

## Principio di legalità e «nuove ed inedite» fattispecie di illecito create dai Sindaci

d Pasquale Cerbo

(in corso di pubblicazione in *“le Regioni”*, 2011)

### 1. Il giudizio della Corte.

La sentenza in commento ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nel testo riformulato nel 2008<sup>1</sup>. In particolare, la disposizione è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui consente al Sindaco, nella veste di ufficiale del Governo, di adottare provvedimenti a «contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato», anche al di fuori dei casi di urgenza, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana.

La questione di costituzionalità è stata accolta sotto tre distinti profili: la Corte ha infatti ritenuto che la disposizione violasse gli artt. 23, 97 e 3 della Costituzione. In ragione dell'interpretazione dell'art. 54 fatta propria dalla sentenza sono invece 'cadute' le altre questioni poste dalle ordinanze di rimessione, fondate sul presupposto interpretativo (che la sentenza ha considerato errato) della derogabilità delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti: in particolare, facendo leva sulla formulazione letterale della norma<sup>2</sup>, la Corte ha chiarito che, a differenza di quelle contingibili ed urgenti (con le quali possono avere in comune il fine di salvaguardare l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana), le ordinanze in questione non possono derogare alla legge ed ai regolamenti e, a questa stregua, possono dirsi di «ordinaria amministrazione»<sup>3</sup>.

Questa interpretazione della disposizione -già anticipata dalla Corte in una precedente decisione<sup>4</sup>- è servita anche a circoscrivere l'area di intervento delle ordinanze 'ordinarie': infatti,

<sup>1</sup> L'art. 54 d.lgs. 267/2000 è stato riformulato nei termini esaminati dalla Corte dall'art. 6 d.l. legge 23 maggio 2008, n. 92 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 24 luglio 2008, n. 125.

<sup>2</sup> Secondo la Corte la dizione letterale della norma implica che non è consentito alle ordinanze sindacali «ordinarie» -pur se rivolte al fine di fronteggiare «gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»- di derogare a norme legislative vigenti, «come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti».

<sup>3</sup> Secondo la Corte, «la norma censurata, se correttamente interpretata, non conferisce ai Sindaci alcun potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative o regolamentari vigenti» e pertanto «non sussistono i vizi di legittimità che sono stati denunciati sulla base del contrario presupposto interpretativo».

<sup>4</sup> Si veda Corte cost. 1° luglio 2009, n. 196, in questa *Rivista*, 2009, 1401, con note di P. BONETTI, *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei Sindaci in materia di sicurezza urbana e l'opinabile sopravvivenza dei Sindaci quali "ufficiali di Governo"*, e T.F. GIUPPONI, *"Sicurezza urbana" e ordinanze sindacali: un primo (e inevitabilmente parziale) vaglio del Giudice delle leggi*. Tale decisione si era dichiaratamente astenuta, in ragione del carattere del giudizio di costituzionalità (in via principale), dall'esaminare le questioni relative all'incidenza delle ordinanze sulla libertà delle persone: «il presente giudizio prescinde da una valutazione del merito del decreto impugnato ed in particolare dal profilo concernente l'ampiezza della definizione del concetto di "sicurezza urbana" in

una volta chiarito che non è possibile derogare a disposizioni legislative e regolamentari vigenti, la potestà attribuita dall'art. 54 d.lgs. 267/2000 è destinata ad esplicarsi esclusivamente nell'area non disciplinata da tali fonti. In altre parole, quest'area -proprio perché non disciplinata normativamente- coincide con la «sfera generale di libertà» dei «singoli» e delle «comunità amministrative», che è tutelata dall'art. 23 Cost.

Nell'ambito di tale sfera di libertà, secondo la Corte, i cittadini «sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge»<sup>5</sup>; detto altrimenti, la libertà dei cittadini può «essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare»<sup>6</sup>.

La legge che incide su tale libertà non deve peraltro limitarsi ad una formale attribuzione di potere: è perciò vietata la «assoluta indeterminatezza» del potere conferito all'amministrazione e, di converso, la «totale libertà del soggetto o organo investito della funzione»; soprattutto, non è sufficiente la finalizzazione del potere attribuito «alla tutela di un bene o di un valore», poiché è indispensabile che «il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»: tutto ciò, secondo la Corte, si traduce nel «principio di legalità sostanziale».

Queste garanzie non risultano rispettate nel caso delle ordinanze 'ordinarie' dell'art. 54 d.lgs. 267/2000: infatti, la disposizione attribuisce ai Sindaci il potere di imporre divieti e obblighi diretti a tutti i soggetti presenti su un dato territorio (comunale) per la tutela di un interesse genericamente individuato, senza alcuna limitazione sostanziale della loro «discrezionalità amministrativa». Né può rilevare, in senso contrario, il decreto del Ministro dell'interno 5 agosto 2008: è sì vero che con tale decreto è stata fornita una definizione delle materie «incolumità pubblica» e «sicurezza urbana», tuttavia la sua natura amministrativa rende 'autoreferenziale' -e dunque non rilevante sul piano della legalità- la delimitazione della discrezionalità dei Sindaci. E' peraltro opportuno precisare che, quand'anche fosse stata la legge a fornire la definizione delle suddette materie, non per ciò solo l'esito del giudizio della Corte sarebbe stato diverso: infatti, la Corte non ha preso posizione sulla sufficienza dei limiti alla discrezionalità introdotti dal decreto ministeriale (né avrebbe potuto farlo, considerata la natura non legislativa del medesimo decreto<sup>7</sup>).

Un'attribuzione di potere siffatta si pone in contrasto, sempre secondo la Corte, anche con il principio d'imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. (nonché con il correlato principio di azionabilità): infatti, per essere imparziale, l'amministrazione «può soltanto dare attuazione, anche con determinazioni normative ulteriori, a quanto in via generale è previsto dalla legge»; le ordinanze

---

relazione ai suoi potenziali riflessi sulla sfera di libertà delle persone».

<sup>5</sup> Cfr. par. 6 in fine.

<sup>6</sup> Cfr. par. 5 in fine.

<sup>7</sup> Secondo la Corte, «solo se le limitazioni e gli indirizzi contenuti nel citato decreto ministeriale fossero stati inclusi in un atto di valore legislativo, questa Corte avrebbe potuto valutare la loro idoneità a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei Sindaci».

'ordinarie' -sottraendosi ad ogni «parametro legislativo» la cui osservanza sia «concretamente verificabile» dal giudice- si pongono in contrasto anche con tale principio costituzionale.

A *fortiori*, secondo la Corte, l'assenza di una previa legge che delimiti la discrezionalità dei Sindaci si pone in contrasto con il principio di uguaglianza: infatti, i medesimi comportamenti possono risultare «leciti o illeciti» a seconda dell'ambito locale interessato dalle ordinanze sindacali.

## 2. Gli 'speculari' principi di libertà e di legalità sostanziale.

Nella sentenza in commento appare assolutamente centrale l'affermazione della libertà dei singoli e delle comunità quale «principio supremo dello Stato di diritto». In questo senso è chiara l'adesione della Corte alla concezione dottrinale secondo le quali il nostro ordinamento è improntato, dal punto di vista dei singoli, al principio di libertà e, dal punto di vista dell'amministrazione, al principio di legalità: secondo tale concezione<sup>8</sup>, per gli individui «tutto ciò che non è espressamente vietato è (dalla legge) implicitamente permesso» (principio di libertà); invece, «per l'amministrazione vale il principio opposto: tutto ciò che non è (dalla legge) espressamente autorizzato è (dalla legge) implicitamente vietato» (principio di legalità)<sup>9</sup>.

Sempre secondo questa concezione, «è condizione di effettività del principio [di legalità] che la legislazione non si limiti a conferire i poteri all'amministrazione, ma, nel conferirli, ne circoscriva le condizioni e i limiti di esercizio sotto il profilo sostanziale»<sup>10</sup>.

