



HAL
open science

“Prima lezione di diritto”: ordine morale, dignità umana e “neutralità” del diritto

Manuel Gros, Giuliano Serges

► To cite this version:

Manuel Gros, Giuliano Serges. “Prima lezione di diritto”: ordine morale, dignità umana e “neutralità” del diritto. *Diritto e Società*, 2015, III serie (2/2015), pp.237-276. hal-01668356

HAL Id: hal-01668356

<https://hal.science/hal-01668356v1>

Submitted on 22 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

DIRITTO E SOCIETÀ

2/2015

Manuel Gros
con l'aggiunta di note di Giuliano Serges

«PRIMA LEZIONE DI DIRITTO»:
ORDINE MORALE, DIGNITÀ UMANA
E “NEUTRALITÀ” DEL DIRITTO.
DAL LANCIO DEL NANO AL COMICO RAZZISTA

[Estratto]

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI 2015

SAGGI

Manuel Gros

con l'aggiunta di note di *Giuliano Serges*

«PRIMA LEZIONE DI DIRITTO»: ORDINE MORALE, DIGNITÀ UMANA E “NEUTRALITÀ” DEL DIRITTO DAL LANCIO DEL NANO AL COMICO RAZZISTA*

SOMMARIO: I. Premessa. – II. L'ordine pubblico dovrebbe essere, in teoria, un concetto strettamente materiale, o affermato in quanto tale. – III. L'ordine pubblico può essere morale? Il rispetto della dignità umana, componente intrinseca dell'ordine pubblico. – IV. L'ordine pubblico può essere politico: la “dilatazione” dell'ordine pubblico. – V. Conclusione. Il potere pretoriano ed il pensiero unico: un rischio per il principio della certezza del diritto? – A. Dalla coesione sociale al “pensiero unico”? – B. Un giudice francese troppo vicino all'amministrazione? – C. Una recente giurisprudenza rassicurante?

* Il testo riproduce il contenuto della *Lezione inaugurale* del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi «Roma Tre» per l'Anno Accademico 2014/2015, tenuta dal prof. MANUEL GROS il 22 settembre 2014 nell'*Aula Magna* dell'Università, ed è stato tradotto e rivisto da GIULIANO SERGES, al quale vanno altresì attribuite le note precedute dalla sigla NDT. A tal riguardo, si deve precisare che in alcuni casi si è preferito non rendere in lingua italiana talune espressioni richiamate in nota e tratte dai lavori di altri Autori poiché, se da un lato tali citazioni non sono state ritenute coesenziali alla comprensione globale del testo, dall'altro si è voluto evitare che un “eccesso di traduzione” non consentisse al Lettore di cogliere il reale significato e le esatte sfumature del testo originale. Allo stesso modo talvolta non è stato tradotto il nome di alcune delle Istituzioni della Repubblica Francese richiamate nel testo (ad esempio: *Conseil d'État* o *Conseil Constitutionnel*), in questo caso per non incorrere nel rischio di indurre in confusione chi legge tra il soggetto francese e l'omologo (o omonimo) italiano. In alcuni casi si è ritenuto, peraltro, di spiegare il significato dei termini francesi con delle note esplicative in italiano. Occorre, infine, segnalare che nel testo sono state utilizzate alcune abbreviazioni d'uso corrente nella saggistica giuridica francese, per le quali è possibile consultare l'elenco pubblicato dal *Syndicat national de l'édition* (SNE) e oggi disponibile all'indirizzo internet http://xvm-12-234.gbst.net/img/pdf/SNE/Abr_principales_ref_matiere_juridique.pdf.

I. Premessa

Quale relazione e, soprattutto, quale interesse giuridico possono presentare uno spettacolo di “lancio del nano”, svoltosi in una discoteca francese nel 1993, e la “*quenelle*”¹ effettuata dal comico Dieudonné nel 2013, vale a dire 20 anni più tardi.

Quale interesse possono rivestire all’“alba” dell’ingresso in una facoltà di diritto?

Una risposta dotta e scientifica potrebbe essere quella di affermare che questi due casi hanno condotto in Francia, a 20 anni di distanza, a due decisioni fondamentali del *Conseil d’État*, giurisdizione suprema dell’ordinamento giurisdizionale amministrativo francese².

