dell'insicurezza»¹⁰⁵ e il ricorso ad una

⁹⁸ Così al punto 9 del *Considerato in diritto* della sentenza in esame.

⁹⁹ Cfr. punto 5 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 250 del 2010.

¹⁰⁰ Cfr. G. BASCHERINI, *op. ult. cit.*, p. 20.

¹⁰¹ Cfr. punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰² Così al punto 6.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰³ Cfr. punto 6.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁴ Così al punto 6.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁵ Così al punto 6.3 del *Considerato in diritto*.

comparazione, forse troppo rapida e decontestualizzata, alla disciplina dell'immigrazione vigente in altri paesi europei¹⁰⁶.

In sintesi, le riforme caratterizzanti il pacchetto sicurezza (su tutte, aggravante e reato di clandestinità) si pongano in forte tensione con il principio di uguaglianza e con il suo “nucleo forte”, che comporta il divieto di distinzione *ratione subiecti* e l'esigenza di una normazione uniforme in materia di diritti fondamentali¹⁰⁷. Queste riforme incidono profondamente sui principi costituzionali del diritto penale, soprattutto in relazione alla *ratio* di garanzia che caratterizza le disposizioni iscritte nella prima parte del testo costituzionale¹⁰⁸.

A ciò si aggiunga che il sacrificio di queste garanzie, operato sull'altare di una più efficace gestione dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, non è riuscito a contrastare realmente l'immigrazione irregolare, favorendo piuttosto l'ulteriore marginalizzazione e stigmatizzazione dei migranti.

3.1. b) La costruzione della “sicurezza partecipata”: ordinanze sindacali e “ronde”

Con il Pacchetto sicurezza si conferma la tendenza verso la privatizzazione della pubblica sicurezza, procedimento che comporta una diffusione dei dispositivi di prevenzione e di sorveglianza e un ampliamento dei soggetti coinvolti nella sua gestione (che viene così ad estendersi a privati e ad enti pubblici).

In particolare, con la normativa in esame viene previsto un maggiore coinvolgimento degli enti locali¹⁰⁹ tramite il riconoscimento ai sindaci di un nuovo potere di ordinanza in materia di sicurezza urbana (ex art. 6 d.l. n. 92/2008) nell'ottica di costruire una “sicurezza partecipata”. Simili disposizioni sembrano confliggere con la disciplina delle competenze risultante dalla riforma del titolo V della Costituzione, dal momento che si risolvono in un'esaltazione del ruolo del sindaco come ufficiale di governo e in un rafforzamento della centralità delle prefetture. Questo nuovo potere di ordinanza (che ha ridisegnato l'art. 54 del T.u.e.l.) si è tradotto sia in una serie di iniziative “manifesto”, volte a

¹⁰⁶ Cfr. punto 6.5 e punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁷ Così, A. CERRI, *L'eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2005 p. 61 ss.

¹⁰⁸ A questi rilievi, bisogna aggiungere un'ulteriore considerazione di carattere generale. La distinzione fra la titolarità e l'esercizio dei diritti fondamentali dello straniero, caratterizzante fin dalle origini la giurisprudenza in materia e contestata da tempo dagli studiosi (Cfr. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, p. 217 ss.), sembra rappresentare la premessa che permette di trasformare il sindacato di costituzionalità in un problema «computazionale di misurazione dei diritti e delle loro garanzie» (così A. PUGIOTTO, *op. cit.*) e, soprattutto, che abitua all'idea che allo straniero spettino minori diritti e minori garanzie rispetto a quanto spetta al cittadino. Tale distinzione fra la titolarità e l'esercizio dei diritti, inoltre, ha indotto la giurisprudenza costituzionale a declinare il sindacato di costituzionalità sulla discrezionalità delle scelte legislative in materia, secondo il paradigma razionalità-ragionevolezza, non calibrando la sua analisi sul portato dei diritti costituzionalmente garantiti e rischiando, di conseguenza, che la tutela in materia si basi sulla coerenza con le variabili preferenze legislative, e non sulla coerenza con il quadro dei valori costituzionali (cfr. P. CERRONE, *Identità civica degli stranieri*, in *Politica del diritto*, 1995, p. 458).

¹⁰⁹ Il cui ruolo era stato già notevolmente riconsiderato tramite i “Patti per la sicurezza” conclusi fra il Ministro dell'interno e numerose amministrazioni locali a partire dal 2006.

limitare fenomeni che suscitano insicurezza in alcuni segmenti della popolazione spesso in ragione della loro visibilità più che della loro concreta pericolosità sociale (si pensi alle ordinanze contro lavavetri, ambulanti, venditori di kebab o writers), sia in misure incidenti sull'esercizio di importanti diritti fondamentali (come nel caso di ordinanze con cui i sindaci hanno impedito l'apertura di moschee o disposto la chiusura di quelle esistenti)¹¹⁰.

Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale che ha dichiarato illegittimo l'art. 54, co. 4 del T.u.e.l., come sostituito dall'art.6 del d.l. n. 92 del 2008, affermando che il potere affidato ai sindaci di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione si presenta «come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell'esigenza “di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”»¹¹¹. La Consulta evidenzia come tale disposizione si pone in contrasto con il principio di legalità sostanziale, dal momento che i poteri affidati ai sindaci, se mal esercitati, avrebbero potuto originare vere e proprie fattispecie penali in bianco, con la conseguente lesione del principio di uguaglianza e della esclusiva competenza dello Stato in materia penale. La Corte sottolinea, inoltre, come le «ordinanze sindacali oggetto del presente giudizio incidono, per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio), sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrare, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti, impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni ai soggetti considerati»¹¹².

Con la legge n. 94 del 2009 (art. 3, co. 40), è stata ammessa la costituzione delle “ronde”, associazioni volontarie di cittadini coinvolti nella gestione della sicurezza urbana. Con tale articolo si 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 possono arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale”.

Le problematiche relative a tale disposizione ruotano intorno al riferimento alla “sicurezza urbana”, i pericoli per la quale sono indicati come il principale oggetto delle attività di segnalazione delle associazioni. Ciò si può dedurre da diversi elementi: dal ruolo del prefetto, titolare di ampie funzioni di controllo sulle associazioni; dal fatto che destinatari delle segnalazioni siano le forze di polizia, anche statali, non altri organi pubblici (come, ad esempio, i servizi sociali comunali). Tenendo conto di queste previsioni, appare difficile negare che la *ratio legis* sia quella di promuovere e sostenere

¹¹⁰ Cfr. G. BASCHERINI, *A mezzanotte va la ronda... Osservazioni in tema di sicurezza attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 226 del 2010*, in *Costituzionalismo.it*, p.4

¹¹¹ Sent. n. 115 del 2011, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹¹² Sent. n. 115 del 2011, punto 5 del *Considerato in diritto*.

aggregazioni volontarie di cittadini, le cui segnalazioni hanno l'evidente scopo di prevenire la commissione di reati. D'altro canto, è questa la lettura conforme a costituzione della disposizione in esame, dato il riparto di competenze segnato dall'articolo 117, in particolare al comma 2 lett. h): "Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: (...) h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale". Da qui, si deduce, infatti, che la competenza statale è incentrata sulla prevenzione dei reati e sul mantenimento dell'ordine pubblico e che, al di là di tale ambito, si estendono le funzioni di polizia amministrativa locale e quelle, in generale, di *welfare*, le quali hanno sempre anche lo scopo di prevenire, mediante il contenimento del disagio sociale, la diffusione della devianza. Tale confine spiega perché l'intervento del legislatore regionale non possa mai avere una connotazione prettamente securitaria e perché gli interventi del legislatore statale possono considerarsi costituzionalmente legittimi solo nella misura in cui siano funzionali alla prevenzione dei reati ed alla tutela dell'ordine pubblico *dans la rue*¹¹³.

I primi commenti in dottrina circa le previsioni di cui all'art. 3, co. 40 della l. n. 94/2009 hanno denunciato il rischio di un arretramento sul terreno del principio base degli Stati moderni in virtù del quale spetta allo Stato il monopolio dell'uso della forza¹¹⁴, e hanno declinato l'intervento delle associazioni di cittadini nella gestione della pubblica sicurezza come «l'esito finale di una concezione distorta, che individua nella sicurezza una sorta di bene privato, per la cui difesa diventa possibile mettere addirittura in discussione quel carattere dello Stato che lo differenzia da ogni altro ente: il monopolio della forza»¹¹⁵. In effetti, se è vero che ai volontari non è assegnato alcun potere speciale (né di coercizione, né di identificazione, né di accertamento), questo non porta ad escludere che costoro possano comunque trovarsi in circostanze tali da favorire o legittimare l'uso della forza.

Le disposizioni previste dall'art. 3 co. 40 ss. (c.d. *ronde*) l. 94/2009 e dall'art. 6 d.lgs. n. 92/2008, sono state l'occasione per riprendere il dibattito circa il concetto di "sicurezza urbana", incentrato principalmente attorno a due letture differenti. Da un lato, c'è chi considera la sicurezza urbana come parte dell'ordine pubblico¹¹⁶; dall'altra, chi declina la sicurezza urbana come quell'insieme coordinato di competenze, statali e non statali, volte non solo alla prevenzione ed alla repressione criminale, ma anche alla promozione e coesione sociale¹¹⁷. I primi, ritengono di rinvenire la portata dell'art. 54 T.u.e.l. (così come novellato dall'art. 6 d. lgs. 92/2008) e, quindi della sicurezza urbana, nella

¹¹³ Cfr. M. MASSA, *I vigilanti privati e il volto pubblico della pubblica sicurezza*, in *Costituzionalismo.it*, p. 2.

¹¹⁴ Cfr. V. D'AMBROSIO, *Il pacchetto sicurezza: un'occasione sprecata*, in *Astrid-online.it*.

¹¹⁵ Così G. BRUNELLI, *L'inquietante vicenda delle ronde: quando la "sicurezza partecipata" mette a rischio la legalità costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, p. 4.

¹¹⁶ Cfr. G. CAIA, *L'amministrazione della pubblica sicurezza e le forze di polizia: l'assetto delle competenze ed il coordinamento in relazione ai recenti interventi normativi*, in AA.VV., *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2009, n.125 ed il decreto del Ministro dell'interno*, Utet, Bologna, 2009, p. 77 ss.

¹¹⁷ Cfr. L. VANDELLI, *I poteri del sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 del TUEL*, in AA.VV., *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2009, n.125 ed il decreto del Ministro dell'interno*, cit., p. 51 ss.

locuzione costituzionale “ordine pubblico e sicurezza” (di cui all’art. 117, co. 2, lett. h) e sostengono che ordine pubblico e sicurezza pubblica debbano essere esaminati come un unico concetto enunciato con due termini coordinati.

Per i secondi, invece, la sicurezza urbana si distingue dai concetti tradizionali di ordine pubblico e sicurezza, riferendosi al contesto urbano e alludendo, dunque, alla responsabilità delle istituzioni a livello locale. Questa declinazione del concetto induce a considerare la sicurezza urbana come il risultato dell’esercizio di funzioni fra di loro connesse, frutto di un’attività di coordinamento fra attori istituzionali diversi.

La Corte, interrogata in merito alla legittimità costituzionale dell’articolo in esame, sposa, con la sent. n. 226 del 2010, il primo dei due indirizzi interpretativi delineati dalla dottrina e identifica la sicurezza urbana con la sicurezza e l’ordine pubblico, declinandola in termini restrittivi come attività di prevenzione e repressione dei reati; così afferma di non poter condividere l’eccezione sollevata dalla regione Toscana, secondo cui il ricorso a volontari, circoscritto all’ambito di competenza di cui all’art. 117, co. 2 lett. h), comporterebbe l’affidamento a privati di funzioni necessariamente pubbliche.

Giunge, invece, ad una diversa conclusione per quanto riguarda il “disagio sociale”. La Consulta parte da un’analisi letterale dell’art. 3 della l. 94/2010, evidenziando l’uso della congiunzione disgiuntiva “ovvero”, che palesa l’intento del legislatore di evocare situazioni altre rispetto a quelle cui si riferisce la precedente espressione, relativa (come si è visto) alla prevenzione dei reati. Si concentra, poi, sulla genericità della formula “disagio sociale”, che comprende una pluralità di situazioni di difficoltà ed emarginazione sociale, scaturenti da diversi fenomeni (legati al sesso, alla razza, a ristrettezze economiche, a difficoltà familiari, a immigrazione, tossicodipendenza e altro) e quindi non affrontabili con un approccio prettamente securitario. Situazioni così eterogenee fra di loro e con profili identitari e sociali molto differenti, «reclamano interventi ispirati a finalità di politica sociale, riconducibili segnatamente alla materia dei servizi sociali»¹¹⁸. Materia, quest’ultima, di competenza legislativa regionale residuale, ed entro la quale ricadono l’insieme delle attività inerenti l’organizzazione e la fornitura di servizi o di prestazioni economiche «destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario»¹¹⁹.

Il giudice delle leggi utilizza una terminologia particolarmente incisiva e definisce «elemento spurio ed eccentrico»¹²⁰ il riferimento a situazioni di disagio sociale contenuto nelle disposizioni impugnate: se la *ratio legis* è quella di contribuire, sulla base di un modello partecipato, alla sicurezza pubblica

¹¹⁸ Così al punto 5.4 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 226 del 2010.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

intesa come repressione e prevenzione dei reati, l'utilizzo delle ronde per risolvere situazioni di disagio sociale appare del tutto decontestualizzato, soprattutto alla luce del principio di solidarietà che anima l'intero dettato costituzionale e che impedisce di legittimare una regressione morale e culturale che porta ad identificare, in un'ottica esclusivamente repressiva, il disagio sociale con la criminalità¹²¹. Difatti, la stessa Corte aveva già rilevato, in una sua precedente sentenza, che «gli squilibri e le forti tensioni che caratterizzano le società più avanzate producono condizioni di estrema emarginazione, sì che senza indulgere in atteggiamenti di severo moralismo, non si può non cogliere con preoccupata inquietudine l'affiorare di tendenze, o anche soltanto tentazioni, volte a nascondere la miseria e a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli»¹²².

In sintesi, la sentenza n. 226 del 2010 dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 3, co. 40 della l. n. 94/2010 per contrasto con l'art. 117, co. 4 della Costituzione, limitatamente alle parole “ovvero situazioni di disagio sociale” e, di conseguenza, circoscrive l'attività delle associazioni volontarie di cittadini alla sola segnalazione di eventi pericolosi per una sicurezza urbana intesa come sinonimo di sicurezza pubblica.

In conclusione potrebbe dirsi che ad una norma annuncio, come quella introduttiva delle ronde, la Consulta risponde con una sentenza che lancia un forte monito ed interviene, così, nel dibattito riguardante il passaggio dalla sicurezza dei diritti al diritto alla sicurezza con argomentazioni volte a frenare gli ampliamenti in materia di pubblica sicurezza caratterizzanti la logica securitaria cui sembrano rispondere gli interventi del legislatore. Infatti, dichiarando incostituzionale il riferimento alle situazioni di disagio sociale, la Corte si pone in controtendenza rispetto ai tentativi di supplire all'assenza di sicurezza sociale mediante il ricorso ad un'interpretazione ideale della sicurezza pubblica, ribadendo che la risposta alla crescente marginalizzazione di determinate categorie non è la criminalizzazione, ma l'attuazione di politiche sociali e di integrazione. E inoltre, riconducendo la nozione di sicurezza urbana alle categorie di ordine pubblico e sicurezza *dans la rue*, la Consulta sembra, in qualche modo, confermare che non competono al legislatore regionale interventi connotati in senso prettamente securitario ed al contempo che ogni intervento del legislatore statale in materia di ordine pubblico e sicurezza è costituzionalmente legittimo se ed in quanto strumentale alla prevenzione e repressione dei reati, ovvero al mantenimento dell'ordine materiale¹²³.

¹²¹ Cfr. S. ROSSI, *Ronde e disagio sociale. Note a Corte costituzionale n. 226/2010*, in *Forumcostituzionale.it*, par. 5.

¹²² Così al punto 3 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 519 del 1995.

¹²³ Cfr. G. BASCHERINI, *A mezzanotte va la ronda... Osservazioni in tema di sicurezza attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 226 del 2010*, cit., p. 5-6.

4. I “decreti-legge Minniti”; a) le novità introdotte in materia di protezione internazionale e immigrazione

Nel febbraio del 2017, il Governo ha approvato in stretta successione due decreti legge, entrambi a firma del Ministro dell’Interno Marco Minniti: i decreti legge n. 13 e n. 14 del 2017 (convertiti con modificazioni, rispettivamente, dalla legge n. 46 del 2017 e n. 48 del 2017) recanti il primo misure relative ai procedimenti in materia di protezione internazionale e al contrasto dell’immigrazione irregolare, il secondo disposizioni in materia di sicurezza delle città. Il legislatore, dunque, conferma la tendenza già evidenziata ad uniformare le modalità di approccio nella trattazione di due distinte problematiche, come appare evidente se si guarda alla loro disciplina, i cui tratti sembrano, in entrambi i casi, quello propri del diritto penale simbolico e del nemico.