Il fondamento costituzionale positivo di entrambi questi principi speculari è, secondo la Corte, principalmente l'art. 23 Cost., il quale, per un verso, preserva appunto la generale libertà dei cittadini dalle imposizioni amministrative e, per altro verso, impone un fondamento legislativo per tali imposizioni. Nell'economia della decisione le pur rilevanti affermazioni della Corte sugli artt. 97 e 3 Cost. paiono invece meramente rafforzative di un'argomentazione già tutta esaurita nell'ambito dell'art. 23 Cost.

Al di là del formale e consueto richiamo ai precedenti, mai la giurisprudenza costituzionale si era pronunciata in termini così netti. In effetti, in molte altre occasioni la Corte aveva già fatto riferimento (più o meno esplicito) all'art. 23 Cost. come fondamento di una libertà degli individui<sup>11</sup>;

<sup>8</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2010, 99.

<sup>9</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, il quale individua perciò due distinte condizioni di validità dell'atto amministrativo: «a) per un verso, deve essere fondato su una norma (costitutiva) attributiva di potere; b) per altro verso, deve essere conforme alle norme (regolative) che ne disciplinano la forma e il contenuto». Secondo FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2009, 9, «gli speciali poteri il cui esercizio si traduca in una limitazione delle libertà o in una restrizione del patrimonio dei destinatari debbono avere un fondamento legislativo».

<sup>10</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 448 s.; secondo SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, 35, «l'amministrazione può fare certi tipi di atti limitativi della sfera giuridica dei soggetti soltanto se, e nei casi, previsti dalla legge».

<sup>11</sup> Secondo la giurisprudenza costituzionale la disposizione dell'art. 23 Cost. «è intesa alla tutela della libertà e della proprietà individuale» (Corte cost. 16 gennaio 1957, n. 4, in *Giur. cost.*, 1957, 22) e il «valore» recato consiste «nel disporre una riserva legislativa, che è garanzia della sfera giuridica dei singoli soggetti» (Corte cost. 12 luglio 1965, n. 64, in *Giur. cost.*, 1965, 788); più di recente, l'art. 23 Cost. è stato riferito alla «esigenza della tutela della sfera della libertà del soggetto gravato» (Corte cost. 28 luglio 1987, n. 290, in

inoltre, di recente la tesi dell'art. 23 Cost. quale fondamento di una libertà 'innominata' è stata sostenuta anche in dottrina, ove si è affermato che l'art. 23 Cost. offre tutela «ad una molteplicità di comportamenti umani non riconducibili al contenuto delle libertà 'nominate' nella Costituzione»<sup>12</sup>. Tuttavia, tralasciando le generiche affermazioni di principio, nel delineare il contenuto di tale libertà si riscontrava un atteggiamento molto cauto<sup>13</sup>, in ragione di alcune rilevanti difficoltà interpretative.

Molto si è discusso, anzitutto, sulla possibilità di includere nella garanzia dell'art. 23 Cost. -considerato il suo tenore letterale- anche le prestazioni negative e perciò i divieti<sup>14</sup> (nei quali si sostanzia, fra l'altro, la quasi totalità delle più discusse norme di comportamento introdotte dalle ordinanze dei Sindaci<sup>15</sup>). La giurisprudenza costituzionale si è formata essenzialmente su fattispecie relative a prestazioni positive<sup>16</sup> o comunque solo in apparenza negative<sup>17</sup>: di riflesso, la dottrina è parsa molto dubbiosa (se non apertamente contraria<sup>18</sup>) sull'estensione della garanzia anche ai divieti.

La sentenza in commento si caratterizza per un approccio in qualche misura diverso, perché pone a base dell'intero ragionamento la libertà delle persone e non la disposizione costituzionale (art. 23 Cost.) che -presupponendo tale libertà- disciplina le modalità delle eventuali limitazioni<sup>19</sup>: in questa logica, secondo la Corte, l'imposizione di obblighi di non fare (divieti)

---

*Giur. it.*, 1988, I, 1, 711) e della «libertà individuale sia personale che patrimoniale» (Corte cost. 3 febbraio 1986, n. 34, in *Giur. cost.*, 1986, 202).

<sup>12</sup> D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte: l'art. 23 come norma di chiusura*, Milano, 2007, 267. Più di recente, con specifico riferimento alle ordinanze sindacali 'ordinarie', cfr. F. CORVAJA, *Esiste una libertà 'innominata' da tutelare?*, in questa *Rivista*, 2010, 35, la quale segnala però che in altri paesi la libertà «generica, non ulteriormente qualificata» è espressamente riconosciuta dalla Costituzione (si veda il caso dell'art. 2 del *Grundgesetz*). In epoca meno recente, A. PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, vol. XXIV, 291, aveva fondato sull'art. 23 Cost. il principio (di tradizione anglosassone) «*silentium legis, libertas civium*».

<sup>13</sup> Cfr. in questo senso M. LONGO, *Saggio critico sulle finalità e sull'oggetto dell'art. 23 della Costituzione*, Torino, 1968, 67 s.

<sup>14</sup> A. FEDELE, *Commento all'art. 23 Cost.*, in U. De Siervo-A. Fedele, *Rapporti civili*, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1978, 33 ss.

<sup>15</sup> Cfr. il rapporto Fondazione ANCI, *Oltre le ordinanze. I Sindaci e la sicurezza urbana* (settembre 2009), in [www.sicurezzaurbana.anci.it](http://www.sicurezzaurbana.anci.it).

<sup>16</sup> Si veda in particolare la già citata Corte cost. 290/1987, la quale riferisce espressamente la garanzia ai soli «obblighi coattivi di fare».

<sup>17</sup> M. LONGO, *Saggio critico*, cit., 131, avverte che esistono prestazioni «negative solo in apparenza» (come, per rimanere ad un caso più volte oggetto di pronunce della Corte, lo sconto obbligatorio sui farmaci). A tale proposito si veda Corte cost. 16 dicembre 1960, n. 70, in *Giur. cost.*, 1960, 1209, secondo la quale una prestazione imposta «è configurabile non soltanto quando l'obbligazione istituita autoritativamente consiste nel pagamento di una somma di denaro, ma anche quando il sacrificio pecuniario deriva dalla riduzione di una parte dell'utile altrimenti spettante».

<sup>18</sup> Secondo L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 189, «il termine costituzionale 'prestazione' verrebbe forzato se fosse riferito al suo momento opposto, rappresentato dai divieti o dagli obblighi di non fare»; secondo M. LONGO, *Saggio critico*, cit., 124, si deve trattare di comportamenti caratterizzati «dal fatto di essere positivi (in quanto debbono consistere in vere e proprie attività non meramente negative)». In senso contrario si veda però A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova, 2003, 109 ss.

<sup>19</sup> Si tratta di un'impostazione seguita già da A. PACE, *Violazione della 'libertà sociale' o, piuttosto, restrizione irrazionale della libertà individuale?*, in *Giur. cost.*, 1998, 585 (nota a Corte cost. 12 marzo 1998, n. 50), il quale ha sostenuto che nell'art. 23 Cost. la libertà individuale «costituisce pur sempre il *prius* che il legislatore deve tenere nel debito conto, allorché ponga in essere una disciplina restrittiva dei comportamenti e delle attività individuali che non siano, dalla Costituzione, più specificamente tutelati con altra disposizione».

«rientra ugualmente nel concetto di 'prestazione'», poiché risulta «anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini». Non è un caso, in tale contesto, che il passaggio argomentativo risulti privo di richiami a precedenti giurisprudenziali.