Più in particolare, il lancio del nano nelle discoteche francesi ha dato luogo, nel 1995, a due pronunce del *Conseil d’État*³, mentre il comico Dieudonné e la sua *quenelle*, nel 2014, hanno provocato più di 15 ordinanze dei tribunali amministrativi ed una pronuncia del *Conseil d’État*⁴.

Una risposta giornalistica alla domanda iniziale, invece, potrebbe essere quella di dire che questi due casi sono stati al centro della cronaca

¹ Il termine *quenelle* (letteralmente: “che ha forma oblunga”), spesso utilizzato in cucina per indicare preparazioni modellate a forma ovale, è intraducibile in italiano. Il gesto della *quenelle*, originariamente simbolo dell’anarchismo antisociale, è a metà tra quello che in Italia viene volgarmente definito “gesto dell’ombrello” ed il saluto nazista eseguito al contrario (con il braccio che punta verso il basso). Tale gesto, che ha reso tristemente celebre il comico Dieudonné, vantava già alcuni precedenti non meno celebri. Nel 1964, ad esempio, nel film *Il dottor stranamore* di Stanley Kubrick, il protagonista, interpretato da Peter Sellers, era “costretto” ad eseguire la *quenelle* per contenere uno strano *tic*, dato dalla necessità irresistibile del suo braccio destro di eseguire il saluto nazista: per impedire, quindi, al braccio destro di mettersi in questa sconveniente posizione cui era naturalmente portato, egli era obbligato a bloccarlo con quello sinistro, mettendosi dunque nella posizione della *quenelle*. Ripreso da Dieudonné, il gesto della *quenelle* è diventato, in Francia, proprio grazie al comico, espressione di antisemitismo. Il gesto della *quenelle* dunque, da simbolo dell’anarchismo antisociale, si è trasformato in simbolo dell’antisemitismo, notoriamente in certi ambienti legati all’integralismo islamico francese.

² Bisogna a tal riguardo precisare che in Francia – come anche in Italia, sia pure con qualche differenza – dopo la Rivoluzione del 1789, esistono due ordini giurisdizionali totalmente distinti: quello di diritto comune, al vertice del quale si trova la Corte di Cassazione, e quello amministrativo, dove al vertice troviamo, invece, il *Conseil d’État* o, più precisamente, una delle sei sezioni che lo compongono, la più importante, quella cosiddetta “contenziosa”.

³ *Conseil d’État* francese (da qui CE), Ass., 27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d’Aix-en-Provence*, in RDP, n. 96, p. 536, con nota di M. GROS.

⁴ CE, 9 gennaio 2014, *Ministre de l’Intérieur / les productions de la plume et M. Dieudonné M’Bala M’Bala*, *rêq.* n. 374508.

francese, anche se, in verità, il caso del “lancio del nano” ha suscitato un reale interesse solo per i giuristi, mentre quello di Dieudonné ha diviso tutta la Francia, pur senza arrivare agli eccessi che, a suo tempo, ebbe l'*affaire Dreyfus*.

Una risposta giuridica, infine, potrebbe essere quella di dire che dietro la trivialità e, in un certo senso, la superficialità di questi casi, si nasconde un vero e proprio scontro tra regole giuridiche del più alto valore, quello costituzionale.

La questione “giornalistica” (o, se si preferisce, “sociologica”) è: si può ridere di tutto?⁽¹⁾

La questione giuridica è: le libertà individuali sono assolute? In altri termini: in nome dell'ordine pubblico, possiamo vietare l'esercizio di una libertà costituzionale?

La questione non si pone, infatti, quando si tratti di comportamenti (individuali o collettivi) che non si traducono in libertà riconosciute dalla Costituzione e che sono espressamente qualificati come “reato” nel codice penale. Così a nessuno oggi può essere riconosciuta, per esempio, la libertà di rubare, di stuprare o di uccidere.