Un’ulteriore considerazione preliminare. I cc.dd. decreti legge Minniti (in particolare il d.l. n. 13 del 2017, recante “Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale”, convertito con modifiche nella legge n. 46 del 2017) sono un chiaro esempio non solo della politica penale che da anni caratterizza le scelte dei vari legislatori, ma anche di quel mito della governabilità¹²⁴ in nome del quale si stanno comprimendo diritti e alterando le garanzie del nostro ordinamento. In effetti, per legiferare su argomenti particolarmente delicati e importanti come la protezione internazionale, l’immigrazione, e la sicurezza delle città, è stato scelto lo strumento della decretazione d’urgenza, con la conseguente compressione del dibattito parlamentare; compressione tanto più significativa in quanto, in fase di conversione, la discussione in Senato è stata schiacciata dall’apposizione della questione di fiducia, con la quale i decreti sono stati approvati e inviati alla Camera. Di più: l’articolo 21 del d.l. n. 13 del 2017 dispone al primo comma che una cospicua parte delle disposizioni previste dagli articoli precedenti venga applicata non immediatamente, ma trascorsi centottanta giorni dall’entrata in vigore del testo in esame. Una simile previsione sembrerebbe, come da più parti sottolineato¹²⁵, in aperto contrasto con i presupposti legittimanti il decreto legge, dal momento che, non contenendo norme di immediata applicazione, non presenterebbe il requisito della straordinaria urgenza.

A ciò si aggiunga che, dalla relazione illustrativa del d.l. presentata al Senato, nella quale vengono presi in considerazione i dati relativi alle richieste di protezione internazionale dal 2013 in poi, si

¹²⁴ Per un’analisi sul tema della governabilità e del bilanciamento con i diritti, si veda, *ex plurimis*, G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2016; G. FERRARA, *La crisi del neoliberalismo e la governabilità coatta*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013; E. OLIVITO, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, parte I, pp. 39 ss.

¹²⁵ Cfr. il decreto legge n. 13/2017: le principali ragioni di illegittimità, in *Asgi.it*.

profila un quadro non particolarmente allarmante¹²⁶. Soprattutto se ci si sofferma sul dato che l'aumento più consistente di tali domande risale all'anno 2014 e che già l'anno successivo, nonostante un ulteriore incremento, le domande evase dalle Commissioni risultano comunque in aumento (96,06%). Lo stesso dicasi per quanto riguarda l'"emergenza" sicurezza nelle città: i dati relativi alla criminalità in Italia sono in calo come dimostra la Relazione del Ministero dell'Interno sulle Forze di Polizia, sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica presentata in Parlamento il 9 febbraio 2017 e relativa all'anno 2015. Dall'atto in questione si ricava che «La flessione dei reati riscontrata nel 2015 ha riguardato, in particolare, le violenze sessuali (- 6,04 %); le rapine (- 10,62%), i furti (- 6,97%), l'usura (- 7,41%) lo sfruttamento della prostituzione-pornografia minorile (-3,03%)». Paradossalmente, si tratta proprio di quei reati contro cui sono predisposte le norme del d.l. 14/2017 e che dovrebbero giustificare la necessità e l'urgenza del provvedere.

Non si tratterebbe, allora, di questioni improvvise e straordinarie, tali da giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza, ma di situazioni esistenti da tempo e che, dato l'inevitabile impatto sociale e politico che producono, ponendo sfide importanti al costituzionalismo moderno e alla tenuta dei diritti, meriterebbero di essere affrontata con i tempi di un *iter* legislativo ordinario.

Per quanto concerne il contenuto del primo decreto (relativo alla protezione internazionale e all'immigrazione), occorre soffermarsi innanzitutto sull'art. 6, rubricato "Modifiche al decreto legislativo n. 25 del 2008" (atto con cui si dava attuazione alla direttiva 2005/85/CE, contenente le norme minime per le procedure da applicare negli stati membri per il riconoscimento o la revoca dello status di rifugiato) con cui, all'art. 4 si istituivano le Commissioni ministeriali (organismi politico-amministrativi facenti capo al Ministro dell'Interno, presieduti dal prefetto e costituiti anche da enti territoriali). Con tale disposizione – art. 6, co.1 lett.c) – si introduce la novità della videoregistrazione del colloquio effettuato dal richiedente davanti alla commissione territoriale.

Nonostante in sede di conversione tale disposizione sia stata parzialmente modificata prevedendo sia la cooperazione di un interprete che rilegga all'interessato il verbale della trascrizione, sia la possibilità per il richiedente di rifiutare motivatamente la videoregistrazione (tramite un'istanza che dovrà comunque essere decisa dalla commissione con provvedimento non impugnabile), i dubbi circa la legittimità del provvedimento permangono. Infatti, coerentemente alla logica del d.l. in esame, volto essenzialmente alla sola ottimizzazione dei tempi velocizzando le procedure, il video dell'audizione del richiedente può essere utilizzato in funzione sostitutiva della presenza dell'immigrato in udienza

¹²⁶ Dalla relazione emergono i seguenti dati: «(...) Nel 2014 l'incremento delle domande rispetto al 2013 è stato pari al 143 per cento. (...) Nel 2015 l'incremento delle domande rispetto al 2014 è pari al 32,33 per cento, mentre quello delle decisioni rispetto all'anno precedente è pari al 96,06 per cento (...). Rispetto al 2015, nel 2016, le domande sono aumentate del 47,20 per cento, mentre le decisioni sono aumentate del 28,10 per cento». Si veda, *Atto del Senato n.2705 – disegni di legge e relazioni – documenti*.

(essendo quest'ultima solo eventuale) e si pone, dunque, in contrasto con gli obiettivi indicati dalle disposizioni dell'Unione europea in materia. Più precisamente, la Direttiva 2013/32/UE prevede l'obbligo per gli stati membri di garantire che al richiedente, nei casi di decisione sulla domanda di protezione internazionale, sia riconosciuto il diritto ad un "ricorso effettivo dinanzi ad un giudice" basato su di un "esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto"¹²⁷, cioè su di una valutazione da parte del giudice effettuata al momento stesso della sua decisione e in maniera piena e diretta. Il rispetto di questa disposizione imporrebbe, dunque, la partecipazione della parte all'udienza, soprattutto se si tiene conto del fatto che, in materia di protezione internazionale, spesso, le dichiarazioni rese dal richiedente rappresentano gli unici mezzi di prova su cui si basa la domanda e, quindi, il presupposto in base al quale il giudice valuta la credibilità del richiedente e decide sul riconoscimento o meno del diritto in questione. Ancor prima della direttiva europea richiamata, è la nostra Costituzione a impedire che in un procedimento avente ad oggetto una compressione di diritti fondamentali, il contraddittorio possa realizzarsi attraverso la semplice videoregistrazione.

Il rischio di non rispettare quanto sancito dalla direttiva europea e dal nostro testo costituzionale è acuito dalla disposizione di cui alla lettera g) (sempre dell'articolo 6, comma 1), in base alla quale viene riscritta la disciplina delle controversie in materia di protezione internazionale, prevedendo per la loro risoluzione l'applicazione del rito camerale a contraddittorio scritto e ad udienza solo eventuale (passando, cioè, dal rito sommario di cognizione al rito camerale ex art. 737 c.p.c.): è questa, probabilmente, la previsione più significativa del provvedimento.

Infatti, nel nostro ordinamento giuridico, fino all'entrata in vigore di tale disposizione, nessun conflitto attinente i diritti soggettivi e fondamentali della persona veniva risolto tramite il ricorso al particolare modello processuale del rito camerale, caratterizzato dall'assenza di regole predeterminate dal legislatore ed in cui la formazione della prova è affidata alla discrezionalità del giudice: l'estensione di una simile disciplina ad una materia come quella della protezione internazionale coinvolgente diritti fondamentali (come il diritto alla vita e il diritto alla salute), determina un'evidente lesione del principio del contraddittorio e del giusto processo ex art. 111 della Costituzione. A questo, inoltre, bisogna aggiungere quanto stabilito dal comma 10, dal comma 11, e dal comma 13 dello stesso articolo. I primi due definiscono la disciplina della comparizione della parte in udienza, stabilendo che potrà essere disposta dal giudice solo in alcuni, specifici, casi¹²⁸.

¹²⁷ Art. 46 della Direttiva 2013/32/UE.

¹²⁸ E cioè quando: 1) visionata la registrazione dell'audizione, egli ritenga comunque necessario sentire il ricorrente; 2) consideri indispensabile richiedere alcuni chiarimenti alle parti; 3) valuti necessario disporre consulenza tecnica o assumere mezzi di prova; 4) non sia disponibile il video; 5) l'interessato abbia fatto motivata richiesta e il giudice ritenga di accoglierla; 6) l'impugnazione si fondi su elementi non dedotti davanti alla commissione.

Ne deriva un modello processuale in cui il contraddittorio è solo eventuale ed in cui, non essendoci precise regole predeterminate, molto è affidato alla discrezionalità del magistrato, con la conseguente irragionevole disparità nell'applicazione della norma.

Di più: il comma 13 stabilisce la non reclamabilità del decreto con cui il tribunale si pronuncia sul riconoscimento al ricorrente dello status di rifugiato. Si elimina, cioè, il doppio grado di merito, nonostante quanto specificato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 170 del 2009, con cui si legittimava l'uso del rito camerale nella tutela di diritti soggettivi solo a condizione che venisse garantita l'impugnazione sia per ragioni di legittimità che per motivi di merito. Una scelta, quella di eliminare l'appello in una materia inerente i diritti fondamentali, che sembra ai limiti dell'irragionevolezza se si guarda all'intero ordinamento giuridico italiano, in cui è prevista la garanzia dell'appello nella quasi totalità delle controversie civili (anche di bassissimo valore).

Dal decreto in esame deriva, dunque, una disciplina unica nell'ordinamento italiano in materia di diritti soggettivi: anomalia ancor più grave se si considera che la protezione internazionale riguarda diritti costituzionali rientranti tra i principi fondamentali della repubblica (art. 10, co. 3 Cost.) e che, eliminando l'appello, si determina un'articolazione differente del diritto per i soli richiedenti asilo, violando il principio d'eguaglianza di cui all'articolo 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza.

In sintesi, le disposizioni previste dal testo in esame delineano in materia di riconoscimento della protezione internazionale, un procedimento caratterizzato dall'adozione del rito camerale a contraddittorio solo eventuale in cui la formazione della prova è demandata (nella maggior parte dei casi) alla visione di una videoregistrazione, quindi ad un mero controllo formale di quanto stabilito dalle commissioni territoriali in sede amministrativa, e la cui decisione è reclamabile solo in Cassazione.

Novità importanti vengono poi introdotte dal capo III del decreto-legge in esame relativamente a quelle forme di detenzione amministrativa dello straniero irregolare che, sebbene formalmente estranee alla materia penalistica, sostanzialmente incidono in maniera evidente sulla libertà personale.

In un'ottica repressiva del fenomeno dell'immigrazione, si continua a percorrere la strada del diritto penale simbolico e del nemico, come si percepisce già dalla rubrica del capo ("Misure per l'accelerazione delle procedure di identificazione e per la definizione giuridica dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale e del traffico dei migranti") e come viene confermato dalle disposizioni di alcuni articoli in particolare.

Ad esempio, l'articolo 17 introduce disposizioni in materia di identificazione degli stranieri rintracciati come irregolari nel corso dell'attraversamento della frontiera o soccorsi in operazioni di salvataggio in mare, attraverso il rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico nei "punti di crisi", (*Hotspot*) e, al comma 3, stabilisce che il rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi a tali rilievi,

viene considerato rischio di fuga e, di conseguenza, comporta il trattenimento, disposto dal questore, nei centri di permanenza temporanea per una durata massima di trenta giorni.

Come da più parti evidenziato¹²⁹, il “sistema Hotspot” è caratterizzato dall’assenza di una base legale che possa qualificare la natura giuridica di tali centri e che, quindi, vada a legittimarli, permettendo finalmente di definirne l’oscura natura giuridica che oscilla fra diversi modelli alternativi. Non si comprende, infatti, se questi hotspot possano essere ricondotti ai centri di prima accoglienza e quindi venire considerati come *species* di un *genus* già esistente, oppure se, data la pluralità e la complessità delle operazioni svolte in questi punti, essi costituiscano un «*tertium genus*»¹³⁰. Ad ogni modo, nonostante l’incertezza circa la qualificazione di tali centri, sembra comunque estendibile alla disciplina di questi ultimi quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 105 del 2001¹³¹: qui, in relazione al trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e assistenza, la Consulta affermava la piena applicabilità delle garanzie previste dall’articolo 13 Cost., riconducendo tale misura alle “altre restrizioni della libertà personale” menzionate nello stesso articolo e sottolineando, dunque, che «non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell’art. 13 della Costituzione»¹³².

Dunque, potremmo definire il “sistema hotspot” come un «metodo amministrativo di identificazione e gestione dei flussi migratori non formalizzato in una base legale di diritto interno – ma neppure europeo –, che si sovrappone alla normativa vigente nel nostro ordinamento giuridico e che contrasta, quindi, non soltanto con la legalità ordinaria (...) ma soprattutto con le garanzie costituzionali previste dall’art. 13 della Costituzione»¹³³. Si assiste, così, ad un’evidente lesione di diritti collocati fra i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale, essendo violata la riserva di legge assoluta posta dall’articolo 10 in merito alla condizione giuridica dello straniero (secondo comma) e alla garanzia del diritto d’asilo (terzo comma), e dall’articolo 13, dal momento che restringimenti della libertà personale di questa importanza sono disposti sulla base di una procedura amministrativa, nel silenzio del legislatore.

Né sembra che l’articolo 17 del d.l. in esame vada a colmare l’assenza di una base normativa su cui costruire il sistema Hotspot: in effetti, il legislatore si limita a ribadire l’obbligatorietà dell’identificazione dei migranti e ad enunciare un irrigidimento nelle procedure per i rilievi fotodattiloscopici.

¹²⁹ *Ex plurimis*, F. VASSALLO PALEOLOGO, *Diritti sotto sequestro. Dall'emergenza umanitaria allo stato di eccezione*, Aracne, Roma, 2012; S. PENASA, *L'approccio hotspot nella gestione delle migrazioni. Quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *RivistaAIC.it*.

¹³⁰ Si sofferma approfonditamente su tale argomento, S. PENASA, *op. cit.*, pp. 11-17, che, nel descrivere la disciplina italiana, definisce l’hotspot un ibrido giuridico e analizza la compatibilità di questo con il dettato costituzionale.

¹³¹ Per un’analisi della sentenza, si veda G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell’immigrazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/2001, pp. 1860 ss.

¹³² Sent. n. 105 del 2001, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹³³ A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell’Unione europea fra sistema Hotspot e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, parte I, pp. 91-92.

Si continua, dunque, sulla strada della legittimazione dei “punti di crisi” senza preoccuparsi di qualificarli giuridicamente: il legislatore, perseverando nella violazione delle due riserve (di legge e di giurisdizione) di cui all’art. 13, omette di qualificare la natura di questi centri, come omette di definire le modalità e i tempi entro cui può essere limitata la libertà personale dei cittadini stranieri.

E non si può dubitare che gli hotspot siano quantomeno dei luoghi in cui la persona vive in una situazione di degrado: a ribadirlo c’è anche la pronuncia con cui la Grande Camera della Corte EDU, nel dicembre 2016, in relazione all’hotspot di Lampedusa, ha condannato l’Italia (caso *Khlaifia vs. Italia*) per violazione dell’articolo 5 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo¹³⁴. Nella sua pronuncia la Corte ha equiparato la struttura in questione ad un luogo di detenzione in cui gli stranieri vengono trattenuti senza una base legale: una simile restrizione della libertà personale senza un provvedimento di un giudice alla base che la giustifichi, non solo è illegittima ai sensi dell’articolo 13 della Costituzione, ma, rendendo impossibile la garanzia di un ricorso effettivo, viola anche l’articolo 13 CEDU.

Misure egualmente rilevanti appaiono quelle previste dall’articolo 19, che novella il Testo unico sull’immigrazione di cui al d. lgs. n. 286 del 1998, e che prevede, essenzialmente, un rilancio delle strutture di trattenimento. Il primo comma dispone un semplice ma significativo mutamento nella denominazione: si passa da “centro di identificazione ed espulsione” a “centro di permanenza per i rimpatri”, locuzione che, ancor più fuor di metafora, sembra strizzare l’occhio agli slogan della politica più populista nel tentativo di trasmettere sicurezza.

Più concretamente, il secondo comma, alla lettera a), prevede, modificando l’articolo 14, comma 5 del d.lgs. n. 286 del 1998, un prolungamento di 15 giorni dei termini massimi (90 giorni) di trattenimento presso un centro dello straniero che abbia già scontato il periodo di detenzione in carcere. Non solo: il terzo comma dispone, per assicurare una più efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione, un incremento del numero dei nuovi CPR (centri di permanenza per il rimpatrio), distribuendoli sull’intero territorio nazionale, privilegiando le aree esterne ai centri urbani dove siano presenti strutture di proprietà pubblica di capienza limitata.

In sintesi, ciò che emerge da tali disposizioni è un quadro fatto di tanti piccoli centri di trattenimento, dalla ambigua fonte normativa, in cui viene privata la libertà tramite provvedimenti amministrativi e che, per di più, devono espressamente essere situati ai margini delle città: una ghettizzazione legale di soggetti già marginalizzati socialmente.

¹³⁴ Cfr. A. GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Penalecontemporaneo.it*.

4.1. b) il decreto legge n. 15 del 2017 e le misure relative alla sicurezza delle città

Il secondo decreto legge che compone il Pacchetto Minniti è intitolato “Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città”. Come si legge nella premessa, si tratta di un atto normativo adottato per rispondere alla “straordinaria necessità ed urgenza di introdurre strumenti volti a rafforzare la sicurezza delle città e la vivibilità dei territori e di promuovere interventi volti a rafforzare la sicurezza delle città e la vivibilità dei territori e di promuovere interventi volti al mantenimento del decoro urbano”.