Anche il livello di dettaglio che il legislatore deve rispettare nel disciplinare il potere di introdurre obblighi e divieti è oggetto di discussione. Secondo la sentenza in commento la legge non può limitarsi ad attribuire il potere 'impositivo' (alla stregua di una «prescrizione normativa 'in bianco'»), ma ne deve necessariamente definire contenuti e modalità di esercizio «in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»; questo sarebbe, nella impostazione della Corte, il «principio di legalità sostanziale»<sup>20</sup>, che nello sviluppo della motivazione sembra identificarsi con la riserva di legge dell'art. 23 Cost., sebbene generalmente si tenda a distinguere nettamente i due istituti.

Pure su questo punto la sentenza in commento si pone peraltro in netta discontinuità con il passato. A tale riguardo bisogna considerare che<sup>21</sup>, pur scontando ogni ambiguità terminologica (inevitabile ogni qual volta venga in rilievo il principio di legalità), nei precedenti richiamati nella sentenza non si rinviene un principio simile: in particolare, Corte cost. 150/1982 aveva sì affermato la vigenza del principio di legalità sostanziale, ma con riferimento al caso (peculiare e difficilmente generalizzabile) del potere statale di indirizzo e coordinamento<sup>22</sup>; Corte cost. 307/2003 e 32/2009 riguardavano essenzialmente il riparto di competenze fra Stato e Regioni e comunque non avevano utilizzato come parametro di giudizio l'art. 23 Cost.

Inoltre, al di là del rilievo di tali precedenti, nella giurisprudenza della Corte complessivamente considerata dall'art. 23 Cost. non è stato desunto in modo chiaro un obbligo per il legislatore di disciplina sostanziale del potere. Anzi, a ben vedere, talvolta l'affermazione di principio è stata esattamente opposta: così, se inizialmente la Corte richiedeva la «determinazione dei presupposti soggettivi e oggettivi della prestazione, del *quantum* [della prestazione imposta] e dei controlli da parte dell'autorità governativa»<sup>23</sup>, successivamente ha affermato che la riserva dell'art. 23 può ritenersi rispettata «anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione»,

<sup>20</sup> Per una teorizzazione e una generalizzazione del principio cfr. L. CARLASSARE, voce «Legalità», in *Enc. giur.*, 1991, 2 ss., nonché ID., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, *passim*.

<sup>21</sup> Si tratta di Corte cost. 29 luglio 1982, n. 150, in *Giur. cost.*, 1982, 1302; Corte cost. 7 ottobre 2003, n. 307, in questa *Rivista*, 2004, 603, con nota di Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità costituzionale*, e Corte cost. 6 febbraio 2009, n. 32, in questa *Rivista*, 2009, 701, con nota di A. BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità*.

<sup>22</sup> Nell'ambito di un discorso teso a dimostrare l'insussistenza di un generale principio di legalità sostanziale, L. PALADIN, *Le fonti*, cit., 192, rileva con specifico riferimento a Corte cost. 150/1982 e alla giurisprudenza costituzionale successiva che «è vero che la Corte ... ha ragionato più volte di 'legalità sostanziale'», tuttavia si trattava sempre di «casi che si presentavano tutti in termini assai particolari, perché concernenti il confine del potere statale di indirizzo e coordinamento»; secondo lo stesso A., in questa giurisprudenza sul fondamento e la natura della funzione statale di indirizzo e coordinamento l'esistenza di una «idonea base legislativa» per il potere amministrativo statale rappresenta «la *condicio sine qua non* per salvare una funzione siffatta, che altrimenti si porrebbe in troppo chiaro contrasto con le previsioni degli artt. 117, primo comma, e 118, primo comma, della Costituzione».

<sup>23</sup> Corte cost. 18 marzo 1957, n. 47, in *Giur. cost.*, 1957, 598.

purché sia in qualche modo evitato l'arbitrio di quest'ultima<sup>24</sup>. In epoca relativamente recente la Corte ha poi sostenuto che «la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. è soddisfatta purché la legge (anche regionale) stabilisca gli elementi fondamentali dell'imposizione, anche se demanda a fonti secondarie o al potere dell'amministrazione la specificazione e l'integrazione di tale disciplina»<sup>25</sup>. Sulla base di tale giurisprudenza si è sostenuto che la libertà fondata sull'art. 23 Cost. «non presenta un volto ben definito» e si caratterizza anzi «per l'assenza di una definizione positiva del suo contenuto»: perciò, «la tutela (costituzionale) dall'imposizione di prestazioni personali si estende, insomma, fin tanto che il legislatore ... non decida diversamente»<sup>26</sup>.

Un'impostazione del genere -della cui effettiva coerenza con la riserva di legge dell'art. 23 Cost. si può addirittura dubitare- non è casuale e risponde ad un'esigenza precisa. A tale riguardo va infatti considerato che l'affermazione di una libertà di ordine generale e residuale fondata sull'art. 23 Cost, unitamente all'identificazione fra la riserva di legge ivi prevista ed il principio di legalità sostanziale, comporta la soggezione a quest'ultimo principio di ogni attività amministrativa; come è stato osservato, era pertanto difficile per la Corte costituzionale «impegnarsi in letture più rigorose e restrittive dell'art. 23 Cost. senza mettere a repentaglio l'organizzazione di interi settori di pubblica amministrazione», considerato che tale disposizione costituzionale copre un ventaglio amplissimo di attività amministrative<sup>27</sup>. Alla radice del problema, come pure è stato rilevato, vi è dunque un delicato equilibrio «tra una posizione più favorevole a garantire il singolo ed una posizione più sensibile alle esigenze di duttilità della pubblica amministrazione»<sup>28</sup>.

### **3. I principi di imparzialità e di uguaglianza.**

Anche nei passaggi della motivazione sui principi di imparzialità ed eguaglianza, sebbene si tratti di argomenti *ad abundantiam* a sostegno del principio di legalità sostanziale, la Corte si pone in marcata discontinuità con le tesi finora più accreditate.

Con riguardo al principio di imparzialità, posto in stretta correlazione con la giustiziabilità degli atti amministrativi, la Corte ritiene che sia indispensabile un «parametro legislativo» di riferimento per l'esercizio del potere.

L'esigenza di un «parametro» prefissato per l'esercizio del potere è certamente un presupposto dell'imparzialità. Non è però indispensabile che tale parametro sia legislativo: infatti, secondo Allegretti, la «legalità amministrativa» rappresenta una «necessaria concretizzazione»

<sup>24</sup> Corte cost. 10 giugno 1994, n. 236, in *Foro it.*, 1994, I, 2596.

<sup>25</sup> Corte cost. 19 dicembre 2001, n. 435, in questa *Rivista*, 2002, 890; in senso conforme Corte cost. 14 giugno 2007, n. 190, in *Foro it.*, 2009, I, 1358.

<sup>26</sup> D. MORANA, *Libertà costituzionali*, cit., 278.

<sup>27</sup> Cfr. V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 231, il quale aggiunge che «poiché l'art. 23 Cost. deve valere per ognuna delle diversissime ipotesi di 'prestazioni' imposte dalla pubblica amministrazione ... una qualche elasticità nell'interpretazione della riserva di legge parrebbe, insomma, da dare per acquisita».

<sup>28</sup> F. LEVI, *Imprese pubbliche e servizi pubblici essenziali tra l'art. 23 e l'art. 43 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1969, 1085.

dell'imparzialità<sup>29</sup>, ma l'autore si riferisce essenzialmente alla posizione del fine pubblico, che la legge può definire in modo democratico e imparziale «come non potrebbe da sola l'amministrazione»<sup>30</sup>. Al di là di tale profilo, va considerato che «l'imparzialità dell'amministrazione, la 'raffrontabilità' e dunque l'effettiva giustiziabilità degli atti amministrativi sono valori che non richiedono necessariamente una previa disciplina di legge, ma si prestano a essere tutelati da *previe norme*, sia pure sublegislative»<sup>31</sup>; d'altro canto, la legge stessa può assumere carattere provvedimentale e ciò la priva di ogni capacità di fungere da «parametro» dell'imparzialità<sup>32</sup>. Per giunta, esattamente come nel caso dell'art. 23 Cost.<sup>33</sup>, se l'art. 97 Cost. avesse davvero sottoposto ad una riserva di legge ogni manifestazione dell'agire amministrativo, neppure si capirebbe il senso delle altre riserve 'speciali' previste dalla Costituzione con riferimento ad atti dell'amministrazione<sup>34</sup>.