Più complicata si fa la questione quando, invece, si tratti della libertà

⁽¹⁾ NDT È questo, peraltro, il titolo di un recente libro pubblicato da PHILIPPE GELUCK (*Peut-on rire de tout?*, Saint-Amand-Montrond 2013). All'interno del volume, in un capitolo significativamente intitolato «*Peut-on rire des juifs?*», l'A. risponde al quesito posto nel titolo in tale modo: «Se quello che fa le battute non è sospettabile del minimo sentimento antisemita, allora, egli potrà, grossomodo, permettersi qualunque cosa. [...] Per contro, quando la “battuta” è proferita da un militante dell'estrema destra, da un cattolico integralista o dal presidente Ahmadinejad, essa rischia assai rapidamente di essere mal presa dalla comunità ebraica» (pp. 123 e 126). Dopo questa premessa (che, chiaramente, sfocia nel facètto), l'A. propone una serie di battute “classiche” sul tema, evidenziando il paradosso secondo cui esse sarebbero accettate solo quando proferite da alcune persone ritenute “insospettabili”, mentre tutte le altre sarebbero automaticamente marchiate col segno dell'antisemitismo. E ciò, osserva Geluck, non dipende da criteri oggettivi, ma varia semplicemente dalla sensibilità propria dell'interlocutore e, a volte, persino dalla mera conoscenza personale che egli ha del soggetto che ha fatto la battuta. Questo schema, al quale non si vuole (ovviamente) attribuire alcun valore scientifico, è però un utile compendio di ciò che viene comunemente ritenuto “politicamente corretto”. Ebbene, come vedremo nella parte finale di questo saggio (v. *infra*, § V, A), il “politicamente corretto”, sia pur presentato sotto forma di “coesione sociale”, sembra essere uno dei criteri più o meno implicitamente utilizzati dal *Conseil d'État* per decidere sul caso Dieudonné. L'adozione del “politicamente corretto” quale criterio, se non proprio “giuridico”, quantomeno giuridicamente rilevante, pone con tutta evidenza il problema di sapere come si possa conferirgli una base giuridica che sia rispettosa del principio di uguaglianza e, allo stesso tempo, della libertà di espressione.

di esercitare un mestiere o, più semplicemente, di parlare in pubblico. È legittimo vietare degli spettacoli che non sono politicamente (o giuridicamente) corretti?

Nei due casi presi in esame (ma se ne potrebbero citare molti altri), il divieto degli spettacoli da parte delle autorità di polizia competenti pone dunque la questione dei limiti delle nostre grandi libertà.

I due episodi, in particolare, rimettono in causa le libertà essenziali del commercio e dell'industria: il nano Manuel Wackenheim e, sia pure in un altro contesto, il comico Dieudonné, si prodigavano nel commercio dei loro spettacoli, che hanno dovuto interrompere in nome dell'ordine pubblico⁵.

Il caso del lancio del nano pone anche, come vedremo, la questione più generale della libertà individuale, poiché dopotutto egli non era obbligato da nessuno a svolgere quell'attività e, anzi, era lui stesso a proporsi volontario per farsi "proiettile umano" degli adolescenti nelle discoteche. In gioco c'era, quindi, la sua libertà, quella della sua immagine come quella del suo corpo.

Il caso Dieudonné pone, invece, le ulteriori questioni, da una parte, della libertà d'opinione – abbiamo il diritto di essere razzisti? – e soprattutto, dall'altra, della libertà di espressione – abbiamo il diritto di esprimere delle opinioni razziste (in generale) ed antisemite (nel caso particolare)?

Ciò permette di interrogarsi, nei due casi presi in esame, circa la "neutralità" del diritto e sui limiti oggettivi di quest'ultimo.

Sappiamo che il diritto è sempre il riflesso della stessa società che è tenuta ad osservarlo, e spesso ciò comporta una trasformazione di interessi particolari in interessi generali. Possiamo fare qualche esempio:

– l'omicidio era addirittura una "virtù costituzionale", secondo la celebre Costituzione "montagnarda" (o "giacobina") dell'anno I (1793), la quale prevedeva, all'articolo 27, «*che tutti gli individui che usurperanno la sovranità siano immediatamente messi a morte dagli uomini liberi*»⁶;

⁵ In realtà solo il nano ha dovuto cessare qualunque attività professionale, mentre il comico Dieudonné continua ancora il suo spettacolo ma con un testo edulcorato.