Al centro delle nuove norme in materia di sicurezza urbana che tale disposizione contiene, c'è, dunque, il decoro, come si evince anche dal testo dell'art. 4 dello stesso decreto in cui la sicurezza urbana viene definita come “il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città”.

Il ricorso a tale categoria ha suscitato perplessità in dottrina¹³⁵, trattandosi di un concetto che si collega ad una visualizzazione plastica della decenza, che opera quindi su di un piano estetico e serve a distinguere e a giustificare l'esclusione giuridica¹³⁶. Che l'obiettivo perseguito con l'intervento normativo in esame sia quello puramente estetico del raggiungimento del decoro urbano è dimostrato anche dal fatto che, a dispetto di quanto proclamato nell'art. 4 (con cui ci si pone l'obiettivo dell'“eliminazione di fattori di marginalità sociale e di esclusione sociale nonché l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale”), le norme successive non dispongono conseguenti azioni sul *welfare* locale.

Infatti, il decreto in esame prevede il rafforzamento di poteri amministrativi e di ordine pubblico posti nelle mani di sindaci, prefetti e questori, nell'ottica di una eliminazione visiva delle marginalità sociali ritenute elementi capaci di deturpare il decoro e la quiete pubblica¹³⁷.

L'obiettivo è quello di promuovere la cosiddetta “sicurezza integrata”, ovvero la gestione dell'ordine pubblico attraverso gli interventi congiunti di Stato, Regioni, Enti locali ed anche di privati.

Da tali premesse è già evidente l'adesione ad una declinazione della sicurezza come diritto, la cui tutela è considerata talmente prioritaria da giustificare l'adozione di misure che incidono sensibilmente sull'esercizio di diritti fondamentali e sul riparto di competenze, ridisegnando, in particolare, il ruolo dei sindaci.

L'art. 8, co. 1, ad esempio, aggiunge al tradizionale potere di adottare ordinanze in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, il potere per il sindaco di adottare ordinanze in relazione alla

¹³⁵ P. GONNELLA, *Le nuove norme sulla sicurezza urbana, decoro versus dignità*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, parte III, p. 60, afferma che il decoro è «un ornamento, non è mai l'essenza...porre al centro delle politiche pubbliche il decoro significa rimandare concettualmente alla convenienza o meno dell'agire umano».

¹³⁶ T. PITCH, *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, Bari, 2013.

¹³⁷ P. GONNELLA, *op. cit.*, p. 63-64.

necessità ed all'urgenza di intervenire per superare situazioni di incuria o degrado del territorio o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana. Si specifica che gli interventi devono essere diretti a “prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illeciti, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori o disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti”.

Nello stesso articolo viene attribuito al sindaco anche un potere “ordinario”, cioè svincolato dalla contingibilità ed urgenza, consistente nella possibilità di adottare ordinanze che stabiliscono limitazioni in materia di orari di vendita di bevande alcoliche “al fine di assicurare il soddisfacimento delle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti nonché dell'ambiente e del patrimonio culturale in determinate aree della città interessate da afflusso particolarmente rilevante di persone”.

In sintesi, al sindaco viene demandata una cospicua parte dell'esercizio della politica criminale e di sicurezza, determinando una disomogeneità all'interno del territorio nazionale nell'esercizio della libertà personale o di circolazione che, conseguentemente a tali disposizioni, potrebbe mutare da città a città.

Tutto ciò in aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 115 del 2011¹³⁸, dal momento che l'esercizio del potere di ordinanza nuovamente formulato, legato a finalità decisamente generiche e imprecise (come il “decoro”, la “vivibilità”, il “degrado”, l'“incuria”), è potenzialmente uno strumento capace di determinare importanti limitazioni alla libertà delle persone.

Contrasto che è ancora più evidente nell'articolo 9 del decreto, in base al quale si introduce il c.d. Daspo urbano, un provvedimento di allontanamento adottato dal sindaco in collaborazione con il prefetto con cui viene multato e poi allontanato¹³⁹ da alcune aree della città chiunque abbia posto in essere condotte che limitano il libero accesso e la fruizione “delle aree interne delle infrastrutture fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze”. Tramite regolamenti di polizia urbana, la misura può essere estesa anche ad aree dove vi sono scuole, università, musei, parchi archeologici, aree verdi e, evidenziamo, *zone interessate da consistenti flussi turistici*: si rende così palese il carattere prettamente simbolico del DASPO urbano¹⁴⁰. Misura che, in base al comma 2 dell'articolo in esame, può colpire anche chi, negli

¹³⁸ Con questa pronuncia, come visto nel paragrafo 3.1., la Corte è intervenuta sui poteri di ordinanza che il pacchetto sicurezza del 2008 affidava ai sindaci dichiarando illegittimo l'art. 54, co. 4 del T.u.e.l. così come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 92 del 2008.

¹³⁹ La sanzione amministrativa pecuniaria è accompagnata da un ordine di allontanamento per 48 ore dai luoghi interessati.

¹⁴⁰ Tale misura è stata così ribattezzata perché mutuata dall'istituto del DASPO introdotto dalla legge n. 401 del 1989, una misura di prevenzione atipica che prevede il divieto di accesso alle manifestazioni sportive per chiunque venga considerato pericoloso per l'ordine e la sicurezza pubblica con riferimento ai luoghi in cui si svolgono determinate manifestazioni sportive. Misura, quest'ultima, criticata da più parti in dottrina: A. PACE, *Misure di prevenzione personale contro la violenza negli stadi ed esercizio del diritto di difesa con “forma semplificata”*, in *Giur. cost.*, 1997, p.1584 ss; F. BILANCIA, *Violenza negli stadi e misure di prevenzione “atipiche”*, in

spazi indicati dall'art. 1, viene trovato in stato di ubriachezza, compie atti contrari alla pubblica decenza, o esercita il commercio abusivo, aggiungendosi, quindi, alle sanzioni amministrative già previste dall'ordinamento (artt. 688 e 726 del c.p.; art. 29 del d. lgs. n. 114 del 1998).

È evidente come l'istituto introdotto dall'art. 9 del d.l. in esame si ponga in contrasto con l'art. 16 della Costituzione, in base al quale la libertà di circolazione e soggiorno può essere limitata solo dalla legge in via generale e per motivi di sanità e sicurezza.

In seguito all'introduzione del Daspo urbano, invece, un diritto fondamentale come quello di movimento, può essere limitato dal sindaco in base a valutazioni del tutto discrezionali al fine di tutelare il "bene sicurezza" che, nella sua nuova veste di diritto, si rivela un efficiente "braccio armato" per la realizzazione pratica di una declinazione ideale dell'ordine pubblico.

Dunque tale articolo affida ai sindaci poteri non troppo dissimili da quelli che hanno il questore e il procuratore della Repubblica relativamente all'adozione delle misure di prevenzione, con la differenza che se il presupposto di questi ultimi è la presunta pericolosità della persona da allontanare (presupposto, già questo, estremamente aleatorio), nel primo caso il presupposto è la lesione al "decoro" urbano che la persona da allontanare avrebbe determinato.

Di più. In caso di reiterazione della condotta, il Questore può imporre un divieto di permanenza nell'area interessata sino a sei mesi, che possono diventare due anni nei casi di persone condannate definitivamente o in appello nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o contro il patrimonio.

In altre parole, l'autorità amministrativa e di polizia (sindaco e questore) potranno adottare provvedimenti diretti ad allontanare per periodi significativi di tempo le persone dai loro contesi sociali, dai propri quartieri, disegnando un "decoro urbano" che assume i toni grigi della sicurezza immateriale e, tramite essa, dell'ordine pubblico ideale.

In conclusione, il tratto che accomuna entrambi i decreti e che giustifica agli occhi del legislatore poco attento la medesima risposta normativa a differenti fenomeni sociali, affonda le sue radici nell'ansia di prevenzione che sembra dominare le scelte del legislatore. Quest'ultimo, applicando al diritto penale il principio del rischio e della precauzione, fonda la sua politica sulla base di quello che l'opinione pubblica percepisce emotivamente come rischio (migranti, in particolare, poveri, tossicodipendenti, marginalizzati, in generale) evidenziando il legame che si realizza tra la sensazione generale di incertezza, la prevenzione, l'emergenza ed il diritto penale simbolico.

Tendenze, come visto, già in atto da anni e che le disposizioni in esame ribadiscono. In effetti, i decreti legge Minniti sembrano andare ad ingrossare le fila di quelle disposizioni-simbolo di un

Rivista di diritto sportivo, 1997, p. 725 ss.; G. P. DOLSO, *Misure di prevenzione atipiche e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1589 ss.

modello securitario che vede il governo indossare le vesti di un legislatore-sovrano assoluto spostandosi sempre più verso la declinazione della politica criminale come politica penale. Una politica penale che sembra rafforzarsi in senso maggiormente restrittivo come politica penale dell'ordine pubblico, con conseguenze ancora più incidenti sui diritti di libertà, dal momento che si basa sul presupposto dell'esistenza di gruppi sociali caratterizzati da un alto grado di criminalità.

In questo modo si giustifica la disposizione di misure repressive selettive, perché rivolte quasi esclusivamente ai gruppi sociali più deboli, a quelle determinate soggettività o classi sociali considerate presuntivamente pericolose¹⁴¹.

Tutto questo sembrerebbe confermare il consolidarsi di una società del controllo e della prevenzione, che si basa sull'allargamento delle competenze dell'esecutivo e su meccanismi discriminatori nell'amministrazione dei diritti fondamentali, perché a vantaggio di categorie di cittadini garantiti, e a discapito degli esclusi (migranti *in primis*, e poi disoccupati, senza casa, movimenti sociali e altre soggettività "disturbanti" o "indecorose").

In sintesi: l'ottica è quella della prevenzione del rischio e della presunzione di pericolosità; lo strumento, quello del diritto penale simbolico; il paradigma, quello emergenziale dello Stato della sicurezza o dello Stato di prevenzione, in cui l'ordine pubblico e la nuova formulazione della sicurezza giocano un ruolo fondamentale.

5. Le recenti evoluzioni in materia di sicurezza e immigrazione: a) il decreto legge n. 113 del 2018

Il decreto legge n. 113 del 2018 (c.d. decreto Salvini) – entrato in vigore nel nostro ordinamento il 4 ottobre 2018 e convertito, con modifiche, dalla legge n. 132 del 2018 – è solo l'esempio più recente, dunque, di un'attitudine comune a più governi, esponenti di diverse maggioranze politiche, ovvero quella di identificare come "problemi di sicurezza pubblica" fenomeni politico-sociali assolutamente disomogenei fra loro. Ciò è evidente già dal titolo dell'atto normativo in esame, che reca "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata".

Prima di analizzare le problematiche relative al contenuto del d.l. 113/2018, bisogna accennare alle criticità che quest'ultimo solleva sul piano della forma.

¹⁴¹ Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, cit., pp. 20-25.

In primis, sembra assolutamente contestabile la scelta di ricorrere al decreto legge per affrontare problematiche (come l'immigrazione) ad oggi prive dei presupposti legittimanti della straordinaria necessità ed urgenza e non solo perché i numeri e le statistiche sul punto indicano una riduzione del fenomeno¹⁴² (riduzione più volte rilevata e dichiarata dallo stesso Ministro dell'Interno), ma soprattutto perché si tratta di un fenomeno, quello migratorio, di natura non eccezionale, ma strutturale¹⁴³, e che, quindi, non può rientrare nei presupposti legittimanti del decreto legge. A maggior ragione se, come nel caso di specie, il decreto non presenta una motivazione in merito alla necessità ed urgenza articolata o, quantomeno, basata su un elemento specifico, ma la sussistenza dell'emergenza viene assunta tautologicamente, contravvenendo in questo modo a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale, la quale ha espressamente affermato che il ricorso alla decretazione d'urgenza non può essere giustificato in base ad una «apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità ed urgenza»¹⁴⁴.

L'articolo 77 Cost. confina l'esercizio del potere legislativo da parte del Governo nello spazio dell'eccezionalità e, dato che l'utilizzo del decreto legge in mancanza dei presupposti legittimanti ex art. 77 «lede il principio di sovranità popolare, sia esautorando il Parlamento quale sede di confronto tra le forze politiche, sia ostacolando lo sviluppo della discussione nella società»¹⁴⁵, l'abuso della decretazione d'urgenza determina un disequilibrio nell'assetto delle fonti normative¹⁴⁶. Se poi, come nel caso in esame, il dibattito parlamentare viene schiacciato tramite l'adozione in sede di conversione di un maxiemendamento e dall'apposizione della questione di fiducia¹⁴⁷, si comprime totalmente l'autonomia del Parlamento con il risultato che, anche in materie dall'inevitabile incidenza sui diritti fondamentali, «la funzione legislativa viene sottratta in via di fatto al Parlamento e assorbita per intero dall'organo esecutivo»¹⁴⁸.

A questi rilievi si aggiunga il mancato rispetto del principio di omogeneità della misura in esame, le cui disposizioni andranno ad incidere su materie disparate come l'immigrazione, la cittadinanza, la protezione internazionale, la sicurezza, il contrasto alla corruzione ed alla criminalità organizzata, l'organizzazione amministrativa delle autorità nazionali e locali di pubblica sicurezza. Eterogeneità

¹⁴² In merito alla protezione internazionale si vedano le tabelle e i dati riportati in Servizio studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, Dossier n. 66, Decreto-legge Immigrazione e sicurezza, d.l. 113/2018 – A. S. n. 840, XVIII legislatura, 8 ottobre 2018. Per quanto riguarda la presenza di rifugiati, l'Italia accoglie 354.000 richiedenti e titolari di protezione internazionale, con un'incidenza sul totale della popolazione pari allo 0.6%, a differenza della Germania dove la percentuale è dell'1,7.

¹⁴³ Cfr. G. AZZARITI, *Sui migranti uno sfregio alla Costituzione*, in *Il Manifesto*, 7 novembre 2018.

¹⁴⁴ Sent. n. 171 del 2007, punto 6 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁵ A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, parte III, p. 171.

¹⁴⁶ Assetto che, come ricorda la Corte costituzionale, è «uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale» ed «è correlato alla tutela dei valori e diritti fondamentali», sent. n. 171 del 2007, punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁷ Questione di fiducia che è stata posta dal Governo sia nel procedimento di approvazione alla Camera, sia in quello al Senato.

¹⁴⁸ G. AZZARITI, *Appunti per le lezioni. Parlamento, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 60.

che, come affermato dalla Corte, spezza il necessario «legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed i “provvedimenti provvisori con forza di legge”» dal momento che «la scomposizione atomistica della condizione di validità prescritta dalla Costituzione si pone in contrasto con il necessario legame tra il provvedimento legislativo urgente e il “caso che lo ha reso necessario”, trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale»¹⁴⁹.

Si può proseguire, quindi, con l'analisi dei profili contenutistici più problematici del provvedimento in esame.

Preliminarmente, bisogna osservare che, nonostante il calo del fenomeno migratorio riconosciuto dallo stesso Ministro dell'Interno, la finalità “necessaria ed urgente” viene ugualmente individuata nell'esigenza di riorganizzare il sistema di protezione umanitaria ed internazionale tramite l'adozione di disposizioni volte ad una «più efficiente ed efficace gestione del fenomeno migratorio nonché ad introdurre misure di contrasto al possibile ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale»¹⁵⁰. La criticità maggiore nell'attuale sistema dell'accoglienza viene individuata nella sproporzione fra il riconoscimento della protezione umanitaria rispetto a quello della protezione internazionale che, secondo l'esecutivo, sarebbe da imputare ai «contorni incerti» che caratterizzano la definizione di tale istituto all'interno del nostro ordinamento, i quali lascerebbero «ampi margini ad una interpretazione estensiva in contrasto con il fine di tutela temporanea di esigenze di carattere umanitario per il quale l'istituto è stato introdotto»¹⁵¹. Nel tentativo di ridurre l'incertezza e la discrezionalità nell'applicazione di tale istituto, il legislatore ha ritenuto, con l'art. 1 del d.l. in esame, di dover abrogare interamente la previsione normativa disciplinante la protezione umanitaria (art. 5, co. 6, d. lgs. n. 286/1998), ha introdotto nuove figure di protezione ed ha elencato specificamente i motivi per i quali possono essere rilasciati i conseguenti permessi¹⁵². Del vecchio sistema rimangono solo alcune ipotesi, rubricate ora come permessi “per casi speciali”, nelle quali rientrano le vittime di

¹⁴⁹ Sent. n. 22 del 2012, punto 3.3 del *Considerato in diritto*. Nello stesso senso, v. sentt. nn. 32 del 2014 e 154 del 2015.

¹⁵⁰ Come si legge nella circolare del Ministero dell'Interno del 18 dicembre 2018, n. 83774, consultabile on line al sito *Interno.gov.it*. A tal proposito sembra condivisibile l'osservazione di A. Algostino, la quale legge con preoccupazione l'utilizzo della formula “norme idonee a scongiurare il ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale”. La scelta dell'aggettivo “strumentale” riconduce la necessaria motivazione dell'urgenza ad un supposto comportamento scorretto o eccessivamente permissivo da parte delle pubbliche amministrazioni ed è espressione di una cultura del sospetto che, sulla base di una ipotetica attuazione scorretta della normativa vigente, arriva a giustificare la necessità per il Governo di intervenire; cfr. A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 171, 172. Ad avvalorare questa lettura si vedano anche i toni usati nella Circolare del Ministero dell'Interno del 18.01.19 in cui si afferma che una domanda reiterata, quindi presentata durante il procedimento espulsivo, deve essere considerata inammissibile in quanto presentata *al solo fine di ritardare o di impedire l'esecuzione dell'espulsione*, indipendentemente dagli elementi presentati dal richiedente; cfr. Circolare del ministero dell'Interno – Dipartimento della pubblica sicurezza – Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, 18 gennaio 2019, consultabile on line al sito *Interno.gov.it*.