Quanto alla violazione del principio di uguaglianza, la Corte rileva che «gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei Sindaci». Nella sua assolutezza (ove cioè non venga circoscritta ai soli poteri normativi delle amministrazioni statali) questa affermazione può avere implicazioni molto problematiche: infatti, come rilevato in passato anche dalla giurisprudenza della Cassazione, una distinzione 'territoriale' dei comportamenti vietati costituisce in qualche misura una «conseguenza fisiologica» di un sistema costituzionale improntato al principio autonomistico<sup>35</sup>. D'altro canto, persino con riferimento a condotte penalmente sanzionate, la Corte ha ritenuto di recente plausibile una tutela rafforzata riguardante solo determinate aree o zone del territorio nazionale (si trattava, in particolare, delle aree interessate dalla c.d. emergenza rifiuti)<sup>36</sup>.

Anche in questo caso, dunque, pur riaffermando apparentemente principi condivisi la Corte ha nella sostanza sancito una netta discontinuità rispetto alle interpretazioni correnti.

#### **4. La definizione (legislativa) dell'ambito del lecito e dell'illecito.**

<sup>29</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 149.

<sup>30</sup> U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità*, cit., 152; in seguito l'A. (160, nota 265) chiarisce che «sia l'eccessiva tipizzazione legale sia il troppo lato conferimento di discrezionalità si risolverebbero in inadeguatezza dell'amministrazione rispetto ai suoi fini imparziali», sebbene si tenda ad evidenziare soprattutto la seconda ipotesi «per additare il pericolo dell'arbitrio amministrativo».

<sup>31</sup> L. PALADIN, *Le fonti*, cit., 191 s.

<sup>32</sup> In questo senso cfr. S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 677 s.

<sup>33</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, tomo I, Torino, 1987, 53.

<sup>34</sup> F. SATTI, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 248.

<sup>35</sup> Cass., sez. III, 13 aprile 2000, n. 4792, in *Giust. civ.*, Mass. 2000, 798.

<sup>36</sup> Cfr. Corte cost. 5 marzo 2010, n. 83, in *Foro it.*, 2010, I, 1389, secondo la quale «il legislatore ritiene tali popolazioni meritevoli di una tutela rafforzata in ragione della situazione specifica in cui esse si trovano, che conferisce alle condotte illecite previste una maggiore offensività», con la conseguenza che «risulta pertanto rispettato il criterio generale di applicazione del principio di uguaglianza, che impone la disciplina diversa di situazioni diverse, identificate in modo non irragionevole dal legislatore».

Al di là di ogni formale riferimento ai precedenti risulta dunque abbastanza evidente la marcata discontinuità della sentenza rispetto al passato. Meno chiare sono le ragioni ultime di questa 'svolta' giurisprudenziale.

Dal complesso della motivazione della sentenza emerge il vero *punctum dolens* della specifica disposizione esaminata: risulta in quest'ottica percepibile il 'disagio' della Corte verso un potere sostanzialmente normativo, sganciato da parametri legislativi e però capace di condizionare tutti gli aspetti più significativi della vita delle persone (anche in ragione dell'estrema ampiezza dei concetti di incolumità pubblica e sicurezza urbana<sup>37</sup>).

In tale contesto la sentenza stigmatizza soprattutto il potere dei Sindaci di rendere i comportamenti «leciti o illeciti» tramite la creazione di «fattispecie nuove ed inedite, liberamente configurabili». Va rammentato, a questo proposito, che la violazione delle norme di comportamento stabilite dalle ordinanze è sanzionata in via amministrativa dall'art. 7-bis d.lgs. 267/2000: di conseguenza, le ordinanze hanno la capacità di rendere illecito (amministrativo) un comportamento non qualificato come tale sulla base della legge (e, dunque, in precedenza perfettamente lecito)<sup>38</sup>. Esattamente l'opposto di ciò che la Corte non esita a definire un «principio supremo dello Stato di diritto», vale a dire che i cittadini sono tenuti «a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge».

Così ricostruito il quadro, si comprende che -sulla base dell'art. 54 d.lgs. 267/2000- le ordinanze possono definire l'ambito dell'illecito (e, di converso, del lecito) nel silenzio della legge o meglio prescindendo da essa: in altre parole, paradossalmente, la legge non concorre in alcun modo a delineare il confine fra lecito e illecito. Ed è proprio questa legalità formale 'senza legge', al

---

<sup>37</sup> Come rileva criticamente G. FALCON, *Il federalismo dei sindaci (e dei prefetti)*, in questa *Rivista*, 2009, 449, «si è formata una nuova materia intorno all'idea onnicomprensiva di 'sicurezza urbana' che largamente supera gli angusti confini della precedente ['ordine pubblico e sicurezza'], espandendosi potenzialmente in ogni direzione».

<sup>38</sup> Si consideri inoltre che -in base all'art. 16, comma 2, legge n. 689/1981 (introdotto dall'art. art. [6-bis d.l. 23 maggio 2008, n. 92](#))- i Comuni hanno anche la facoltà di graduare la somma dovuta per il pagamento in misura ridotta: infatti si stabilisce che «per le violazioni ai regolamenti ed alle ordinanze comunali e provinciali, la Giunta comunale o provinciale, all'interno del limite edittale minimo e massimo della sanzione prevista, può stabilire» l'importo del pagamento in misura ridotta, anche in deroga alle regole generali.

di fuori di casi connotati da straordinarietà<sup>39</sup>, che la Corte censura con più forza, contrapponendovi una imprescindibile «legalità sostanziale».

Al fondo del ragionamento vi è dunque la consapevolezza che le limitazioni imposte con le ordinanze (*sub specie* di obblighi e divieti), ove non rispettate, si convertono in comportamenti illeciti. Se la Corte avesse esplicitato tale consapevolezza, l'operatività della garanzia dell'art. 23 Cost. sarebbe risultata meno problematica: infatti, non bisogna considerare soltanto quanto tali ordinanze direttamente statuiscono (cioè i comportamenti illeciti), bensì pure la conseguenza di tali comportamenti, vale a dire l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie<sup>40</sup>, che sono sicuramente prestazioni patrimoniali imposte, «giacché la sanzione si realizza appunto nella decurtazione patrimoniale che è il risultato ultimo perseguito con la relativa disciplina»<sup>41</sup>. Così impostata la questione, avrebbe perso di rilievo anche il problema delle prestazioni 'negative' (cioè dei divieti): infatti, poiché è demandato alla legge il compito di stabilire i presupposti per l'applicazione delle sanzioni (proprio in quanto prestazioni positive imposte), non vi può essere dubbio che pure i divieti debbano avere un qualche fondamento legislativo.