⁶ Questa Costituzione, d'ispirazione rousseauiana, assai rivoluzionaria ed intollerante, non fu mai applicata. Col nemico (le monarchie straniere) che spingeva alle porte del territorio francese, l'entrata in vigore della Costituzione fu infatti sospesa e la *Convention nationale* (l'assemblea che l'aveva redatta) instaurava un regime del terrore, statuendo che «il Governo provvisorio della Francia sarà rivoluzionario fino alla pace». Era stato dunque convenuto che la Costituzione non sarebbe entrata in vigore sino alla fine

– l’adulterio della donna fu sanzionato penalmente fino al 1975⁷ in Francia, mentre solo delle sanzioni civili (divorzio) erano rivolte al marito adulterino. Sappiamo che ciò era frutto di uno specifico desiderio di Napoleone Bonaparte, il quale mal sopportava l’infedeltà di sua moglie Joséphine de Beauharnais, e al fatto che la disposizione sopraccitata fu votata da assemblee docili. E tuttavia la regola rimase in vigore nel sistema giuridico francese per più di due secoli;

– l’esonero dalla “imposta di solidarietà sulla fortuna” (ISF) delle opere d’arte non è certo estraneo al fatto che il Ministro francese dell’economia nel 1981, quando l’ISF è stata creata, era anche il figlio del più grande antiquario di Parigi.

Questa evidente interazione tra il diritto e la politica, la morale e la religione, è fortunatamente compensata tramite il riconoscimento di un principio fondamentale dell’ordinamento, chiamato in Francia (come pure in Italia), “principio di legalità”⁸. La sanzione per la violazione di questo principio sarà l’annullamento dell’atto amministrativo illegittimo

della guerra. Tuttavia, anche quando quest’ultima finì, si decise di non applicare la Costituzione del 1793, in quanto i rivoluzionari – primo fra tutti Robespierre – avevano mostrato i loro limiti democratici. Fu la Costituzione borghese del Direttorio (1795), dunque, a succedere alla prima Costituzione francese del 1791.

⁷ La donna adulterina era passibile di un periodo di carcerazione da 3 mesi sino a 2 anni, mentre la legge dell’11 luglio 1973 ha depenalizzato l’adulterio femminile, facendolo diventare una mera causa di divorzio.

⁸ Se alcuni regimi conoscono ancora la concezione dello “Stato di polizia” – secondo la quale l’efficienza deve prevalere su tutto, anche a detrimento di certe libertà e diritti fondamentali – la Francia ha optato per il modello dello “Stato di Diritto”. Quest’ultimo presuppone la prevalenza assoluta di alcune libertà e diritti fondamentali sulle esigenze amministrative. La concezione dello Stato di Diritto è stata consacrata, in Francia, dalla Rivoluzione. In termini di obblighi amministrativi si esprime attraverso il principio di legalità, da intendersi nel senso ampio di “regolarità”. Significa che l’amministrazione dovrà, nel suo agire, rispettare delle norme giuridiche superiori. L’espressione “principio di legalità” viene dal termine “legge” e trova la sua origine nel fatto che, fino al 1958 (Quinta Repubblica), le norme giuridiche non potevano promanare che da un organo *extra*-amministrativo, il Parlamento, titolare del potere legislativo. Il controllo di legalità di un atto amministrativo, dunque, consisteva nella verifica, svolta dal giudice, del rispetto, da parte dell’amministrazione, delle regole giuridiche superiori. Con la nascita della Comunità Europea (ora Unione Europea) e del suo sistema giuridico integrato, l’aumento dei poteri normativi di forza legislativa nella Quinta Repubblica, l’efficacia del diritto della Convenzione Europea dei Diritti Dell’Uomo e l’emersione di nuovi principî (soprattutto in materia ambientale), il significato dell’espressione “principio di legalità” è molto più confuso. Ai fini del controllo di legalità sarà, dunque, necessario fare, preliminarmente, una selezione all’interno delle norme giuridiche superiori, individuando quali siano quelle che l’amministrazione è tenuta a rispettare.

da parte del giudice amministrativo, adito in via di ricorso per eccesso di potere⁹. È quanto alle volte avviene, ad esempio, con i provvedimenti di *polizia* (come nei casi del “lancio del nano” e del “comico razzista”).

La polizia esiste da quando esistono gli Stati (o le città), e corrisponde al concetto di “Stato-gendarme”. Per definizione, tutte le attività di polizia sono restrittive delle libertà individuali.

Anche se il concetto di “polizia” è polisèmico¹⁰, la distinzione più conosciuta al grande pubblico (francese) è quella tra polizia amministrativa e polizia giudiziaria, la prima di natura preventiva, la seconda di natura repressiva¹¹.

I casi che ci interessano riguardano, naturalmente, la polizia amministrativa (e, più in particolare, un provvedimento da essa adottato di *divieto preventivo di spettacoli od attrazioni*).