¹⁵¹ Come si può leggere nella *Relazione* illustrativa che accompagna la presentazione del d.d.l. al Senato per la conversione, consultabile sul sito *Senato.it*, spec. p. 3.

¹⁵² Per un'approfondita analisi sul tema della protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri e sulle modificazioni disposte in materia dal d.l. Salvini, si veda M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019.

violenza domestica o di situazioni di violenza o di grave sfruttamento ed anche coloro che, a causa di dichiarazioni rese in procedimenti penali o per la necessità di sottrarsi alla violenza di organizzazioni criminali, corrono concreti rischi per la loro incolumità. Si procede con la previsione, nell'ambito della protezione internazionale, delle ipotesi in cui la Commissione territoriale può chiedere al questore il rilascio di un permesso di soggiorno per "protezione speciale" della durata di un anno, ipotesi che vengono individuate nei casi di rischio di persecuzione e di tortura (di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1. del d.lgs. n. 268/1998).

Si arriva, dunque, alla tipizzazione dei permessi che andranno a sostituire l'abrogata protezione umanitaria e che consistono nel: - permesso per "calamità", previsto nei casi in cui il migrante non possa rientrare nel proprio paese d'origine a causa di una situazione di "contingente eccezionale calamità"; - permesso di soggiorno "per cure mediche" nei casi in cui il richiedente si trovi in "condizioni di salute di particolare¹⁵³ gravità"; - permesso di soggiorno, rilasciabile su indicazione del Ministro dell'interno, per "atti di particolare valore civile"¹⁵⁴.

Se lo scheletrico sistema di protezione che emerge dalla nuova disciplina evita il verificarsi di un palese contrasto con gli obblighi costituzionali ed internazionali e con specifiche previsioni del diritto comunitario, resta tuttavia il fatto che la tipizzazione dei permessi di soggiorno con l'esclusione del riferimento ai "motivi umanitari" pone comunque seri dubbi di legittimità costituzionale¹⁵⁵; in effetti, tale riferimento permetteva di garantire una tutela dei diritti inviolabili dell'uomo in senso ampio, nel rispetto dell'art. 2 della Costituzione, dei trattati internazionali e delle norme consuetudinarie che tutelano i diritti della persona umana e la sua dignità. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dava attuazione a quanto previsto dall'art. 10 della Costituzione¹⁵⁶, secondo il quale lo Stato ha il

¹⁵³ Originariamente si richiedeva la sussistenza di condizioni di salute di "eccezionale" gravità, formula che, alimentava dubbi ancora più forti sulla legittimità costituzionale dell'abrogazione del permesso per motivi umanitari.

¹⁵⁴ Il sistema di protezione che ne scaturisce, evita il verificarsi di palese contrasto con gli obblighi costituzionali ed internazionali e con specifiche previsioni del diritto comunitario. Ad esempio, il permesso per cure mediche evita che si verifichi una totale assenza di tutela del diritto alla salute di cui all'art. 32; mentre il permesso per protezione speciale dà attuazione al principio di *non refoulement*, in ottemperanza a norme internazionali, pattizie e consuetudinarie.

¹⁵⁵ Cfr. M. BENVENUTI, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1^a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante "Conversione del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018, p. 166, secondo il quale i presupposti dai quali derivano i permessi di soggiorno per motivi umanitari non possono essere tipizzati, ma devono rimanere «aperti ad applicazioni non tutte interamente predicibili».

¹⁵⁶ Muove proprio dall'inquadramento del diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari nell'ambito del diritto d'asilo l'iter argomentativo seguito dalla Cassazione nella sentenza n. 4890 del 2019 in cui è stata affermata l'irretroattività del decreto legge 113/2018. Tale pronuncia sottolinea da subito come le disposizioni del d.l. Salvini si dimostrino incoerenti con il modello precedente di protezione umanitaria dal momento che viene abbandonata la clausola generale dei "seri motivi di carattere umanitario" che aveva valorizzato il carattere aperto dell'istituto in modo da renderlo idoneo ad affrontare le differenti sfumature del fenomeno migratorio. Il ragionamento della Corte si sposta poi sull'art. 11 delle Preleggi ed evidenzia come giurisprudenza e dottrina abbiano chiarito che il principio sancito in tale articolo trovi applicazione in riferimento non solo alle situazioni integralmente esaurite al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, ma anche alle «situazioni giuridiche sottoposte ad un procedimento di accertamento ove la nuova disciplina legislativa modifichi il fatto generatore del diritto o le conseguenze giuridiche attuali e future». In questo modo, la Corte esclude che il d.l. in esame possa applicarsi ai procedimenti amministrativi già iniziati davanti alle Commissioni territoriali o ai giudizi in corso avverso i procedimenti di accertamento o diniego del diritto alla protezione umanitaria. Infatti la situazione giuridica in oggetto deve essere qualificata come «diritto soggettivo perfetto appartenente al catalogo dei diritti umani, di diretta derivazione costituzionale

dovere di disciplinare la condizione giuridica dello straniero tramite legge e in conformità delle norme e dei trattati internazionali (2° co.); ha il dovere di riconoscere il diritto di asilo politico allo straniero che nel suo paese non goda dei diritti fondamentali garantiti dalla nostra costituzione (3° co.)¹⁵⁷; e ha l'obbligo di vietare l'estradizione per motivi politici (4° co.).

Come sostenuto da consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'operare congiunto all'interno dell'ordinamento dei tre istituti dello status di rifugiato, della protezione sussidiaria e del permesso di soggiorno per motivi umanitari, realizzava a pieno la tutela di cui all'art. 10, co. 3, della Costituzione¹⁵⁸.

L'art. 1 del d.l. in esame, dunque, abrogando questa forma di protezione tramite l'espunzione della locuzione "per motivi umanitari" – sostituita da "protezione speciale", "casi speciali", "cure mediche", "calamità", "alto valore civile" – pone fondati dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 10 e 117, co. 1 Cost., dal momento che per mezzo di tale disposizione, viene eliminata dal nostro ordinamento una forma di protezione idonea ad assicurare il rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali¹⁵⁹, senza che ne venga introdotta, contestualmente, un'altra ugualmente rispettosa. E questo perché le "nuove" tipologie di permesso di soggiorno non garantiscono una tutela "ad ampio raggio" dal momento che non riescono ad operare in tutte le ipotesi in cui norme costituzionali ed internazionali impongono la garanzia di determinati diritti ed il conseguente divieto di espulsione¹⁶⁰.

In sintesi, non saranno tutelate le ipotesi previste dal co. 3 dell'art. 10 Cost., dal momento che il decreto legge in esame non prevede più la possibilità di tutelare il diritto d'asilo dello straniero a cui nel paese d'origine non sia effettivamente garantita anche una sola delle libertà tutelate dalla Costituzione¹⁶¹. Diritto d'asilo che sì, deve essere garantito secondo le condizioni stabilite dalla legge,

e convenzionale», valutazione che conduce la Corte alla sussunzione del diritto alla protezione umanitaria fra i diritti costituzionalmente protetti, avvalorando così la conclusione sulla irretroattività della disposizione in esame.

¹⁵⁷ La tutela prevista al terzo comma si estende anche ai casi di violazione di diritti garantiti da convenzioni internazionali.

¹⁵⁸ Cfr. Cass., sez. IV, ord. n. 10686/2012 e Cass., sez. I, sent. n. 4455/2018. In quest'ultima, rispetto alla protezione internazionale, si afferma come «non siano integralmente tipizzabili le condizioni per il suo riconoscimento, coerentemente con la configurazione ampia del diritto d'asilo contenuto nella norma costituzionale, espressamente riferita all'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche, ovvero ad una formula dai contorni non agevolmente definiti e tutt'ora oggetto di ampio dibattito».

¹⁵⁹ Cfr. *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, a cura dell'Associazione per gli Studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), p. 6, consultabile on line al sito *Asgi.it*.

¹⁶⁰ Ad esempio, rimangono privi di tutela: lo straniero e l'apolide che, fuori dalle ipotesi in cui possa chiedere la protezione internazionale, veda in pericolo il proprio diritto alla vita poiché destinatario di una condanna a morte; lo straniero e l'apolide che, non rientrando nelle ipotesi di protezione internazionale, rischia di subire trattamenti inumani degradanti, tassativamente vietati dall'art. 3 CEDU; lo straniero e l'apolide che ha legami personali e familiari in Italia particolarmente intensi, duraturi e stabili, così che il diniego del permesso di soggiorno comporterebbe una grave lesione (non adeguatamente motivata) del diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8 CEDU (secondo il quale la tutela della persona umana e della sua vita privata e familiare comporta che ad ogni individuo sia garantito il diritto di soggiornare e rimanere in uno stato diverso da quello di origine se nel proprio fosse obbligato a subire condizioni ed atti incompatibili con la propria dignità); lo straniero a cui nel proprio Paese non sia effettivamente garantito il diritto ad un livello di vita dignitoso per sé e la propria famiglia, che includa alimentazione, alloggio e vestiario adeguati e a cui sia impedito l'esercizio del diritto di ogni individuo alla libertà dalla fame (diritti fondamentali previsti dall'art. 11 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali ed implicitamente tutelati anche dall'art. 2 della Costituzione).

¹⁶¹ Bisogna, inoltre, sottolineare che con l'abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, gli obblighi costituzionali ed internazionali in materia non verranno soddisfatti dal momento che dall'intera normativa si ricava una disciplina legislativa in materia di soggiorno fondata su presupposti chiusi o eccessivamente discrezionali. A ciò si aggiunga che i presupposti per l'applicazione dei

ma «questo vuol dire che c'è discrezionalità legislativa nel *quomodo*, non già nell'*an*», mentre, nel caso in esame, sembra che la forza con cui si è intervenuti nel *quomodo* abbia finito con l'incidere anche sull'*an*¹⁶².

E, soprattutto, ha inciso significativamente sulla (abusata e strumentalizzata) divisione fra migranti di guerra e migranti economici. Come se la guerra o la fame portassero a due morti diverse, e il rischio della vita per chi scappa dall'una o dall'altra possa essere considerato diversamente: uno meritevole di tutela perché ritenuto “colposo”, l'altro no, perché percepito come “doloso”.

Occorre poi sottolineare come dai nuovi titoli di soggiorno derivino forti peggioramenti nel trattamento delle condizioni di vita, individuale e sociale, dei titolari dei permessi. Anzitutto, viene ridotta la durata della validità per ognuna delle nuove tipologie di soggiorno introdotte dal decreto: dai 2 anni previsti per il permesso per motivi umanitari, si passa ad una validità di 6 mesi per i permessi per calamità e di 1 anno per i titoli concessi per cure mediche e per protezione speciale, con importanti conseguenze su alcuni diritti fondamentali. Ad esempio, a causa della durata di 6 mesi, il permesso per calamità non garantirà più l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale che l'art. 41 del d. lgs. n. 286 del 1998 prevede per i titolari di permessi della durata di almeno un anno, determinando una irragionevole lesione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Gli stessi rilievi si possono effettuare in merito ai permessi di soggiorno per cure mediche o per protezione speciale che, a causa della riduzione ad un anno della durata dei relativi titoli, non garantiranno più l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica che, in base all'art. 42 del d. lgs. n. 286 del 1998, spettano ai titolari di permessi di soggiorno della durata di due anni. A ciò si aggiunga che nessuna delle nuove tipologie di permesso prevede l'iscrizione del titolare al servizio sanitario nazionale (previsto invece – ex art. 34, d. lgs. n. 286/1998 – per i permessi per motivi umanitari) con la conseguenza che a questi stranieri verranno garantite solo le cure mediche urgenti ed essenziali, sollevando fondati dubbi di legittimità costituzionale per l'irragionevole restrizione della piena attuazione dell'accesso al diritto alla salute (art. 32 Cost.), e per violazione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.

Ulteriori profili critici si trovano nell'art. 2 e nell'art. 3 del decreto legge in esame: con il primo, il periodo di trattenimento amministrativo dello straniero nei centri di permanenza per il rimpatrio viene prolungato fino ad un massimo di 180 giorni; con il secondo, si introduce un nuovo istituto, quello del

nuovi titoli di soggiorno sono accertati dalla Commissione territoriale per la protezione internazionale solo nei casi di “permesso per protezione speciale”, ossia in quei casi in cui il rimpatriato potrebbe subire persecuzioni o torture, mentre, per tutte le altre ipotesi, il rilascio dei nuovi titoli di soggiorno è subordinato alla valutazione assolutamente discrezionale del Questore: tale disciplina, in assenza di una chiara predeterminazione dei presupposti, comporta una evidente lesione della riserva di legge che l'articolo 10 Cost. pone in materia di condizione giuridica dello straniero.

¹⁶² Cfr. M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto “sicurezza e immigrazione”)*. Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato in relazione all'esame in sede referente del disegno di legge n. 840 (d.l. 113/2018-sicurezza pubblica), in *OsservatorioAic.it*, 3/2018, p. 175.

trattenimento ai fini della determinazione o della verifica dell'identità e della cittadinanza del richiedente asilo all'interno degli *Hotspot* per un periodo massimo di 180 giorni¹⁶³.

Si rilevano in queste disposizioni chiari profili di contrasto con la Costituzione, in particolare, in relazione alla riserva assoluta prevista dal comma 3 dell'art. 13 Cost., dal momento che non vengono indicati in maniera sufficientemente chiara i casi di eccezionale necessità ed urgenza che giustificano l'adozione del provvedimento in questione. Anzi, la necessaria eccezionalità viene individuata in situazioni, come l'assenza di documenti di identità, che sono assolutamente ordinarie per chi ha affrontato viaggi attraversando deserto e mare, in condizioni di assoluto disagio e spesso subendo violenze e vessazioni¹⁶⁴. Anche il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute è intervenuto sul punto osservando che la mancanza di documenti rappresenta «una condizione tipica e generalizzata di coloro che chiedono protezione internazionale» e che, dunque, l'art. 3 del decreto-legge Salvini non «disciplina tassativamente i presupposti» per l'applicazione del trattenimento lasciando ampia discrezionalità all'Autorità di pubblica sicurezza, con il rischio di «un uso generalizzato del trattenimento contrastante con i principi di necessità, proporzionalità e ricorso a esso solo come misura di ultima istanza»¹⁶⁵.

Il prolungamento dei tempi di trattenimento (da 90 a 180 giorni) rende ancora più evidente la collisione fra l'art. 2 e l'art. 3 del d.l. in esame e la garanzia della libertà personale ex art. 13 Cost., soprattutto in considerazione della fermezza con cui la Corte costituzionale ha affermato che tale misura è «incidente sulla libertà personale (...) [ed] è quantomeno da ricondurre alle “altre restrizioni della libertà personale” di cui pure si fa menzione nell'art. 13 della Costituzione» in quanto si concretizza quella «mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»¹⁶⁶. Tali misure dovrebbero dunque prevedere tutte le garanzie di cui all'art. 13 e specificare, di conseguenza, le modalità di trattenimento nelle strutture individuate (centri governativi di prima accoglienza, hotspot, questure); dal momento che, invece, le nuove disposizioni aumentano la già considerevole discrezionalità della Pubblica sicurezza, gli articoli in questione appaiono viziati da manifesta illegittimità costituzionale per violazione della riserva assoluta di legge che l'art. 13 prescrive in relazione alla determinazione dei modi della restrizione della libertà personale. A ciò si

¹⁶³ Sull'istituto del trattenimento amministrativo dello straniero e sui profili problematici in merito alla conformità di tale misura alla Costituzione, cfr. D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero alla luce della legge n. 132 del 2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019.

¹⁶⁴ Cfr. il documento dell'ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, p. 16.

¹⁶⁵ Così il Garante Mauro Palma, *Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, Roma, 15 ottobre 2018, reperibile sul sito del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, p. 8.

¹⁶⁶ Sent. n. 105 del 2001, punto 4 del *Considerato in diritto*.

aggiunga che al prolungamento del trattenimento non corrisponde un aumento dei rimpatri dal momento che, secondo quanto riportato nel parere¹⁶⁷ del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, la percentuale dei rimpatri rispetto alle persone trattenute si attesta intorno al 50%.

Con l'articolo 7 del d.l. Salvini, così come modificato in sede di conversione, viene ampliato il catalogo dei reati che, in caso di condanna definitiva, comportano il diniego o la revoca dello status di rifugiato o della protezione internazionale sussidiaria. Ora, è vero che la Convenzione di Ginevra sui diritti dei rifugiati prevede l'espulsione del rifugiato quando questi «per motivi seri (...) debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede o costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese»¹⁶⁸, ma l'ampliamento del catalogo disposto dal decreto in esame sembra superare i confini della particolare gravità a cui si riferisce l'articolo della Convenzione. In effetti, nell'elenco figurano, fra gli altri, reati, come la rapina e la minaccia a pubblico ufficiale, che non sembrano suscitare particolare allarme sociale o essere di una gravità tale da giustificare la negazione di un diritto costituzionalmente garantito (art. 10, co. 3), ma che, invece, sicuramente si prestano ad un ampio utilizzo e spianano la strada ad un uso discrezionale dell'istituto in esame, questo sì, realmente problematico sul piano costituzionale. Simile approccio sottintende una visione dell'accoglienza e dell'asilo come un meccanismo premiale o meritocratico, una concessione dello Stato, non un diritto costituzionalmente garantito che deve essere riconosciuto ad ogni soggetto a cui sia impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche nel proprio Paese d'origine.