Ciononostante, nella sentenza non vi è mai una chiara esplicitazione della questione in termini consimili. La spiegazione può essere forse rinvenuta in un'altra 'svolta' giurisprudenziale recente della Corte. Va premesso, a tale proposito, che in passato, nella consapevolezza della difficoltà di desumere dall'art. 23 Cost. un obbligo stringente per il legislatore di definire obblighi e

---

<sup>39</sup> Sebbene il discorso non risulti sviluppato dalla Corte, si intuisce nel ragionamento seguito la radicale differenza che caratterizza le due ipotesi: le ordinanze 'straordinarie' si giustificano proprio in ragione dell'assenza di strumenti legislativi ordinari per fare fronte ad un pericolo imprevedibile e sono inoltre 'geneticamente' transeunti, cioè contingibili (V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 146; in giurisprudenza cfr. da ultimo TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 3 maggio 2011, n. 606, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 1732; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15 marzo 2011, n. 134, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 895); il loro «fine è comunque il ritorno alla legalità» (R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 462 ss.) e rappresentano perciò un'eccezione che conferma la regola (cfr. in questo senso Corte Cost. 4 gennaio 1977, n. 4, in *Foro It.*, 1977, I, 1671, secondo cui le ordinanze prefettizie previste al tempo dall'art. 20 t.u.l.c.p. «anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico», «non innovano al diritto oggettivo né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge» ed operano pur «sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»). Invece, le ordinanze 'ordinarie' consentono di incidere sulla libertà dei cittadini stabilmente ed in situazioni non connotate da straordinarietà: dunque rappresentano un'eccezione che nega la regola (secondo V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2011, 300, queste ordinanze si pongono «al di fuori del principio di tipicità, pur inteso nel modo più lato, come mera predisposizione normativa del potere, dei contenuti e degli effetti del provvedimento»); anzi, si fa essa stessa regola. In una logica che sembra proprio evidenziare tale contrapposizione la giurisprudenza successiva alla sentenza in commento ha escluso l'illegittimità di un'ordinanza sindacale che -pur se indirizzata a salvaguardare l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana- aveva i caratteri della contingibilità e dell'urgenza (cfr. TAR Lombardia, sez. IV, 23 maggio 2011, n. 1290, ancora inedita), mentre ha annullato un'ordinanza non avente tali caratteri (cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 18 maggio 2011, n. 739, ancora inedita) pur a fronte di una sostanziale identità di contenuto dispositivo (in entrambi i casi si imponeva la chiusura anticipata di alcuni esercizi commerciali).

<sup>40</sup> L'art. 7-bis d.lgs. 267/2000 stabilisce (comma 1) che, «salvo diversa disposizione di legge, per le violazioni delle disposizioni dei regolamenti comunali e provinciali si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 25 euro a 500 euro» e (comma 2) che «la sanzione amministrativa di cui al comma 1 si applica anche alle violazioni alle ordinanze adottate dal sindaco e dal presidente della provincia sulla base di disposizioni di legge, ovvero di specifiche norme regolamentari».

<sup>41</sup> A. FEDELE, voce «*Prestazioni imposte*», in *Enc. giur.*, 1991, 3 e 10.

divieti sanzionati in via amministrativa, la Corte costituzionale aveva affermato l'applicabilità dell'art. 25 Cost. alle «norme punitive» genericamente intese<sup>42</sup>, ivi comprese quelle che prevedono sanzioni amministrative<sup>43</sup>.

L'origine storica della disposizione costituzionale aveva fatto tuttavia prevalere la tesi che ne limitava l'applicazione alle sole sanzioni penali<sup>44</sup>; d'altro canto, la soluzione opposta presentava 'all'epoca' un evidente inconveniente sistematico: poiché la giurisprudenza costituzionale tendeva ad identificare la legge dell'art. 25, comma 2, Cost. con la legge statale -al fine di riservare allo Stato la potestà legislativa in materia penale-, ricondurre anche le sanzioni amministrative a tale riserva avrebbe significato escludere l'ammissibilità di sanzioni amministrative di matrice regionale<sup>45</sup>.

Si comprende in tale contesto la ragione per la quale negli interventi successivi la Corte costituzionale abbia affermato l'applicazione della disposizione «soltanto con riguardo alla materia penale»<sup>46</sup>, per giunta strettamente intesa<sup>47</sup>, nonostante la formulazione letterale della disposizione fosse di per sé riferibile ad ogni manifestazione del potere punitivo<sup>48</sup>: conseguentemente, la Corte ha sostenuto che l'art. 25, comma 2, Cost. «non è riferibile alle sanzioni amministrative, depenalizzate o meno, applicandosi ad esse l'art.23 della Costituzione»<sup>49</sup>.

In sostanza, la Corte ha configurato due distinti modelli di illecito: «l'illecito amministrativo e, *per relationem*, la sanzione amministrativa sono dotati di spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale e ciò emerge anzitutto dal riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (art. 25, secondo comma e art. 27 della Costituzione che disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa)»<sup>50</sup>. Per questa via nella giurisprudenza della Cassazione si è escluso per gli illeciti amministrativi un «obbligo costituzionale di tipicità e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie»<sup>51</sup>.

Tuttavia, dopo la modifica del Titolo V nel 2003, il fondamento della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia penale è ormai chiaramente identificabile nell'art. 117, comma 2, lett. I, Cost.: dunque, per evitare di 'azzerare' la potestà legislativa regionale sugli illeciti

<sup>42</sup> Cfr. Corte cost. 23 marzo 1966, n. 66, in *Giur. cost.*, 1966, 255.

<sup>43</sup> Cfr. Corte cost. 3 luglio 1967, n. 78, in *Giur. cost.*, 1967, 933.

<sup>44</sup> Secondo E. DOLCINI, *Commento all'art. 1 l. 689/1981*, in AA.VV. (a cura di E. Dolcini e altri), *Commentario delle «modifiche al sistema penale»*, Milano, 1982, 10, la collocazione della disposizione «fra una serie di principi schiettamente penalistici» e la sua «diretta derivazione dal principio illuministico *nullun crimen sine lege*» porta ad escludere che si riferisca anche alle sanzioni amministrative. In precedenza, nello stesso senso, cfr. C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 89.

<sup>45</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Commento all'art. 1 l. 689/1981*, cit., 11.

<sup>46</sup> Corte cost. 14 marzo 1984, n. 68, in *Giur. cost.*, 1984, 422.

<sup>47</sup> Cfr. Corte cost. 14 aprile 1988, n. 477, in *Giur. cost.*, 1988, 2057.

<sup>48</sup> L'art. 25 Cost. -a differenza dei successivi artt. 27 e 28- non distingue fra tipologie di responsabilità (penale o amministrativa): non esiste quindi un sicuro appiglio letterale per escludere la riferibilità dell'art. 25, comma 2, Cost. anche alle violazioni amministrative (sul punto si rinvia a P. CERBO, *Successioni di leggi nel tempo e applicazione della disposizione più favorevole per gli autori di violazioni amministrative*, in *Foro it.*, 2003, I, 1340).

<sup>49</sup> Corte cost. 3 giugno 1992, n. 250, in *Giur. cost.*, 1992, 1916.

<sup>50</sup> Corte cost. 21 aprile 1994, n. 159, in *Giur. cost.*, 1994, 1214.

<sup>51</sup> Cass., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5743, in *Foro amm.-CDS*, 2004, 679.

amministrativi non è più necessario portare le relative sanzioni 'fuori' dalla riserva dell'art. 25, comma 2, Cost.

Ciò ha consentito alla Corte costituzionale, con un recente *revirement*, di affermare che «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava ... il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» e ha perciò ritenuto applicabile l'art. 25, comma 2, Cost. pure alle sanzioni amministrative<sup>52</sup>: quindi, esattamente come per gli illeciti penali, non dovrebbe essere più ammissibile «il totale rinvio al regolamento od all'atto amministrativo subordinato, da parte della legge», in quanto «tale tecnica di normazione» viola «il principio di determinatezza della fattispecie (desumibile anch'esso dall'art. 25, comma 2, Cost.)» determinando «incertezze sul contenuto essenziale dell'illecito»<sup>53</sup>.

Resta fermo, ovviamente, che la riserva dell'art. 25, comma 2, Cost. è generalmente considerata assoluta<sup>54</sup> (con tutto quel che ne consegue sul piano dei rapporti fra legge e atto amministrativo): conseguentemente, esplicitando nella sentenza in commento il problema della definizione (legislativa) dell'illecito, la Corte avrebbe dovuto confrontarsi (almeno in prospettiva) anche con tale delicata questione interpretativa.