Ad incrementare il rischio di un'eccessiva discrezionalità contribuisce quanto disposto dall'art. 7 *bis* (inserito in sede di conversione) con cui si introduce la categoria dei "Paesi di origine sicuri"¹⁶⁹ e si stabilisce che, qualora un richiedente asilo provenga da tali paesi, la sua domanda dovrà essere supportata da "gravi motivi", verrà esaminata con una procedura accelerata e potrà essere rigettata per manifesta infondatezza. Il problema è che la valutazione circa la sicurezza o il rispetto dei diritti umani dei Paesi da cui provengono i richiedenti è affidata ad un comitato interministeriale che adotta la relativa lista attraverso un atto amministrativo, senza la consulenza o il supporto di esperti o di comitati. E, quindi, sembra legittimo dubitare dell'accuratezza della motivazione in base alla quale si valuterà l'inserimento o meno di un determinato Paese in questo elenco e sembra altresì legittimo

¹⁶⁷ Il Garante Mauro Palma nel suo parere afferma poi che «l'ampliamento del campo di applicazione della misura con evidenti ricadute sul diritto fondamentale alla libertà dei cittadini non sembra quindi trovare un adeguato bilanciamento in effettive esigenze di sistema». V. *Parere*, cit., p. 7.

¹⁶⁸ Art. 33, par. 2, Convenzione relativa allo status dei rifugiati, Ginevra, 1951.

¹⁶⁹ Per un'analisi della nozione "Paesi di origine sicuri" volta ad evidenziarne le principali criticità concettuali, si veda F. VENTURI, *Il diritto di asilo: un diritto sofferente. L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di "Paesi di origine sicuri" ad opera della L. 132/2018 di conversione del c.d. "decreto sicurezza" (d.l. 113/2018)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019.

prospettare il rischio di un aumento di discrezionalità nella gestione di una materia dagli importanti risvolti sul piano dei diritti costituzionalmente garantiti.

Ulteriori profili di illegittimità costituzionale si ravvisano nell'art. 10, in base al quale quando il richiedente è sottoposto a procedimento penale per uno dei reati per cui, in caso di condanna definitiva, verrebbe negata la protezione internazionale, ovvero, quando il richiedente abbia già ricevuto una condanna (sebbene non definitiva) per gli stessi reati, il questore informa tempestivamente la Commissione territoriale competente che deve provvedere alla immediata audizione dell'interessato e adottare contestualmente una decisione. In caso di rigetto della richiesta, anche in pendenza di ricorso avverso la decisione della Commissione, ricade, in ogni caso, in capo al richiedente l'obbligo di lasciare il territorio nazionale, anche sulla base di un provvedimento amministrativo di espulsione. In questo modo vengono apertamente violati sia l'art. 27 Cost., ossia la presunzione costituzionale di non colpevolezza, sia gli artt. 10, co. 2, e 117, co. 1 Cost., tramite il mancato rispetto del divieto di espulsione dei rifugiati se non in seguito a una condanna definitiva per aver commesso gravi reati (art. 33 della Convenzione internazionale sullo status del rifugiato).

Un'altra importante novità è quella introdotta dall'art. 12, la cui lettera prevede la trasformazione dello SPRAR in Sistema per i titolari di protezione internazionale. Secondo la nuova disciplina, gli SPRAR saranno destinati esclusivamente all'accoglienza dei titolari di protezione internazionale e dei minori non accompagnati, mentre i richiedenti asilo e coloro che abbiano presentato ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale, saranno ospitati nei centri governativi di prima accoglienza o nei centri di accoglienza straordinaria (CAS). I primi (gli SPRAR) sono centri piccoli, spesso riservati ai minori, in cui è molto più semplice provare ad iniziare un percorso di inserimento sociale e di integrazione. I secondi, invece, sono alloggi spesso inizialmente destinati ad altro, di grandi dimensioni e privi di servizi di supporto legale, linguistico e sociale, circostanze che rendono ancora più difficile e degradante la condizione umana dei richiedenti asilo¹⁷⁰, e che spesso producono l'acuirsi di un senso di ghettizzazione che può tramutarsi in alienazione e rabbia, sentimenti, questi sì, realmente pericolosi per la sicurezza collettiva.

Ne segue che, l'eliminazione del Sistema SPRAR e la sua sostituzione con strutture governative o emergenziali nelle quali vengono erogati solo i servizi essenziali, non assicura un'accoglienza conforme agli standard internazionali e comunitari (di cui agli artt. 17 e 18 della Direttiva

¹⁷⁰ A tal proposito il Garante nazionale dei Diritti delle persone detenute critica la clausola di invarianza finanziaria che accompagna il decreto legge, dal momento che la mancanza di nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica ed il contestuale prolungamento della detenzione, si traduce inevitabilmente in un peggioramento delle condizioni di vita dei migranti, dal momento che risulterà ancora più difficile l'avviamento di iniziative volte alla realizzazione di attività di integrazione e socializzazione. Cfr. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere*, cit., p. 7.

2013/33/UE¹⁷¹), facendo sorgere dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117, co.1 della Costituzione¹⁷².

L'articolo 13, invece, modificando l'art. 4, co. 1 bis del d. lgs. n. 142 del 2015, dispone che “il permesso di soggiorno (...) non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica” ed abroga, dunque, l'iscrizione all'anagrafe degli stranieri richiedenti asilo. Tale previsione, già dalle prime applicazioni¹⁷³, ha sollevato alcune problematiche poiché non risulta coerente con il regolamento anagrafico della popolazione residente disciplinato dal Decreto del Presidente della Repubblica 223/89 e con il Testo Unico 286 del 1998. In questa discrasia normativa, si sono introdotte le interpretazioni di alcuni giudici ordinari che hanno operato una ricostruzione costituzionalmente orientata di una disposizione altrimenti difficilmente compatibile con alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento. Come, ad esempio, l'art 3 Cost., dal momento che dalla disposizione in esame deriverebbe un'irragionevole discriminazione rispetto agli altri stranieri in possesso di permesso di soggiorno, i quali, in caso di dimora abituale o domicilio effettivo, sono obbligatoriamente iscritti alle anagrafi, con la conseguente possibilità di usufruire dei servizi pubblici e sociali che i Comuni devono garantire.

Il riferimento ad un “titolo per la iscrizione anagrafica” risulta poco chiaro e di difficile interpretazione, dal momento che nel quadro normativo in materia non viene fatta menzione di documenti che costituiscano titolo, ma l'iscrizione anagrafica è subordinata all'esito di un procedimento amministrativo descritto nel DPR n. 223/89 secondo il quale il riconoscimento del diritto soggettivo alla iscrizione anagrafica è subordinato alle dichiarazioni degli interessati, agli accertamenti disposti dall'ufficio ed alle comunicazioni dello stato civile. Nel quadro normativo entro cui si inserisce l'art. 13 del d.l. in esame, troviamo inoltre l'art. 5, co. VII, del T.U. 286 del 1998 in base al quale le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle stesse condizioni dei cittadini italiani e secondo il quale la dimora dello straniero deve considerarsi abituale anche in caso di ospitalità presso un centro di accoglienza da più di tre mesi.

Dunque, nel sistema di iscrizione anagrafica vigente, il permesso di soggiorno per richiesta di asilo non è titolo per l'iscrizione, ma costituisce solo una prova del requisito del regolare soggiorno. Dato che ogni richiedente asilo, una volta presentata la domanda di protezione internazionale, deve essere considerato come regolarmente soggiornante nel territorio italiano per tutta la durata dell'esame della

¹⁷¹ La quale dispone all'art. 18, par. 9, che solo in casi adeguatamente giustificati gli stati membri possono stabilire in via eccezionale modalità relative alle condizioni materiali di accoglienza diverse da quelle previste in questo articolo e comunque per un periodo ragionevole e dalla durata più breve possibile.

¹⁷² Cfr, ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, cit., p. 24-25.

¹⁷³ Si vedano a proposito le interessanti ricostruzioni interpretative operate dal Tribunale ordinario di Firenze (ordinanza del 18 marzo 2019) e dal Tribunale ordinario di Bologna (ordinanza del 2 maggio 2019), consultabili sul sito Asgi.it.

domanda d'asilo (art. 9 della direttiva 2013/32/UE), il “titolo” necessario per l'acquisizione della condizione di regolare soggiorno corrisponde all'avvenuta presentazione della domanda in questione¹⁷⁴.

A questa disciplina generale, la legge n. 46 del 2017 ha aggiunto una procedura speciale per l'iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale ospitati nei centri di accoglienza con la quale viene introdotta un'iscrizione semplificata basata esclusivamente sulla comunicazione del responsabile della struttura di accoglienza. E, secondo la ricostruzione interpretativa operata dai giudici di Firenze e di Bologna nelle prime decisioni relative all'applicazione della disposizione in esame, l'abrogazione introdotta dall'art. 13 del c.d. d.l. Salvini riguarderebbe esclusivamente la procedura semplificata appena menzionata: solo questa interpretazione «offre una lettura della norma coerente con il quadro normativo costituzionale e comunitario, altrimenti di dubbia tenuta»¹⁷⁵. In effetti, se si seguisse una diversa interpretazione¹⁷⁶, meno attenta al quadro sistemico in cui la disposizione si inserisce ed ossequiosa esclusivamente del dato letterale (comunque oscuro ed ambiguo), si solleverebbero diversi aspetti problematici in relazione ad alcuni principi costituzionali e di diritto internazionale. Si pensi, ad esempio, allo straniero che abbia fatto richiesta d'asilo: nelle more del procedimento che si instaura e che sicuramente comporta delle tempistiche superiori almeno ai tre mesi¹⁷⁷, lo straniero deve considerarsi regolarmente soggiornante e matura, conseguentemente, un diritto soggettivo all'iscrizione anagrafica a parità di condizioni con il cittadino, nel rispetto degli articoli 2 e 10 della Costituzione la cui operatività all'interno del nostro ordinamento impedisce il determinarsi di discriminazioni nei confronti dei richiedenti asilo regolarmente soggiornanti volte a limitare il loro diritto all'iscrizione anagrafica.

Il diritto alla residenza, ossia il diritto ad essere iscritto nelle liste anagrafiche, si configura come diritto soggettivo e non come interesse legittimo, così come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. S.U. n. 499/2000). E tale diritto soggettivo all'iscrizione anagrafica trova il suo riferimento anche nell'art. 16 Cost., che sancisce la libertà per ogni cittadino (espressione riferibile a tutti i membri della comunità regolarmente soggiornanti) di muoversi e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale. Non bisogna trascurare, inoltre, che dall'iscrizione anagrafica

¹⁷⁴ Cfr. l'ordinanza del Tribunale di Firenze, 18 marzo 2019, consultabile su [Asgi.it](#), p. 14-15.

¹⁷⁵ Come si legge nell'ordinanza emessa dal giudice del Tribunale di Firenze, p. 4, consultabile su [Asgi.it](#).

¹⁷⁶ Come, ad esempio, quella espressa nella Circolare del Ministro degli Interni del 18 ottobre 2018 in cui si afferma espressamente ed apoditticamente che il permesso di soggiorno per richiesta di protezione internazionale non potrà più consentire l'iscrizione anagrafica: affermazione che non fornisce alcuna ulteriore spiegazione o chiarimento della confusa dizione “non costituisce titolo”, e che, quindi, non risolve il problema della compatibilità costituzionale sollevata dall'introduzione della nuova norma.

¹⁷⁷ Durata minima che l'art. 6 del T.U. del 1998 richiede per la sussistenza dell'abitualità, requisito necessario per ottenere l'iscrizione anagrafica nei registri di residenza.

dipende la facoltà di esercitare una molteplicità di diritti fondamentali¹⁷⁸ – come la possibilità di accedere alle misure di politica attiva del lavoro, o l’accesso alle prestazioni sociali agevolate – e che da quest’ultima decorre il termine (9 anni) per ottenere la cittadinanza italiana¹⁷⁹.

In sintesi, il divieto di iscrizione anagrafica per richiedente asilo finirebbe per compromettere il godimento di diritti di rilevanza costituzionale (come quelli dettati dagli artt. 2, 3, 4, 38 della Costituzione) e per porsi in contrasto con principi internazionali, come l’art. 12 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo il quale ogni cittadino ha diritto alla libertà di movimento ed alla libertà di scegliere la propria residenza, e come l’art. 2 del Protocollo n. 4 allegato alla CEDU in base al quale chiunque si trovi regolarmente nel territorio di uno Stato ha il diritto di “circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza”.

Destano particolari preoccupazioni, inoltre, l’articolo 14 del d.l. Salvini che prevede alcune modifiche alla vigente legislazione in materia di cittadinanza. Con tale articolo si introduce il nuovo istituto della revoca della cittadinanza per chi, dopo averla ottenuta, sia stato definitivamente condannato per alcuni gravi delitti, in gran parte di natura politica¹⁸⁰: è questa, probabilmente, la disposizione del decreto legge 113 del 2018 più apertamente contrastante con i superiori principi costituzionali, introducendo nell’ordinamento italiano una “sanzione” che viene inflitta dal Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell’Interno e il cui unico precedente si trova nella legislazione fascista del 1926¹⁸¹.

Anzitutto, si deve rilevare il possibile contrasto o, quantomeno, l’incoerente relazione fra l’articolo in esame e l’art. 22 della Costituzione secondo il quale la cittadinanza non può essere privata per motivi politici. Se è vero che in questo caso la cittadinanza verrebbe revocata in base ad una sentenza e, quindi per motivi giurisdizionali, non si può non osservare che tale revoca è condizionata alla condanna definitiva per aver commesso determinati reati, tutti con una forte declinazione politica, circostanza quantomeno emblematica di una propensione spiccatamente securitaria nella gestione di un diritto costituzionalmente garantito.

¹⁷⁸ Un’ampia ricostruzione delle problematiche socio-giuridiche e socio-politiche relative alla residenza, all’iscrizione anagrafica ed al suo diniego viene effettuata da E. GARGIULO, *L’appartenenza negata: la residenza e i suoi significati, tra ambivalenze interpretative e conflitti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019.

¹⁷⁹ Cfr. l’ordinanza del tribunale di Firenze, p. 18-19.

¹⁸⁰ *Ex art. 14, co. 2*, viene revocata la cittadinanza a quanti sono stati condannati: 1) per aver commesso delitti per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione da un minimo di 5 ad un massimo di 10 anni (art. 407, co. 2, lett. a, n. 4 c.p.p.); 2) per aver fatto parte di associazione sovversiva o con finalità terroristiche o di eversione (art. 270, co.3 e 270bis, co. 2); 3) per aver fornito vitto, alloggio, o rifugio a chi partecipa ad associazioni sovversive (art. 270 ter); 4) per aver sottratto, distrutto, deteriorato beni o denaro sottoposti a sequestro al fine di finanziare attività terroristiche (art. 270quinquies c.p.); 5) per aver partecipato ad una banda armata (art. 306 c.p.).

¹⁸¹ Decreti del 26 marzo 1926 e del 30 settembre 1926, pubblicati sulla Gazzetta ufficiale del Regno d’Italia, n. 243 del 19 ottobre 1926. Per un’attenta ricostruzione della misura in esame e delle problematiche che essa pone in rapporto non solo ai principi costituzionali, ma anche in relazione alle norme ed alla giurisprudenza dell’Unione Europea ed alle norme internazionali in materia di diritti fondamentali, si veda E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”: interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019.

Ad ogni modo, ciò che salta agli occhi è l'impossibilità di una convivenza sotto lo stesso "tetto" costituzionale di quanto previsto dall'articolo 14 del d.l. in esame e quanto invece sancito dell'art. 3 della Costituzione, dal momento che nessuna revoca è stata prevista per i cittadini italiani *ius sanguinis* che si siano macchiati degli stessi delitti elencati nell'articolo 14 del d.l. 113/2018. La modalità con cui si è acquisito lo status giuridico di cittadino non dovrebbe rilevare in alcun modo, ma tale *status* dovrebbe garantire la possibilità di esercitare a pieno e senza condizioni i propri diritti, allo stesso modo in cui tale esercizio è garantito a coloro che possiedono il medesimo *status*.

In altre parole, oltre alla violazione della funzione di rieducazione della pena (art. 27), si determina una lesione del fondamentale principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., dal momento che si trattano in modo differente due situazioni sostanzialmente uguali: in presenza dei medesimi reati, al cittadino italiano *ius sanguinis*, la cittadinanza non potrà mai essere revocata, al cittadino che ha ottenuto la cittadinanza di fatto, *ius soli*, la cittadinanza potrà essere revocata. Si intravedono i prodromi della costruzione di una cittadinanza di "serie A", da cui deriva una piena titolarità ed una sicura tutela nell'esercizio dei diritti, ed una di "serie B", da cui deriva una garanzia "a metà", una cittadinanza *a condizione*. Sembra di sentire l'eco di una storia che si ripete: da una parte i cittadini romani, dall'altra i liberti.

Il decreto legge in esame è intervenuto anche in materia di sicurezza potenziando ulteriormente le misure securitarie già introdotte, come visto, da precedenti provvedimenti legislativi.

Anzitutto, con l'art. 20 sono stati ampliati i destinatari delle misure del Daspo individuati dall'art. 6 della l. n. 401 del 1989, includendo ora i soggetti elencati nell'art. 4, co. 1 lett. d), d. lgs. n. 159 del 2011, ovvero "coloro che, operanti in gruppo o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo IV del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 65 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo, anche internazionale".

In questo modo la misura di prevenzione atipica del Daspo, introdotta nell'ordinamento per contrastare fenomeni di violenza legati a manifestazioni sportive, è stata estesa a reati di matrice terroristica.

L'art. 21 del d.l. n. 113 del 2018, con l'intento di potenziare il controllo della sicurezza urbana attraverso la prevenzione personale, dispone l'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso in specifiche aree urbane, stabilendo che quest'ultimo può essere interdetto tramite ordinanze di allontanamento anche in relazione a zone dove insistono presidi sanitari e alle aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati e pubblici spettacoli.

Lo stesso articolo, così come modificato dalla legge di conversione, prevede un aumento del termine massimo di durata (dai precedenti 6 mesi a 12 mesi) dei provvedimenti di allontanamento che il questore può emettere nel caso in cui dalla reiterazione delle condotte previste dall'art. 9 del decreto n. 13 del 2017 possa derivare pericolo per la sicurezza pubblica e stabilisce che, nel caso di violazione, il trasgressore è punito con la reclusione da sei mesi ad un anno.

Sempre con l'art. 21, co. 1-ter, è stato introdotto una nuova misura di prevenzione personale: una forma di Daspo che prevede che per le persone condannate in via definitiva o con sentenza confermata in appello per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi, ovvero in locali di pubblico intrattenimento, per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio, il questore possa disporre il divieto di accesso ai suddetti luoghi o di stazionare nelle immediate vicinanze per un tempo non inferiore a sei mesi e non superiore ai due anni.

Il legislatore, in questo modo, si pone su di una linea di continuità con i precedenti provvedimenti legislativi in materia di sicurezza e, di conseguenza, anche in questi casi le novità introdotte dal decreto pongono fondati dubbi di compatibilità in relazione alle garanzie costituzionali della libertà personale e di circolazione e soggiorno dal momento che la vaghezza dei termini usati dal legislatore produce un *deficit* di determinatezza¹⁸².

La riforma è caratterizzata anche dall'introduzione di norme repressive nei confronti dei più poveri essendo previsto, ex art. 21-*quater* del d.l. in esame, il delitto di "esercizio molesto dell'accattonaggio" (art. 699 bis del c.p.), condotta che si iscriveva, precedentemente, nella disposizione di cui all'art. 670 c.p., rubricata come "mendicizia" e il cui primo comma è stato dichiarato incostituzionale con la sent. n. 51 del 1995.

La Corte costituzionale evidenziò la irragionevolezza della pretesa punitiva argomentando che «la figura criminosa della mendicizia non invasiva appare costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale. Né la tutela dei beni giuridici della tranquillità pubblica, con qualche riflesso sull'ordine pubblico (sentenza n. 51 del 1959), può dirsi invero seriamente posta in pericolo dalla mera mendicizia che si risolve in una semplice richiesta di aiuto»¹⁸³. Successivamente, con la l. n. 2015 del 1999, il legislatore abrogava l'intera fattispecie.

Con l'introduzione della nuova fattispecie di cui all'art. 699 bis, dunque, il legislatore inverte il senso di marcia e mutua la vecchia formulazione prevista dall'art. 670, co. 2, c.p., sanzionando con

¹⁸² Cfr. M. E. CASSANO, *Sicurezza e disagio sociale nel c.d. decreto Salvini*, in *DirittoPenaleContemporaneo.it*, fasc. 9/2019, p. 14-15.

¹⁸³ Sent. n. 519 del 1995, punto 3 del *Considerato in diritto*.

l'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da 3.000 a 6.000 euro "chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà".

In questo modo vengono punite condotte il cui pericolo per l'ordine pubblico è obiettivamente difficile da individuare. A meno che non si legga in tale fattispecie l'adesione ad una declinazione in senso ideale dell'ordine pubblico, paradigma di governo che si sta rivelando particolarmente funzionale all'affermazione del diritto penale simbolico e alla gestione in chiave securitaria delle marginalità sociali.

Il "decreto Salvini" è intervenuto anche in relazione a fattispecie delittuose tradizionalmente volte a contrastare il dissenso politico e le lotte sociali: il delitto di invasione di terreni ed edifici e il delitto di blocco stradale. In merito al primo, con l'art. 30, così come modificato in sede di conversione, sono stati aumentati i limiti edittali della sanzione detentiva nel massimo, portandoli da due a tre anni ed è stata introdotta l'applicazione congiunta della pena pecuniaria della multa (da 103 a 1.032 euro). Sono state poi previste circostanze aggravanti nel caso in cui il fatto sia stato commesso da più di cinque persone o da persona palesemente armata che determinano la procedibilità d'ufficio e la pena congiunta della reclusione da due a quattro anni e della multa da 206 a 2064 euro.

Anche qui è chiara la volontà di rispondere ad un importante problema sociale, le occupazioni abitative, tramite una politica penale dell'ordine pubblico. Di fronte all'incapacità di affrontare il problema dell'emergenza abitativa¹⁸⁴ attraverso politiche sociali e, quindi, di garantire la sicurezza del diritto alla casa, il governo si appella ad una lesione del "diritto alla sicurezza" (*i.e.* dell'ordine pubblico ideale) che il fenomeno delle occupazioni abitative determinerebbe e risponde con politiche repressive alla richiesta di garantire l'effettivo godimento di un fondamentale diritto sociale.

Un'ulteriore osservazione: nella grande maggioranza dei casi, il fenomeno delle occupazioni riguarda grandi edifici da tempo non utilizzati di proprietà pubblica o di enti pubblici o di grandi società, non private abitazioni di privati cittadini. La sicurezza da tutelare, quindi, non sembra coincidere con la sicurezza dei diritti di tutti, ma con la sicurezza del diritto – anzi, con il diritto alla sicurezza – di chi ha effettivamente qualcosa da difendere¹⁸⁵.

Con l'art. 23 del d.l. n. 113 del 2018 viene ripenalizzato il reato di blocco di strada ordinaria «al fine di rispondere compiutamente all'esigenza di garantire, ai massimi livelli, il diritto alla libertà di circolazione di cui all'articolo 16 della Costituzione, mediandone il disagio o la compressione

¹⁸⁴ Per un'attenta analisi delle problematiche costituzionali relative al diritto alla casa, cfr. E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Jovene, Napoli, 2017.

¹⁸⁵ L. MAGLIARO, *Diritto all'abitazione, occupazioni abusive e politiche securitarie*, in *Questionegiustizia.it*, 27 settembre 2016, p. 5, osserva che «non soltanto chi ha la disponibilità della sola abitazione in cui abita, ma anche coloro che hanno la proprietà di una seconda casa sono ben consapevoli che il fenomeno delle occupazioni abusive non può riguardarli direttamente (...). Al contempo, poiché ordinariamente chi subisce l'occupazione non è una persona fisica, ma un ente pubblico o una società, è arduo ipotizzare una reazione psicologica di insicurezza in capo a tali soggetti, con conseguente richiesta securitaria».

derivante dall'esercizio di altri interessi e libertà contrapposti, quali la libertà di manifestazione o di sciopero»¹⁸⁶. Tale reato, introdotto nel 1948 su iniziativa del ministro Scelba, veniva parzialmente depenalizzato dal d.lgs. n. 507 del 1999, in seguito al quale il blocco stradale effettuato su strada ordinaria diveniva mero illecito amministrativo e veniva punito con sanzione amministrativa pecuniaria, mentre continuava ad essere configurato come reato il blocco di strada ferroviaria e il blocco della navigazione. Il d.l. in esame, modificando l'art. 1 del d.lgs. n. 66 del 1948, qualifica di nuovo il blocco di strada ordinario come reato prevedendo una reclusione da uno a sei anni per chi "al fine di impedire od ostacolare la libera circolazione, colloca o abbandona congegni o altri oggetti di qualsiasi specie in una strada ordinaria o ferrata o comunque ostruisce o ingombra una strada ordinaria o ferrata" (la pena raddoppia – da 2 a 12 anni – per le ipotesi aggravate, ovvero nei casi in cui il fatto sia stato commesso da più persone o con violenza e minaccia). Viene, inoltre introdotto (con l'art. 1 *bis*) un nuovo illecito amministrativo (punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 a 4.000 euro) volto a reprimere la condotta di chi abbia ostruito la circolazione mediante la sola presenza fisica del proprio corpo sulla strada.

In sintesi, all'interno di un già difficile bilanciamento che coinvolge la libertà di circolazione, quella di riunione e la libertà di manifestazione del pensiero, il legislatore aggiunge un ulteriore peso sul piatto della bilancia: quello di un nuovo "diritto alla sicurezza" la cui garanzia giustifica l'anticipazione della soglia di punibilità e la previsione di pene che sembrano (quantomeno) sproporzionate.

La *ratio*, dunque, essendo il blocco stradale il tipico mezzo utilizzato nelle manifestazioni di protesta, è quella di scoraggiare le forme di dissenso e di opposizione con cui si esprime il disagio sociale, il conflitto dei lavoratori, il disaccordo con determinate scelte governative. Si tratta di forme di conflitto legate all'esercizio di diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti, come lo sciopero o la riunione. Quest'ultimo diritto, come visto¹⁸⁷, può essere limitato (*ex art. 17 Cost.*) solo per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica, quindi al fine di garantire l'*ordre dans la rue* quando sia concreto ed effettivo il rischio di un suo stravolgimento. Con il reato di blocco stradale, invece, il momento repressivo retrocede sino al momento della stessa messa in atto dell'ostruzione o del blocco stradale e a nulla rileva l'effettivo concretizzarsi del pregiudizio per la libertà di circolazione.

L'obiettivo perseguito da tali disposizioni, in altre parole, non è quello di incidere sulle cause del disagio sociale, ma quello di allontanare dai luoghi centrali delle città e rendere invisibili quei soggetti che già vivono in condizioni di marginalità ghettizzandoli ulteriormente. Anche qui, come nei decreti Minniti, l'attenzione è tutta al decoro urbano, sul cui altare si sacrifica «la tutela della dignità e dei

¹⁸⁶ Come si legge nella Circolare del Ministero dell'Interno del 10 gennaio 2019, n. 300, consultabile on line al sito *Interno.gov.it*.

¹⁸⁷ V. *supra*, cap. III.

diritti (art. 2 e 3 Cost.), nonché nello specifico la libertà di circolazione e movimento (art. 16 Cost.), e, con il divieto di accesso ai presidi sanitari, la tutela della salute (art. 32 Cost.)»¹⁸⁸.

5.1. b) Il decreto legge n. 53 del 2019 (c.d. decreto sicurezza-bis)

In una sostanziale ottica di continuità con il precedente decreto, il 15 giugno 2019 è entrato in vigore il decreto legge n. 53/2019 (convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2019), noto come “decreto sicurezza bis”, recante disposizioni urgenti in materia di contrasto all’immigrazione illegale, nonché in materia di ordine e sicurezza pubblica (capo I); disposizioni per il potenziamento dell’efficacia dell’azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza (capo II); disposizioni urgenti in materia di contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive (capo III).

L’adozione di questo provvedimento è l’ulteriore conferma dell’affermarsi dell’ordine pubblico ideale – attraverso una lettura immateriale della sicurezza e il consolidarsi del nuovo diritto alla sicurezza – come paradigma di governo delle (reali, presunte o strumentali) emergenze.

Anche in questo caso, infatti, si sceglie lo strumento della decretazione d’urgenza per introdurre disposizioni destinate ad incidere significativamente sui diritti fondamentali individuando le ragioni della straordinaria necessità ed urgenza del provvedere¹⁸⁹ nell’esigenza, relativamente alle politiche migratorie, di “contrastare prassi elusive della normativa internazionale e delle disposizioni in materia di ordine e sicurezza pubblica, attribuite dall’ordinamento vigente al Ministro dell’Interno”; di “rafforzare il coordinamento investigativo in materia di reati connessi all’immigrazione clandestina”; di “potenziare l’efficacia delle disposizioni in materia di rimpatri”. E ancora, si rinviene la ragione della necessità e dell’urgenza nell’esigenza di garantire il “regolare e pacifico svolgimento di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico” e di contrastare “fenomeni di violenza in occasione di manifestazioni sportive”.

Si tratta di finalità tra loro eterogenee tenute insieme da un preteso pericolo per l’ordine pubblico e la sicurezza pubblica, nozioni che, per la loro indeterminatezza, non sembrano soddisfare i necessari requisiti della omogeneità e specificità stabiliti dall’art. 15 della legge n. 400 del 1988¹⁹⁰; né sembra che rispetto alle generiche finalità indicate della tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza il Governo si trovasse di fronte ad una situazione talmente emergenziale da giustificare il ricorso alla decretazione

¹⁸⁸ A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, parte III, p. 194.

¹⁸⁹ Come si può leggere nel preambolo del decreto in esame (consultabile *on line* al sito della Camera dei deputati, *Camera.it*).

¹⁹⁰ La Corte, infatti, in relazione a tali requisiti ha specificato che occorre collegare «il riconoscimento dell’esistenza dei presupposti fattuali, di cui all’art. 77, secondo comma, Cost., ad una intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico» (sent. n. 22 del 2012, punto 3.3 del *Considerato in diritto*).

d'urgenza, dal momento che, secondo i dati forniti dalla stesso Ministero dell'Interno¹⁹¹, i reati che destano maggior allarme sociale (come omicidi, furti, rapine) sono diminuiti, allineando l'Italia alle statistiche dei Paesi europei ritenuti maggiormente sicuri.

Dunque, come si è verificato nei casi precedentemente menzionati, siamo davanti ad un ingiustificato sacrificio del dibattito parlamentare attorno ad interventi normativi destinati ad incidere profondamente sull'esercizio dei diritti fondamentali; sacrificio ancora più importante se si considera che il Governo ha posto la questione di fiducia sul decreto sicurezza *bis* in aula al Senato.

In merito ai contenuti del decreto, invece, bisogna evidenziare anzitutto le misure contenute nel capo I volte a contrastare l'immigrazione irregolare.

L'art. 1 modifica l'art. 11 del T.U. immigrazione e conferisce al Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il potere di emanare provvedimenti volti a limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta nelle acque territoriali di navi (escluse quelle militari o in servizio governativo non commerciale) per motivi di ordine e sicurezza pubblica, ovvero per il concretizzarsi delle condizioni di cui all'art. 19, co. 2 lett. g) della Convenzione di Montego Bay¹⁹², in base alla quale il passaggio di una nave straniera in acque territoriali è da considerare pregiudizievole per il "buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero" nel caso in cui tale nave effettui "il carico o lo scarico di materiali, valuta o persona in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero".

In questo modo la chiusura dei porti, precedentemente rientrante nella responsabilità esclusiva del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ed adottabile solo per "motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione" e "per motivi di protezione dell'ambiente marino" (ex art. 83 cod. nav.), ora potrà essere disposta anche dal Ministro dell'interno per contrastare le migrazioni irregolari.

Tale disposizione richiama i contenuti delle direttive precedentemente emanate dal Ministro dell'interno volte ad attuare la c.d. politica dei "porti chiusi", ovvero quei provvedimenti che, con l'obiettivo di raggiungere un'ordinata gestione dei flussi migratori, imponevano alle autorità incaricate della sorveglianza delle frontiere marittime di negare l'ingresso nei porti a chiunque avesse svolto «un'attività di soccorso (...) con modalità improprie, in violazione della normativa internazionale sul diritto del mare e, quindi, pregiudizievole per il buon ordine e la sicurezza dello stato costiero in quanto finalizzata all'ingresso di persone in violazione delle leggi di immigrazione»¹⁹³.

¹⁹¹ Cfr. i dati del Ministero dell'Interno riportati nel I Rapporto sulla Filiera della Sicurezza in Italia, 2018, pp. 7-13 redatto a cura del Censis e consultabile *on line* al sito *Censis.it*.

¹⁹² Accordo internazionale la cui ratifica è stata autorizzata dalla legge n. 684/1994.

¹⁹³ Direttiva del Ministro dell'interno del 18 marzo 2019 ("Direttiva per il coordinamento unificato dell'attività di sorveglianza delle frontiere marittime e per il contrasto all'immigrazione illegale ex articolo 11 del d.lgs. n. 286/1998 recante il Testo Unico in materia di Immigrazione"), p. 8, consultabile *on line* al sito *Interno.gov.it*. A questa prima Direttiva di portata generale ne sono seguite altre rivolte all'operato di singole ONG ritenute responsabili di attuare politiche di «strumentalizzazione degli obblighi internazionali in materia di *search and rescue*» (Direttiva del 4 aprile 2019, relativa alla nave Alan Kurdi dell'ONG Sea Eye, p. 2); o ancora, di svolgere una

La c.d. politica dei “porti chiusi” risulta in contrasto con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni internazionali sul diritto del mare e, nello specifico, con il rispetto delle norme relative al soccorso e al salvataggio delle persone in mare (sancite dalla Convenzione di Londra del 1974 e dalla Convenzione di Amburgo del 1979) in base alle quali l’Italia ha il dovere di offrire un porto di approdo sicuro alla nave che ne faccia richiesta. Non solo: la normativa in esame sembra confliggere anche con il principio di *non-refoulement* affermato dall’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati, secondo il quale «nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Contrasti sembrano palesarsi anche in relazione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali dell’uomo ed ai protocolli addizionali (art. 4 prot. addiz. n. 4 alla Conv. Edu) e rispetto alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 19) che vietano espulsioni e respingimenti collettivi di stranieri verso Paesi in cui i migranti siano esposti al rischio di pena di morte, o tortura, o trattamenti disumani e degradanti¹⁹⁴.