## 5. Quale spazio per i regolamenti degli enti autonomi?

Nella sentenza in commento, come è ovvio, la Corte si è pronunciata sulla specifica disposizione esaminata: oggetto della pronuncia è stato il potere di emanare le ordinanze sindacali, le quali -come la Corte sottolinea più volte- sono adottate dal Sindaco in qualità di ufficiale di Governo (dunque, nell'ambito dell'amministrazione statale) e in una materia che, sebbene priva di chiari confini e potenzialmente molto estesa, esula comunque dalla competenza del Comune come ente autonomo. La declaratoria di incostituzionalità non coinvolge quindi l'autonomia normativa degli enti locali; anzi, l'esplicito richiamo al «territorio nazionale», in luogo del territorio dell'ente locale (quale elemento integrante l'autonomia), potrebbe significare proprio che il discorso è strettamente limitato alle attribuzioni di potere alle amministrazioni statali.

Alcuni passaggi della motivazione potrebbero essere tuttavia riferiti anche al potere normativo degli enti territoriali, in quanto autonomie politiche, soprattutto per l'esplicito riferimento alle situazioni locali: si veda ad esempio l'affermazione della Corte secondo cui le ordinanze non comportano meri «adattamenti o modulazioni di precetti legislativi generali in vista di concrete

<sup>52</sup> Cfr. Corte cost. 4 giugno 2010, n. 196, in *Foro it.*, 2010, I, 2306 con nota di A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la potestà sanzionatoria amministrativa con finalità prettamente afflittiva viene ormai assimilata a quella penale anche ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 della CEDU: cfr. F. GOISIS, *Sanzioni amministrative, tutele procedurali e giurisdizionali secondo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in AA.VV. (a cura di A. CAGNAZZO), *La sanzione amministrativa-profilo generali*, Torino, 2011, 32.

<sup>53</sup> Corte cost. 14 giugno 1990, n. 282, in *Giur. cost.*, 1990, 1756.

<sup>54</sup> Cfr., da ultimo, in questo senso M. D'AMICO-G. D'ACONZO, *Art. 25 Cost.*, in AA.VV. (a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti), *Commentario alla Costituzione*, tomo I, Torino, 2006, spec. 537.

situazioni locali», bensì «restrizioni diverse e variegata, frutto di valutazioni molteplici, non riconducibili ad una matrice legislativa unitaria».

In ogni caso, al di là dell'esegesi di tali affermazioni, non è chiaro se l'autonomia normativa degli enti autonomi possa spingersi fino a stabilire regole di condotta non previste dalla legge<sup>55</sup>. A tale riguardo va segnalato, con riferimento alla definizione del lecito e dell'illecito (tramite l'individuazione di obblighi e divieti), che dalla giurisprudenza civile e amministrativa sembra emergere una soluzione molto simile a quella fatta propria dalla sentenza in commento.

In questa logica, è stato ritenuto non conforme all'art. 23 Cost. un regolamento comunale che vietava ai residenti di detenere animali domestici in numero superiore ad una certa soglia (variabile a seconda della superficie e dell'ubicazione degli spazi ove gli stessi dovevano essere custoditi), in quanto la disposizione costituzionale «vieta l'imposizione di prestazioni personali (tra le quali rientra anche l'essere costretti a privarsi dei propri animali d'affezione)»<sup>56</sup>; analogamente, è stato ritenuto illegittimo il regolamento che delimitava la categoria dei professionisti abilitati a presentare una certa istanza, poiché ciò si rifletteva sulla determinazione dell'ambito di applicazione dell'[art. 348 del codice penale](#) (che punisce il delitto di esercizio abusivo della professione)<sup>57</sup>; stessa conclusione è stata raggiunta per il regolamento che, in caso di contratti di locazione di durata inferiore a ventiquattro mesi, faceva gravare sui proprietari delle abitazioni e non sugli inquilini l'obbligo di pagare la tariffa per lo smaltimento dei rifiuti urbani<sup>58</sup>, così creando una diversa fattispecie di illecito rispetto a quella configurabile a livello legislativo; è stato infine rilevato il contrasto con l'art. 23 Cost. della previsione di un PRG che imponeva al proprietario la cura del verde sul suo terreno sebbene assoggettato ad uso pubblico<sup>59</sup>.

Sono tutti casi nei quali le imposizioni hanno come effetto quello di introdurre obblighi e divieti, quindi di rendere illeciti i comportamenti non conformi, che altrimenti sarebbero perfettamente leciti: si tratta, in questo senso, di un vero e proprio ridimensionamento della libertà dei cittadini. Per questa ragione la garanzia di una 'copertura' legislativa riguarda non solo l'aspetto quantitativo della prestazione, ma anche la definizione dei comportamenti obbligatori o vietati.

---

<sup>55</sup> Si tratta di un problema diverso da quello posto a suo tempo dall'abrogazione, ad opera dell'art. 274 d.lgs. 267/2000, dell'art. 106 t.u.l.c.p. che sanzionava le violazioni dei regolamenti locali: in ragione di tale abrogazione sono rimaste esenti da sanzione le violazioni dei regolamenti commesse nel periodo intercorso fra l'abrogazione dell'art. 106 t.u.l.c.p. e l'entrata in vigore nel 2003 dell'art. 7-bis d.lgs. 267/2000 (cfr. da ultimo Cass., sez. II, 26 marzo 2009, n. 7371, in *Giust. civ.*, Mass. 2009, 530). Nel caso di specie, posto che la legge (oggi l'art. 7-bis d.lgs. 267/2000 e in passato l'art. 106 t.u.l.c.p.) sanziona genericamente le violazioni dei regolamenti e delle ordinanze degli enti locali, è necessario comprendere se i regolamenti possano introdurre vere e proprie fattispecie di illecito, non aventi riscontro in previsioni di rango primario. Il problema si è posto anche in altri ordinamenti: si veda, con riferimento all'ordinamento spagnolo (pure caratterizzato dal principio autonomistico), la sentenza del Supremo Tribunale costituzionale 8 giugno 2001, n. 132 in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

<sup>56</sup> TAR Campania, sez. I, 23 novembre 2007, n. 14966, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 3517; in senso conforme TAR Sardegna, 21 ottobre 1994, n. 1900, in *Ragiusan*, 1995, fasc. 131, 135.

<sup>57</sup> Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6610, in *Foro amm.-CDS*, 2008, 3354.

<sup>58</sup> TAR Toscana, sez. II, 6 luglio 2011, n. 1162, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 993.

<sup>59</sup> TAR Sicilia, Catania, sez. I, 23 febbraio 2011, n. 423, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 653.

L'esito interpretativo è diverso quando le disposizioni locali non definiscono propriamente obblighi e divieti –e conseguentemente fattispecie di illecito- ma introducono oneri (nell'accezione che assume questo istituto nella teoria generale<sup>60</sup>) a carico degli interessati per il conseguimento (o per la conservazione) di una certa utilità<sup>61</sup>. Si osservano, a tale riguardo, due esiti differenti.

In una prima serie di casi la garanzia della copertura legislativa si 'concentra' sulla misura dell'onere imposto, poiché quest'ultimo rappresenta l'unico strumento per conseguire quella certa utilità: così, non è ammissibile che il Comune stabilisca oneri di urbanizzazione aggiuntivi<sup>62</sup> o un contributo straordinario in caso di perequazione<sup>63</sup>; al più, è ammissibile che il costo di costruzione sia definito con regolamento, se la legge abbia prefissato criteri e limiti per la sua quantificazione<sup>64</sup>. In generale, è assimilata ad una prestazione imposta la determinazione della tariffa di un servizio pubblico in qualche misura irrinunciabile<sup>65</sup>. In tutti questi casi il *quantum* dell'imposizione condiziona comunque indirettamente la libertà poiché, come segnalato da Levi, la libertà si riduce alla possibilità fra rinunciare a svolgere una certa attività o assoggettarsi all'obbligo imposto autoritativamente<sup>66</sup>.

In altri casi la necessità della copertura legislativa viene meno del tutto: accade quando esiste un'alternativa praticabile per esercitare la libertà senza assoggettarsi all'imposizione (che, a rigore, non è neppure tale). A questa stregua, non è stata ritenuta prestazione imposta la previsione di un ticket di ingresso per le auto in alcune aree della città, in quanto l'ingresso in automobile è rimesso «ad scelta dell'utente non priva di alternative»<sup>67</sup>, né il pagamento di un contrassegno per l'accesso automatizzato e accelerato al centro storico, in quanto servizio aggiuntivo rispetto a quello normalmente offerto dalla p.a.<sup>68</sup>.

In entrambi questi gruppi di casi, comunque, si esclude la necessità di un intervento del legislatore paragonabile a quello richiesto per l'introduzione di norme di condotta (e, di converso, di fattispecie di illecito che rappresentano la modalità più intensa di compressione della libertà); al

---

<sup>60</sup> Cfr. G. GAVAZZI, *L'onere tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1985, in part. 163 s., il quale ritiene che vi siano sanzioni «negative» (come quelle repressive) e sanzioni «positive», aventi «funzione promozionale» (premi, incentivi, utilità ecc.); secondo l'A. l'onere si colloca a metà strada, «con le sue sanzioni positive per l'osservanza (validità), negative per l'inosservanza (invalidità)».

<sup>61</sup> M. LONGO, *Saggio critico*, cit., 105.

<sup>62</sup> TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4026, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 637.

<sup>63</sup> TAR Lazio, sez. II-bis, 4 febbraio 2010, n. 1524 e 17 febbraio 2010, n. 2383, entrambe in *Urb. app.*, 2010, 1087, con nota di M. RAGAZZO, *Pianificazione urbanistica e perequazione. Il caso del PRG di Roma*.

<sup>64</sup> Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 1998, n. 971, in *Cons. Stato*, 1998, I, 935.

<sup>65</sup> Secondo Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2003, n. 3166, in *Foro amm.-CDS*, 2003, 195, «costituisce ormai principio pacifico che la determinazione autoritativa delle tariffe relative all'erogazione di un servizio pubblico deve assimilarsi ad una vera e propria imposizione di prestazioni patrimoniali, con la conseguenza che tale determinazione non può essere rimessa all'arbitrio dell'autorità, ma deve essere assistita dalle garanzie di cui all'art. 23 della Costituzione». In senso conforme, con riferimento alla tariffa elettrica, Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 2002, n. 1450, in *Foro amm.-CDS*, 2002, 764. In senso contrario cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2002, n. 3202, in *Foro amm.-CDS*, 2002, 1455, che riguarda però un costo a carico delle imprese di navigazione e non degli utenti.

<sup>66</sup> F. LEVI, *Imprese pubbliche*, cit., 1081.

<sup>67</sup> TAR Lombardia, sez. IV, 27 maggio 2008, n. 1859, in *Corr. merito*, 2008, 975.

<sup>68</sup> Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2000, n. 1075, in *Foro it.*, 2000, III, 491.

più, come si è detto, la garanzia si incentra sulla misura dell'imposizione dovuta, se proprio tale misura può condizionare l'esercizio della libertà<sup>69</sup>.

A ben vedere questa articolazione corrisponde a quella adottata per le amministrazioni statali. Con riferimento a queste ultime la giurisprudenza risulta particolarmente rigorosa quando viene in rilievo il potere di stabilire obblighi e divieti (e, quindi, di introdurre fattispecie di illecito): così, ad esempio, in materia di divieto di fumo la giurisprudenza ha escluso la possibilità di introdurre con una circolare obblighi di vigilanza a carico dei gestori dei locali, affermando che «le prestazioni personali possono essere imposte per la soddisfazione di interessi pubblici, ma unicamente dalla legge, che deve indicare il soggetto pubblico abilitato ad imporre la prestazione, nonché i limiti dell'imposizione (rispettivamente, soggetto e oggetto della prestazione imposta)»<sup>70</sup>. In altre ipotesi il rigore della garanzia risulta invece molto attenuato, riguardando solo l'aspetto quantitativo della prestazione imposta: è stato così ritenuto legittimo un decreto ministeriale che determinava, sulla base di parametri legislativi, il canone per le concessioni demaniali<sup>71</sup>. Infine, la garanzia non riguarda i casi nei quali la libertà è comunque esercitabile senza assoggettarsi alla prestazione: è stato così ritenuto legittimo l'atto amministrativo che imponeva lo sconto 'obbligatorio' sui farmaci inseriti in fascia A, poiché le imprese farmaceutiche avrebbero potuto comunque decidere «potestativamente» di non far inserire i farmaci nella suddetta fascia A, collocandoli sul mercato a prezzo pieno<sup>72</sup>.

Proprio la descritta simmetria fra la soluzione adottata per le amministrazioni statali e quella adottata per le autonome locali risulta però l'elemento di maggiore criticità in questa giurisprudenza: infatti, a tale stregua, il principio di legalità per la potestà normativa delle autonomie locali non presenterebbe alcuna peculiarità rispetto alle amministrazioni statali.

A questo proposito, pur nella (talvolta radicale) diversità di vedute che la caratterizza, la dottrina ha sempre sottolineato l'indispensabile diversità di approccio al principio di legalità nel caso vengano in rilievo le autonomie locali. In particolare, secondo Berti il legislatore ha «rifiutato di stabilire, quanto agli enti locali, una relazione dell'attività con la legge pari a quella assunta per

---

<sup>69</sup> La soluzione è sicuramente meno rigorosa rispetto a quella adottata per le libertà 'nominate', per le quali il silenzio della legge equivale comunque a riconoscimento di uno spazio 'intangibile' da parte del regolamento locale, ma ciò si giustifica in ragione del loro peculiare riconoscimento costituzionale, strutturalmente diverso rispetto alla generica garanzia dell'art. 23 Cost.: infatti, secondo P. BARILE, *Costituzione e misure di sicurezza restrittive della libertà personale*, in *Foro pad.*, 1951 (e poi in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 123), i diritti fondamentali «sono conferiti nella più assoluta pienezza, nel senso che si espandono senza alcun limite, o meglio *fino a quei limiti che eventualmente impone la stessa Costituzione*, oppure che la medesima *concede alle leggi ordinarie di imporre*. Ma se la legge ordinaria non provvede, se comunque il limite appare incerto o elastico, prevale per presunzione assoluta l'intenzione del Costituente, che volle concedere a tutti i cittadini il *massimo* dei diritti di libertà» [corsivi nel testo].

<sup>70</sup> Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6167, in *Foro it.*, 2010, III, 200, che ha tratto tale conclusione dall'esame congiunto degli artt. 23 e 41 Cost.; si veda pure Cass., sez. II, 22 maggio 2007, n. 11826, in *Rass. dir. farm.*, 2007, 1213, secondo la quale «deve escludersi che una circolare esplicativa di una legge possa estendere l'applicazione della sanzione a una condotta non prevista dalla legge della quale essa pretende costituire attuazione».

<sup>71</sup> Cass., sez. un., 10 settembre 2004, n. 18262, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Demanio*, n. 24.