Con l’art. 2 del d.l. n. 53 del 2019, inoltre, viene introdotta una specifica sanzione nei confronti dei trasgressori del divieto di ingresso, transito e sosta in acque territoriali italiane. La disposizione modifica l’art. 12 del T.U. sull’immigrazione introducendovi un nuovo comma 6-*bis* in base al quale al comandante della nave che non abbia osservato i divieti e le limitazioni imposti potrà essere applicata una sanzione amministrativa variabile da un minimo di 150.000 ad un massimo di 1 milione di euro; a tale misura si aggiunge la sanzione accessoria della confisca amministrativa, con sequestro immediato della nave utilizzata per commettere la violazione¹⁹⁵. Di più: in sede di conversione è stato introdotto l’art. 3 *bis* con cui si modifica l’art. 380 del c.p.p. aggiungendovi la lettera *m-quinquies*) in base alla quale si dispone l’arresto in flagranza del comandante della nave nei casi di “delitto di resistenza o di violenza contro una nave da guerra, previsto dall’articolo 1100 del codice della navigazione”.

Bisogna tuttavia considerare che nella materia in esame vengono spesso in rilievo le cause di esclusione della responsabilità di cui all’art. 4 della l. n. 689 del 1981 in virtù del quale “non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell’adempimento di un dovere o nell’esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa”¹⁹⁶.

«cooperazione “mediata” che, di fatto, incentiva gli attraversamenti via mare di cittadini stranieri non in regola con il permesso di soggiorno e ne favorisce obiettivamente l’ingresso irregolare sul territorio nazionale» (Direttiva del 15 aprile 2019, relativa alla nave “Mare Jonio”, pp. 1-2). Direttive consultabili anch’esse *on line* al sito *Interno.gov.it*.

¹⁹⁴ Come evidenzia A. NATALE, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *Questionegiustizia.it*, 20 giugno 2019, p. 3 ss.

¹⁹⁵ Articolo così modificato in sede di conversione. Inizialmente era prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 10.000 a 50.000 euro e, solo in caso di reiterazione della violazione commessa con l’utilizzo della stessa nave, l’applicazione della sanzione accessoria del sequestro.

¹⁹⁶ Cfr. *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *DirittoPenleContemporaneo.it*, p. 3.

In merito alla prima esimente elencata, si rileva che, in base ad alcune norme di diritto internazionale (ad esempio, l'art. 98 della Convenzione di Montego Bay; l'art. 10 della Convenzione di Amburgo), il comandante di una nave ha l'obbligo di salvare le persone in pericolo e condurle presso un *place of safety*, ovvero un luogo sicuro, dove sia garantito il rispetto dei diritti fondamentali¹⁹⁷.

La sussistenza di uno "stato di necessità", invece, ha portato i giudici in alcune pronunce ad escludere la responsabilità dei soccorritori¹⁹⁸ riconoscendo esclusivamente quella degli scafisti, i quali avevano deliberatamente messo in pericolo la vita dei migranti costringendoli su di una imbarcazione inidonea ad affrontare l'intera traversata e determinando, in questo modo, il necessario intervento dell'attività di soccorso.

In merito all'esimente della legittima difesa, bisogna evidenziare che questa è stata riconosciuta ad alcuni migranti che, di fronte alla decisione del comandante della nave di riportarli in Libia, si sono ribellati costringendo l'equipaggio a condurli in Italia. Il giudice rilevava che la prospettiva di ritornare in quei territori costituiva per i migranti una lesione gravissima dei fondamentali diritti umani¹⁹⁹ e, di conseguenza, di fronte alla tutela del diritto alla vita e a non essere sottoposti a trattamenti disumani o di tortura, ha ritenuto sicuramente sacrificabile il diritto all'autodeterminazione dell'equipaggio.

Sempre nel capo I del decreto si rinvencono norme in materia di sicurezza e ordine pubblico volte ad introdurre specifiche circostanze aggravanti per i reati commessi in occasione di manifestazioni pubbliche. L'art. 6, ad esempio, aumenta le pene previste dalla c.d. legge Reale (l. n. 152 del 1975) per chi utilizza caschi protettivi o qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, stabilendo che

¹⁹⁷ Gli estremi della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere (art. 51 c.p.) sono stati richiamati dal giudice delle indagini preliminari di Agrigento nell'ordinanza del 2 luglio 2019. Si tratta della nota vicenda che ha interessato la nave Sea Watch 3 (nave battente bandiera olandese ma gestita dalla ONG tedesca Sea Watch) e la comandante Carola Rackete: quest'ultima il 29 giugno, contravvenendo al divieto di ingresso adottato nei confronti della Sea Watch 3 ai sensi del decreto sicurezza-*bis*, entra nel porto di Lampedusa con a bordo i migranti tratti in salvo nelle operazioni di soccorso svolte il precedente 12 giugno e viene arrestata dalla Guardia di Finanza con l'accusa di resistenza e violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav) e di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.). Il Gip di Agrigento ha escluso la rilevanza penale delle condotte dell'indagata rigettando, dunque, sia la richiesta di convalida del provvedimento di arresto, sia la richiesta del pubblico ministero di applicazione della misura cautelare del divieto di dimora in provincia di Agrigento. In particolare, il giudice, in relazione al reato di cui all'art. 337 c.p., ha ravvisato gli estremi della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere (in specie, quello di soccorrere i naufraghi) gravante sulla comandante alla luce del quadro complessivo delle fonti di diritto internazionale e nazionale. Obblighi che, a parere del giudice, non possono venir meno né per effetto delle direttive interministeriali in materia di "porti chiusi", né conseguentemente al divieto di ingresso adottato ai sensi del d.l. n. 53 del 2019, dal momento che si tratta di atti destinati, in base al criterio gerarchico, a retrocedere di fronte alle diverse previsioni delle fonti ordinarie e sovranazionali in materia (cfr., *L'ordinanza del Gip di Agrigento sul caso Sea Watch (Carola Rackete)*, in *DirittoPenaleContemporaneo.it*).

¹⁹⁸ È il caso della sentenza della Corte di Cassazione (sez. I, penale, del 28-02-2014, n. 14510) con cui si afferma che «l'azione dei soccorritori (che di fatto consente ai migranti di giungere nel nostro territorio) è da ritenere ai sensi dell'art. 54 c.p., comma 3, in termini di azione dell'autore mediato, operante in ossequio alle leggi del mare, in uno stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e quindi sanzionabile nel nostro Stato».

¹⁹⁹ In questo senso si è espresso il giudice delle indagini preliminari del tribunale di Trapani che, con la sentenza del 23 maggio 2019, ha assolto i due migranti arrestati per aver guidato la rivolta scoppiata a bordo e accusati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, perché il fatto non costituisce reato in quanto i due avrebbero agito per legittima difesa. Si veda il commento *Vos Thalassa, il Tribunale assolve i migranti: difesero il loro diritto alla vita*, in *Asgi.it*.

venga punito con l'arresto da due a tre anni (invece che da uno a due) e con l'ammenda da 2.000 a 6.000 euro (invece che da 1.000 a 2.000).

Lo stesso articolo 6 introduce nella legge Reale un nuovo articolo (art. 5-*bis*) che prevede una fattispecie delittuosa punita con la reclusione da 1 a 4 anni per chi “nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, lancia o utilizza illegittimamente, in modo da creare un concreto pericolo per l'incolumità delle persone o l'integrità delle cose, razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, strumenti per l'emissione di fumo o di gas visibile o in grado di nebulizzare gas contenenti principi attivi urticanti, ovvero bastoni, mazze, oggetti contundenti o, comunque, atti ad offendere”.

Anche l'art. 7 del d.l. in esame introduce alcune modifiche al codice penale al fine di inasprire il trattamento sanzionatorio di fatti già previsti come reati nel caso in cui vengano commessi in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico. In particolare, l'aggravante prevista dall'art. 339, co.1, c.p. per i casi in cui i reati di violenza, minaccia, resistenza a pubblico ufficiale siano commessi con determinate modalità (armi, persona travisata, più persone riunite) viene estesa ai casi in cui tali reati siano commessi “nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico”; lo stesso dicasi per il reato di cui all'art. 340 c.p. (interruzione di ufficio o servizio pubblico) che, nel caso sia commesso nel corso di una manifestazione, verrà punito con la reclusione fino a due anni.

Ed ancora, con lo stesso articolo, l'aggravante prevista per i casi in cui il delitto di devastazione e saccheggio (art. 419, co. 2 c.p.) sia commesso con determinate modalità, viene estesa ai casi in cui tale delitto è commesso nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico. Modifiche analoghe vengono apportate al regime sanzionatorio del delitto di danneggiamento (art. 635 c.p.) che, nel caso in cui venga commesso in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, viene punito con un considerevole aumento di pena (da uno a cinque anni, anziché dai sei mesi a tre anni).

Siamo di fronte ad una serie di disposizioni che, incidendo sulla disciplina della libertà di riunione, reprimono ulteriormente il dissenso e testimoniano l'adozione di una politica criminale che vede nel manifestante una persona in sé potenzialmente pericolosa e nelle stesse manifestazioni dei luoghi pericolosi e criminogeni²⁰⁰.

Al di là delle singole disposizioni, ciò che più interessa evidenziare è il perpetrarsi della tendenza a legare insieme immigrazione e sicurezza pubblica²⁰¹: un «*topos classico*»²⁰² che negli ultimi dieci anni ha visto un sensibile incremento del suo utilizzo. Il binomio immigrazione-sicurezza pubblica che si è

²⁰⁰ Cfr. A. NATALE, *op. cit.*, p. 10.

²⁰¹ Anche chi non nega la possibilità di ricondurre la disciplina della pubblica sicurezza a quella dell'immigrazione, sottolinea come questo legame sia assolutamente indiretto e subordinato all'eventuale insorgere di problematiche di sicurezza pubblica effettive; cfr. A. PACE, *Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del c.d. decreto legge “sicurezza e immigrazione”*, *Asgi.it*, p. 3.

²⁰² Come lo definisce A. ALGOSTINO, *op. ult. cit.*, p. 173, ricordando che norme in materia di stranieri erano state inserite già nel 1931 all'interno del TULPS.

affermato, si basa su «equazioni costituzionalmente discutibili, come quella per cui la tutela della sicurezza si possa fondare, ad esempio, sulla riduzione degli spazi della c.d. protezione umanitaria»²⁰³; argomentazioni così apoditticamente semplici che si sono facilmente diffuse, consolidando la sensazione che i responsabili dell'insicurezza siano effettivamente i migranti²⁰⁴.

Ciò che lega insieme il fenomeno migratorio e la sicurezza pubblica è l'ansia di prevenzione che sembra dominare le scelte del legislatore, il quale, applicando al diritto penale il principio del rischio e della precauzione, fonda la sua politica sulla base di quello che l'opinione pubblica percepisce emotivamente come rischio (migranti, in particolare, poveri, tossico-dipendenti, marginalizzati, in generale) evidenziando il legame che si realizza tra la sensazione generale di incertezza, la prevenzione e la necessità di intervenire secondo il paradigma emergenziale.

Dunque, con gli ultimi decreti esaminati, il legislatore conferma la tendenza consolidatasi negli anni ad uniformare le modalità di approccio nella trattazione di problematiche distinte ed assolutamente eterogenee, che, se affrontate insieme, implicano necessariamente il ricorso a strumenti ascrivibili ad una certa visione del diritto penale, quella del diritto penale simbolico e del nemico, che mal si accorda con i principi costituzionali e che si fonda su una rilettura in senso *ideale* o *immateriale* della sicurezza, componente originariamente materiale dell'ordine pubblico.

Attraverso la nuova declinazione di tale componente, nell'incapacità di combattere le fragilità sociali tramite una politica volta alla sicurezza dei diritti, si è giunti alla costruzione di un "diritto alla sicurezza"; diritto che per potersi "fortificare" deve cercare la sua ragione nella (attuale, potenziale, strumentale che sia) emergenza per la pubblica sicurezza e per l'ordine pubblico che, negli ultimi anni, è stata individuata principalmente nel fenomeno migratorio.

La disciplina della condizione giuridica dello straniero in Italia, fin dalla sistemazione organica avvenuta con il decreto legislativo n. 286 del 1998, ha viaggiato su due binari paralleli, l'integrazione da un lato e la repressione dall'altro. Il binario dell'integrazione ha portato al riconoscimento di alcuni diritti, anche se con differenti gradazioni per quanto riguarda i diritti sociali e con l'esclusione dei diritti politici, ma ha anche subordinato l'ingresso nel territorio all'effettivo svolgimento di una attività lavorativa ed alla «capacità di assorbimento del tessuto sociale e produttivo»²⁰⁵. Il binario della repressione ha portato, invece, ad una progressiva criminalizzazione che si è estesa al migrante in sé, che sia clandestino o richiedente asilo. Il migrante rappresenta *ex se* un problema di sicurezza pubblica, di ordine pubblico.

²⁰³ M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018*, cit., p. 175.

²⁰⁴ Così L. PEPINO, *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, consultabile nella rubrica "Diritti senza confini", *Asgi.it*.

²⁰⁵ Cfr. A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2003-II, p. 622.

Su questa scia, gli interventi normativi in materia, come visto, segnano una crescente tendenza alla criminalizzazione dell'irregolarità migratoria e alla predisposizione di misure volte ad isolare ulteriormente l'immigrato irregolare «sino al punto di negargli o ostacolargli l'esercizio di veri e propri diritti fondamentali»²⁰⁶, attitudine destinata, in un ordinamento come il nostro, a porsi in forte tensione con il principio di uguaglianza e con il suo “nucleo forte”, che comporta il divieto di distinzione *ratione subjecti* e l'esigenza di una normazione uniforme in materia di diritti fondamentali²⁰⁷.

Al contrario, ciò che sembra essersi affermato negli anni è una «lettura economicista ed emergenziale»²⁰⁸ del fenomeno migratorio che si accompagna ad una visione del diritto penale fondata su una concezione “soggettivistica”, basata, cioè, non sui fatti, ma sulla persona, la sua devianza e la sua presunta pericolosità. Ciò che si rende evidente è il carattere strumentale – se non ideologico – che ha segnato il percorso della disciplina legislativa in materia di immigrazione, tanto da poter intravedere nelle sue evoluzioni una «finalizzazione a riscrivere il rapporto tra diritti e autorità più che a dare risposta a esigenze reali», individuando una «categoria dei nemici della società (...) da colpire nei diritti (...) fino a privarli (...) finanche della cittadinanza, e dunque dell'identità»²⁰⁹.

È la società delle frontiere, delle esclusioni, dei nemici, in cui le politiche repressive nei confronti dei migranti si combinano con misure volte a eliminare le marginalità sociali (rendendole invisibili) e a negare il conflitto interno, dimenticando che non può esistere una democrazia senza conflitto²¹⁰.

Porti chiusi all'esterno, diritti “confinati” all'interno.

²⁰⁶ V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, il Sole 24 Ore, 19 maggio 2009, p. 1.

²⁰⁷ A. CERRI, *L'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 61 ss.

²⁰⁸ A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, p. 174.

²⁰⁹ Così L. PEPINO, *op. cit.*, p. 4.

²¹⁰ G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, cit., p. 404.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN B., *La Costituzione d'emergenza*, Meltemi, Roma, 2005;

ACKERMAN B., *Prima del prossimo attacco*, Vita e Pensiero, Milano, 2008;

ALGOSTINO A., *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, parte III, p. 167 ss.;

ALGOSTINO A., *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2003, p. 622 ss.;

ALGOSTINO A., *Le parole e il dissenso. Fra libertà di manifestazione del pensiero e reato di istigazione a delinquere: note intorno al processo a Erri De Luca*, in *Giur. Cost.*, 2014, p. 4147 ss.;

ALLEGRETTI U., *Legge sull'ordine pubblico e libertà costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1976, p. 486 ss.;

AMATO G., *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 1 ss.;

AMATO G., *Art. 16*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 114 ss.;

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.

AMATO G., *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. del Dir.*, XXIV, Giuffrè ed., 1974, p. 272 ss.;

ANASTASIA S., PALMA M., *Introduzione*, in *La bilancia e la misura*, Democrazia e Diritto, 2/2000, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 7 ss.;

ANGIOLINI V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986;

ARANGIO RUIZ G., *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, 1913;

AZZARITI G., *Appunti per le lezioni. Parlamento, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017;

AZZARITI G., *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2016;

AZZARITI G., *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010;

AZZARITI G., *Giustiziabilità dei provvedimenti del giudice penale in materia di rilascio di passaporti*, in *Diritto e società*, 1983, p. 481 ss.;

AZZARITI G., *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (Rassegna critica)*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 3037 ss.