<sup>72</sup> Cons. Stato sez. V, 4 marzo 2008, n. 799, in *Foro amm.-CDS*, 2008, 811; TAR Lazio, sez. III *quarter*, 14 giugno 2006, n. 4571, in *Rass. dir. farm.*, 2007, 136.

qualificare le attività amministrative statali»<sup>73</sup>: così il regolamento -come atto generale e astratto dell'ente locale- «vincola ciascuno in quanto partecipe della comunità e quindi in virtù della stessa necessità che vincola il singolo alla comunità»<sup>74</sup>; è proprio per questa ragione che, secondo Marzuoli, «l'autonomia dell'amministrazione locale non si specifica solo come autonomia nei confronti dell'amministrazione dello Stato, ma come autonomia nei confronti della legge»<sup>75</sup>.

Il «diverso modo di atteggiarsi del principio di legalità» per le amministrazioni locali costituisce «un riflesso del principio affermato dall'art. 5 Cost., nel quale il riconoscimento delle autonomie locali implica la loro rappresentatività nel senso più elevato, e cioè la rappresentatività del 'popolo'»: il principio non può perciò «risolversi nella considerazione delle fonti legislative (nella considerazione della 'legge'), ma deve tener presente che le autonomie locali hanno garantita dalla Costituzione una reale capacità di fissare gli indirizzi per la propria azione»<sup>76</sup>.

Anche in giurisprudenza viene talvolta precisato che i regolamenti degli enti locali trovano «il loro fondamento costituzionale nel riconoscimento delle autonomie locali, affermato negli art. 5 e 128 cost., con cui deve coordinarsi il principio della riserva di legge, di carattere relativo, previsto dall'art. 23 cost.»<sup>77</sup>. Persino prima della riforma del Titolo V si è affermato, inoltre, che «la riserva di legge di carattere relativo prevista dall'art. 23 Cost. non costituisce ... l'unico riferimento costituzionale utile, dovendo il principio ivi espresso coordinarsi con altre norme di pari dignità che regolano la materia delle autonomie locali e precisamente con gli artt. 5 e 128 Cost.»<sup>78</sup>.

La potestà normativa rappresenta dunque un riflesso necessario dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta. Tale conclusione pare ancor più corretta oggi, alla luce della formulazione dell'art. 117, comma 6, Cost. e dell'art. 4, comma 4, l. 5 giugno 2003, n. 131<sup>79</sup>. Queste disposizioni non escludono certo l'applicazione alle autonomie locali del principio di

<sup>73</sup> G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1967, 130.

<sup>74</sup> G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, cit., 175.

<sup>75</sup> C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 30 S.

<sup>76</sup> A. TRAVI, *Legalità delle funzioni e rapporti tra fonti nell'amministrazione locale*, in AA.VV. (a cura di U. Allegretti-A. Orsi Battaglini-D. Sorace), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, tomo II, Bologna, 1987, 763 s.

<sup>77</sup> Cass., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1865, in *Giust. civ.*, Mass. 2000, 396.

<sup>78</sup> Cass., sez. I, 13 dicembre 1995, n. 12779, in *Foro it.*, Rep 1995, voce *Comune*, n. 438.

<sup>79</sup> Secondo L. ANTONINI, *Art. 23 Cost.*, in AA.VV. (a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti), *Commentario*, cit., 496, alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 117 Cost. è più difficile «configurare i regolamenti ... come fonti che possono essere comprese a piacimento dalla legge». In argomento cfr. pure G. PASTORI, *Principio di legalità e autonomie locali*, in AA.VV. (a cura di A. Travi), *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Milano, 2008, 283. Di recente, in argomento, cfr. pure S. PARISI, *'Nel rispetto della legge': i regolamenti provinciali tra 'conformità' e 'non incompatibilità'*, in questa *Rivista*, 2009, 190.

legalità, ma ne valorizzano semmai la caratterizzazione democratica (e, dunque, la c.d. legalità indirizzata)<sup>80</sup>, evitando per tale via la prevedibile 'collisione' con il principio autonomistico<sup>81</sup>.

D'altro canto, ove inteso nell'accezione fatta propria dalla Corte, il principio di legalità comporterebbe per le autonomie locali una soluzione molto più restrittiva rispetto a quella seguita per le c.d. autorità amministrative indipendenti, alle quali -pur in assenza di un esplicito riconoscimento costituzionale- è generalmente consentito introdurre tramite fonti secondarie (o addirittura tramite atti amministrativi) obblighi e divieti a carico degli operatori, con il solo limite che le fattispecie «siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala dei doveri della funzione esercitata»<sup>82</sup>; esattamente ciò che la sentenza in commento ha escluso in linea generale, affermando che il carattere relativo della riserva dell'art. 23 Cost. non «può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa 'in bianco', genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini». Analoghe considerazioni, peraltro, dovrebbero farsi anche con riferimento all'altra 'tradizionale' giustificazione del potere delle autorità indipendenti di introdurre prescrizioni e divieti, vale a dire la «particolare tecnicità e la continua evoluzione della materia» che caratterizza di solito i settori di loro competenza<sup>83</sup>.

Si tratta di una soluzione, per giunta, di dubbia compatibilità con il principio - affermato di recente con enfasi dal legislatore<sup>84</sup>- secondo cui «l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge»: tale disposizione non può essere letta come riserva di legge in senso tecnico, ma può ciononostante integrare un

---

<sup>80</sup> Secondo F. SORRENTINO, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in AA.VV. (a cura di Carlassare L.), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, 220, il principio di legalità è «il principale collegamento tra la sovranità popolare e l'esercizio delle funzioni giurisdizionale e amministrativa». Secondo G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 34 s., «occorre cioè che i cittadini, attraverso la loro rappresentanza, autorizzino l'istituzione di un apparato che a sua volta sarà abilitato a limitare i diritti dei cittadini stessi» e ciò spiega «il regime in parte diverso delle amministrazioni che hanno una base elettiva (regioni, comuni e province)»: infatti, «il temperamento che in esse subisce il principio di legalità è strettamente legato al fatto che l'organo di base in quegli enti è anch'esso eletto (come il parlamento): anche se, a differenza del parlamento, non può fare leggi (possono farle le regioni, ma non i comuni e le province)».

<sup>81</sup> Ai fini che rilevano in questa sede appare dunque necessario valorizzare nella sentenza in commento soprattutto l'affermazione che la libertà può essere incisa da un atto «espressivo della sovranità popolare» (che, a livello locale, non può che essere il regolamento).

<sup>82</sup> Così, con riferimento agli illeciti sanzionati dall'AEEG, Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2507, in *Foro amm.-CDS*, 2010, 1075, che richiama sul punto Corte cost. 24 luglio 1995, n. 356, in *Foro it.*, 1996, I, 797, la quale si era pronunciata però con riferimento ad illeciti disciplinari dei militari.

<sup>83</sup> Cfr., con riferimento agli illeciti in materia bancaria e creditizia, Cass. 5743/2004, cit., 679 nonché, con riferimento agli illeciti in materia di intermediazione finanziaria, Cass., sez. I, 20 novembre 2003, n. 17602, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Intermediazione finanziaria*, n. 70.

<sup>84</sup> Cfr. l'art. 3, comma 1, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148; si noti che in base al terzo comma della medesima disposizione «sono in ogni caso soppresse, alla scadenza del termine di cui al comma 1 [un anno dalla pubblicazione della legge di conversione], le disposizioni normative statali incompatibili con quanto disposto nel medesimo comma».

canone interpretativo importante in casi come quello appena descritto, contribuendo ad escludere la legittimità di divieti demandati a fonti diverse dalla legge.

In questo quadro, la sentenza in commento rappresenta anche l'occasione per una revisione critica della coerenza sistematica e ordinamentale delle soluzioni 'settoriali' fin qui elaborate dalla giurisprudenza con riferimento al principio di legalità, soprattutto ove si tratti del potere di configurare fattispecie di illecito «nuove ed inedite» (perché non espressamente previste dalla legge), dunque peculiarmente limitative per la 'atipica' libertà tutelata dall'art. 23 Cost.