AZZARITI G., *Sui migranti uno sfregio alla Costituzione*, in *Il Manifesto*, 7 novembre 2018;

BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. PALMA, S. ANASTASIA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 19 ss.;

BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967;

BARBERA A., *Principi costituzionali e libertà di corteo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, CEDAM, 1974;

BARILE P., *Assembleamento (voce)*, in *Enc. Dir.*, III, Giuffrè, 1958, p. 405 ss.;

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, 1984;

BARILE P., *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1953;

BARILE P., *La libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975;

BARILE P., *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, CEDAM, Padova, 1966;

BARILE P., *La pubblica sicurezza*, Vicenza, Neri Pozza, 1967;

BARILE P., *La libertà di manifestazione del pensiero*, *Enc. Dir.*, XXIV, Giuffrè, 1974, p. 424 ss.;

BASCHERINI G., *A mezzanotte va la ronda... Osservazioni in tema di sicurezza attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 226 del 2010*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2010;

BASCHERINI G., *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/2001, p. 1860 ss.;

BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali, l'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007;

BASCHERINI G., *L'emergenza e i diritti: un'ipotesi di lettura*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 3 ss.;

BASCHERINI G., *Su alcune recenti tendenze in materia di polizia degli stranieri*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2010;

BENVENUTI M., *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione I^a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante "Conversione del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018, p. 165 ss.;

BENVENUTI M., *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019, p. 1 ss.;

BERNARD P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1962;

BILANCIA F., *Violenza negli stadi e misure di prevenzione "atipiche"*, in *Rivista di diritto sportivo*, 4/1997, p. 723 ss.;

BISCARETTI DI RUFFIA P., *La legittimità costituzionale della censura*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Atti II Convegno di studi E. De Nicola, Como-Bellagio, 1962, Milano, 1963, p. 19 ss.;

BOGNETTI G., *Il "pericolo" nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1437 ss.;

BONETTI P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna 2006;

BONNET B., *L'ordre public en France: de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable*, in C. A. DUBREUIL (a cura di), *L'ordre public. Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne*, ed. CUJAS, Paris, 2013, p. 117 ss.;

BORRELLO R., *Riunione (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, XL, Giuffrè, 1989, p. 1401 ss.;

BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Questione criminale*, 1975, p. 221 ss.;

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 94 ss.;

BRUNELLI G., *L'inquietante vicenda delle ronde: quando la "sicurezza partecipata" mette a rischio la legalità costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, p. 5 ss.;

BURDEAU G., *Manuel de Droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, ed. L.G.D.J., Paris, 1948;

BURDEAU G., *Traité de Science Politique, t. I: le Pouvoir politique*, ed. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949;

CAIA G., *L'amministrazione della pubblica sicurezza e le forze di polizia: l'assetto delle competenze ed il coordinamento in relazione ai recenti interventi normativi*, in AA.VV., *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2009, n.125 ed il decreto del Ministro dell'interno*, Utet, Bologna, 2009, p. 77 ss.;

CANOSA R., *Le libertà in Italia: i diritti civili e sociali nell'ultimo decennio*, Torino, Einaudi, 1981;

CAPACCIOLI A., *Rapporti fra prevenzione e repressione in materia di spettacolo*, in AA.VV., *Problemi della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Ed. Giuffrè, Milano, 1963, p. 136 ss.;

CAPS-LIENHART M., *L'ordre public*, Bosc Frères, Lione, 1934;

CARCASSONNE G., *La Constituton*, IX., POINTS ed., Paris, 2009;

CARLASSARE L., *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giur. Cost.*, 1982, p. 98 ss.;

CARNEVALE P., *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 4526 ss.;

CASELLI G., *Le recenti misure per l'ordine pubblico*, in *Democrazia e Diritto*, 1978, p. 135 ss.;

CASSANO M.E., *Sicurezza e disagio sociale nel c.d. decreto Salvini*, in *DirittoPenaleContemporaneo.it*, fasc. 9/2019, p. 5 ss.;

CAVASINO E., *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro": interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019, p. 1 ss.;

CERRI A., *L'eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2005;

CERRI A., *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1183 ss.;

CERRI A., *Libertà, II) Libertà personale – dir. cost.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1991;

CERRI A., *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990;

CERRONE P., *Identità civica degli stranieri*, in *Politica del diritto*, 1995, p. 441 ss.;

CHARLIER M., *Les fins du Droit public moderne*, in *Revue du Droit public*, 1947, p. 127 ss.;

CHIAVARIO M., *Scarcerazione automatica e riemissione del mandato di cattura: una reformatio in peius in nome del principio di uguaglianza*, in *Giur. Cost.* 1974, p. 548 ss.;

CHIOLA C., *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 5 ss.;

CIERVO A., *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea fra sistema Hotspot e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, parte I, p. 79 ss.;

CONTIERI E., *I delitti contro l'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1961;

CORSO G., *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXX, Giuffrè, 1980, p. 1057 ss.;

CORSO G., *L'ordine pubblico*, il Mulino, Bologna, 1979;

CRISAFULLI V., *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1965, p. 244 ss.;

CRISAFULLI V., *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1956, p. 54 ss.;

CRISAFULLI V., *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1993;

CRISAFULLI V., *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. Pen.*, 1955, II, p. 113 ss.;

CROZIER M., HUNTINGTON S., WATANUKI Y., *La crisi della democrazia*, Franco Angeli, Milano, 1977;

D'AMBROSIO V., *Il pacchetto sicurezza: un'occasione sprecata*, in *Astrid-online.it*;

- DE FINA S., *Testo unico di Pubblica Sicurezza e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1959, p. 964 ss.;
- DE LUCA E., *La parola contraria*, Feltrinelli, Milano, 2015;
- DE SIERVO U., *Circolazione, emigrazione, soggiorno (libertà di)*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, III, Utet, 1989, p. 77 ss.;
- DE VERO G., *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 293 ss.;
- DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1988;
- DEL GIUDICE V., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1955;
- DEMURO G., *Art. 16*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, p. 372 ss.;
- DENNINGER E., *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, Giappichelli, 1998;
- DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Giuffrè, Milano, 1988;
- DOLSO G.P., *Misure di prevenzione atipiche e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1586 ss.;
- DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questionegiustizia.it*, 1/2009, p. 101 ss.;
- DUBREUIL A. (a cura di), *L'ordre public. Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne*, ed. CUJAS, Paris, 2013;
- DUEZ P., *Police et esthétique de la rue, cronique 17*, Dalloz, Parigi, 1927;
- ELIA L., *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938 ss.;
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962;
- ESPOSITO C., *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 831 ss.;
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 191 ss.;
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958;
- FARJAT G., *L'ordre public économique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1963;
- FERRAJOLI L., *La libertà di circolazione e soggiorno. Per chi?*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, p. 179 ss.;

- FERRARA G., *La crisi del neoliberismo e la governabilità coatta*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013;
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, Milano, 1855;
- FILIPPETTA G., *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006;
- FIORAVANTI M., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 3 ss.;
- FIGLIARELLI C., *I reati di opinione*, CEDAM, Padova, 1972;
- FIGLIARELLI C., *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1084 ss.;
- FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957;
- GALEOTTI S., *La libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1953;
- GALIZIA M., *La libertà di circolazione e di soggiorno*, in P. BARILE (a cura di), *La Pubblica Sicurezza*, Neri Pozzi, Vicenza, 1967, p. 485 ss.;
- GAMBINI F., *Art. 17*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, CEDAM, 2008, p. 135.
- GARGIULO E., *L'appartenenza negata: la residenza e i suoi significati, tra ambivalenze interpretative e conflitti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019, p. 33 ss.;
- GILIBERTO A., *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Penalecontemporaneo.it.*;
- GONNELLA P., *Le nuove norme sulla sicurezza urbana, decoro versus dignità*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, parte III, p. 59 ss.;
- GRANGER M. A., *Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité"?*, Actes du VIIe Congrès français de droit constitutionnel, *Constitution, droit et devoirs*, Paris 26 et 27 septembre 2008, in *Droitconstitutionnel.org*;
- GRASSI E., *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 531 ss.
- GREVI V., *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Politica del diritto*, 1982, p. 237 ss.;
- GREVI V., *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, in *Il Politico*, 1976, p. 345 ss.;
- GROPALI A., *Sul concetto di ordine pubblico*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I: *Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1940, p. 71 ss.;
- GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991;

GROSSI P.F., *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 205 ss.;

GUARINIELLO R., *Problemi costituzionali dell'arresto in flagranza*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 1815 ss.;

GUARINO G., *Lezioni di diritto pubblico*, II, Giuffrè, Milano, 1967;

GUARINO G., *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Jovene, Napoli, 1948;

GUIRAUD C., *La Police et l'ordre public*, Bordeaux, Delmas, 1938;

HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, ed. Recueil Sirey, Parigi, 1929;

HAURIOU M., *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, Parigi, 1933.

HAURIOU M., *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud & Gay, Paris, 1933;

HEALY T.H., *Théorie générale de l'ordre public*, in *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 9, Parigi, Librairie Hachette, 1926;

JEMOLO A.C., *I problemi pratici della libertà*, Giuffrè, Milano, 1972;

JEMOLO A.C., *Lo Stato può difendersi*, in *Giur. Cost.*, 1970, p. 957 ss.;

LARRALDE J.-M., *La constitutionnalisation de l'ordre public*, in M. J. REDOR (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux, Actes du colloque de Caen des jeudi et vendredi 12 mai 2000*, Nemesis, Bruxelles, 2001, p. 217 ss.;

LAVAGNA C., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in ID, *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984;

LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1970;

LEBRETON G., *Ordre public et dignité de la personne humaine: un problème de frontière*, in M.J. REDOR (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics et droits fondamentaux*, Emile Bruyillant, Bruxelles, 2001;

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE P., *L'ordre public*, Thèse, 1934;

LEVI A., *Ordine giuridico e ordine pubblico*, in *Scritti minori di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova, 1957, p. 235 ss.;

LEVI A., *Ordine giuridico ed ordine pubblico*, *Congresso internazionale di filosofia*, Bologna, 6-11 aprile 1911, in *Rivista di filosofia*, ed. A. F. Formiggini, Modena, 1911;

LOPRIENO D., *Il trattenimento dello straniero alla luce della legge n. 132 del 2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019, p. 1 ss.;

LUCIANI M., *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, p. 217 ss.;

LUCIANI M., *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, n. 4/1989, p. 613 ss.;

LUTHER BLISSET PROJECT, *Nemici dello Stato – Criminali, “mostri” e leggi speciali nella società del controllo*, DeriveApprodi, Roma, 2002;

MAGLIARO L., *Diritto all'abitazione, occupazioni abusive e politiche securitarie*, in *Questionegiustizia.it*, 27 settembre 2016;

MALAUURIE P., *Note sous C.A. Poitiers, 18 decembre 1953 – Électricité de France – D. 1954-519*;

MANETTI M., PACE A., *Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2006;

MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003;

MASSA M., *I vigilanti privati e il volto pubblico della pubblica sicurezza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2009;

MAZZIOTTI M., *Lezioni di diritto costituzionale, II*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 208.

MAZZIOTTI M., *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, p. 15.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico, II*, Padova, 1975;

MORTATI C., *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 689 ss.;

NATALE A., *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *Questionegiustizia.it*, 20 giugno 2019;

NICOTRA GUERRERA I., *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1995;

OLIVITO E., *Il diritto costituzionale all'abitare. Spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Jovene, Napoli, 2017;

OLIVITO E., *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, parte I, p. 39 ss.

ONIDA V., *Le vie del mare e le vie della legge*, il Sole 24 Ore, 19 maggio 2009;

PACE A., *Art. 17*, in A. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1977, p. 145 ss.;

PACE A., *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *RivistaAic*, n. 1/2015, p. 1 ss.

PACE A., *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e Società*, n. 2/2013, Editoriale scientifica, p. 177 ss.;

PACE A., *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Giuffrè ed., 1974, p. 287 ss.;

PACE A., *Misure di prevenzione personale contro la violenza negli stadi ed esercizio del diritto di difesa con "forma semplificata"*, in *Giur. cost.*, 1997, p.1584 ss;

PACE A., *Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del c.d. decreto legge "sicurezza e immigrazione"*, [Asgi.it](#);

PACE A., *Problematica delle libertà personali. Parte speciale*, Padova, 1992;

PACE A., *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 108 ss.;

PACE A., *Spunti per una delimitazione "costituzionale" dello sciopero*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 1437 ss.;

PACE A., *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico F. Serafini*, vol. CLXV, 1965;

PACE A., *La libertà di riunione nell'ordinamento italiano*, Padova, 1967;

PACE A., *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971, p. 1777 ss.;

PALADIN L., *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965, p. 130 ss.;

PENASA S., *L'approccio hotspot nella gestione delle migrazioni. Quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *RivistaAIC.it*, n. 2/2017;

PEPINO L., *Le nuove norme su immigrazione e sicurezza: punire i poveri*, consultabile nella rubrica "Diritti senza confini", [Asgi.it](#).

PICARD E., *Introduction générale: la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique*, in M. J. REDOR (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droit fondamentaux, Actes du colloque de Caen des jeudi et vendredi 12 mai 2000*, Nemesis, Bruxelles, 2001, p. 22 ss.;

PINELLI C., *Forme di stato e forme di governo*, Jovene, Napoli, 2006;

PINNA P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988;

PISANI M., *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *L'indice penale*, 1970;

PITCH T., *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, Bari, 2013;

PIZZORUSSO A., *Tutela della libertà di manifestazione del pensiero e punizione dei reati commessi per esprimere un'opinione*, in *Foro It.*, 1968, IV, p. 145 ss.;

PLANTEY A., *Définition et principes de l'ordre public*, in R. Polin (a cura di), *L'ordre public*, PUF, 1996, p. 27 ss.;

POLIN R., *L'ordre public*, in R. POLIN (a cura di), *L'ordre public*, PUF, 1996, p. 7 ss.;

PUGIOTTO A., “*Purché se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente nei meccanismi di allontanamento dello straniero)*, Relazione al Convegno nazionale dell’Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in *RivistaAic.it*.

RANELLETTI O., *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, IV*, Società editrice libraria, Milano, 1904;

RESCIGNO G.U., *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, 2008.

RESCIGNO G.U., *Note sulla giurisprudenza costituzionale del 1974*, in *Quale Giustizia*, 1975;

RIPERT G., *L’ordre économique et la liberté contractuelle*, *Mélanges Geny*, II, 1935;

RIPERT G., *Les forces créatrices du Droit*, LGDJ, 1955;

RIVERO J., H. MOUTUCH, *Libertés publiques*, VII ed., tomo I, Paris, 2003;

ROBLOT-TROIZIER A., *L’ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in C. A. Dubreuil (a cura di), *L’ordre public. Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le centre Michel de l’Hospital de l’Université d’Auvergne*, ed. CUJAS, p. 309 ss.;

RODOTÀ S., *Diritti e libertà nella storia d’Italia – conquiste e conflitti 1861, 2011*, Donzelli, Roma, 2011;

ROLAND S., *L’ordre public et l’État. Brèves réflexions sur la nature duale de l’ordre public*, in C.A. DUBREUIL (a cura di), *L’ordre public*, ed. CUJAS, Parigi, 2013, p. 11 ss.;

ROSSI S., *Ronde e disagio sociale. Note a Corte costituzionale n. 226/2010*, in *Forumcostituzionale.it*;

RUOTOLO M., *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Torino, Utet 2007;

RUOTOLO M., *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto “sicurezza e immigrazione”). Audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato in relazione all’esame in sede referente del disegno di legge n. 840 (d.l. 113/2018-sicurezza pubblica)*, in *OsservatorioAic.it*, 3/2018, p. 175.

RUOTOLO M., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democraziae sicurezza.it*, p. 2.

RUOTOLO M., *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 17 ss.;

SCHAERF C., DE LUTHS G., SILJ A., CARLUCCI F., BELLUCCI E., ARGENTINI S., *Vent’anni di violenza politica in Italia*, Roma, Università degli studi La Sapienza, Centro stampa d’Ateneo, 1992;

SCHMITT C., *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del politico*, a cura di Miglio e Schiera, Bologna, il Mulino, 1972;

SCHOETTL J.E., *Interêt générale et Constitution*, Rapport public du Conseil d'Etat 1999, Etudes et documents, n. 50, 1999;

SEVERINO M., *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro padano*, 1950, IV, p. 106 ss;

SIRIANNI G., *La polizia degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 1999;

STRADELLA E., *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, p. 201 ss.).

TARLI BARBIERI G., *Art. 17*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, p. 383 ss.;

TRIPALDI M.P.C., *L'ordine pubblico come limite immanente alla libertà di riunione*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di P. Barile*, Padova, 2003, p. 827 ss.;

VANDELLI L., *I poteri del sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 del TUEL*, in AA.VV., *Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2009, n.125 ed il decreto del Ministro dell'interno*, cit., p. 51 ss.;

VAREILLES- SOMMIÈRES G., *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Paris, Cotillon-Pichon, 1899;

VASSALLI G., *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 365 ss.;

VASSALLO PALEOLOGO F., *Diritti sotto sequestro. Dall'emergenza umanitaria allo stato di eccezione*, Aracne, Roma, 2012;

VENTURI F., *Il diritto di asilo: un diritto sofferente. L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di "Paesi di origine sicuri" ad opera della L. 132/2018 di conversione del c.d. "decreto sicurezza" (d.l. 113/2018)*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 1/2019, p. 147 ss.;

VERPEAUX M., B. MATHIEU, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, Semaine juridique (JCP), 2000, I, p. 201 ss.;

VILLONE M., *Una brutta sentenza contro gli operai FCA*, in *Libertà e giustizia.it*, 21 luglio 2018;

VIRGA P., *I diritti di libertà e i diritti politici*, in *La Costituzione italiana: il disegno originario e la realtà attuale*, Milano, 1980, p. 63 ss.;

VIRGA P., *La potestà di polizia*, Milano, 1954;

ZAGREBELSKY G., *La Costituzione dimezzata*, in *Mondooperaio*, febbraio 1980;

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988;

ZANOBINI G., *Ordine pubblico*, in *Enc. It.*, Roma, Istituto Treccani, 1935, XXV, p. 463 ss.