Va detto, prima di tutto, che la polizia amministrativa è sottoposta, in Francia, ad un controllo particolarmente approfondito da parte del giudice amministrativo, in applicazione di una storica decisione del 1933, risalente ma mai del tutto superata, relativa al c.d. “*affaire Benjamin*”¹², riguardante il divieto, da parte del Sindaco, di una conferenza che il prof. Benjamin avrebbe dovuto tenere a Nevers.

⁹ Tale rimedio conosce, tuttavia, alcuni limiti pratici: su 100 atti amministrativi sfavorevoli ai cittadini, possiamo constatare che solamente 10 saranno oggetto di un ricorso per eccesso di potere (paura di ricorrere alla giustizia, scarsa conoscenza del diritto, spese processuali...). Di questi 10, constatiamo statisticamente che solo uno si tradurrà in un annullamento. I rischi di sanzione per non rispetto della legalità da parte dell'Amministrazione, se pure esistono, sono dunque statisticamente assai limitati.

¹⁰ La polizia può essere di natura legislativa, costituita dai testi legislativi che hanno come scopo il mantenimento dell'ordine (codice della strada, legge sulle droghe o l'alcolismo, etc.). Essa può essere di natura amministrativa, sia per far rispettare la precedente (controllo del rispetto dei testi, sanzioni per la loro mancata applicazione), sia di tipo autonomo (potere generale dei Sindaci e dei Prefetti in materia di polizia). Può avere un carattere regolamentare, con l'adozione di regole generali e impersonali (imposizione di semaforo o di un cartello di divieto di sosta), o individuale, con l'adozione di misure individuali (foglio di espulsione, ritiro di un permesso di vendita di bevande).

¹¹ La distinzione tra le due tipologie di polizia è, nell'assenza di testi normativi generali di definizione, data dal giudice adito, che si riterrà o meno competente in funzione dell'attività di polizia svolta. La polizia amministrativa può definirsi come preventiva (evitare i disordini), mentre la polizia giudiziaria è repressiva (ricercare gli autori e le prove delle infrazioni). Ma questa distinzione teorica, apparentemente semplice, urta molto spesso con la complessità delle ipotesi pratiche: se la costituzione di un posto di blocco è necessariamente preventiva (polizia amministrativa), nel caso in cui questo blocco venga forzato da un automobilista le azioni di polizia compiute successivamente saranno di tipo repressivo (polizia giudiziaria).

¹² CE, 19/5/33, *Benjamin* R. 451 (v. *infra*, § II).

Tale decisione muoveva dal presupposto che in uno Stato di diritto le libertà siano ritenute prioritarie, diventando dunque assai delicata la collocazione nell’ordinamento delle misure di polizia che, come già ricordato, sono per definizione pregiudizievoli proprio delle libertà. La giustapposizione dei due obiettivi contrastanti – l’ordine e la libertà – ha dato luogo ad un controllo giurisdizionale specifico, del quale l’apparente perfezione teorica nasconde talvolta certi limiti che si manifestano in relazione all’efficienza pratica.

Il controllo esercitato sulle misure di polizia si aggiunge al controllo di legalità comune a tutte le attività amministrative e consiste, in alcuni casi, nell’individuazione di alcune misure ritenute generalmente vietate (a prescindere, dunque, da qualsivoglia valutazione relativa alla efficacia ed agli effetti della misura stessa) e, in altri casi, in una valutazione puntuale sull’adeguatezza delle misure di polizia rispetto ai fatti cui esse sono indirizzate, vale a dire sull’adeguatezza della misura rispetto al fine.

Se è vero, dunque, che esistono alcune misure che sono generalmente vietate nell’ambito della polizia amministrativa (pur essendo, talvolta, consentite ad altri soggetti ed in altri settori della pubblica amministrazione¹³), è vero pure che, salvo i casi flagranti e tenuto conto delle difficoltà concettuali legate alla stessa nozione di “divieto generale e assoluto”, il controllo giurisdizionale sulle misure di polizia è il più delle volte fondato sul caso di specie e, in particolare, sul loro carattere *excessivo* in

¹³ È il caso, ad esempio, del regime dell’autorizzazione preliminare. Se il Legislatore può prescrivere l’obbligo di una dichiarazione preliminare per l’esercizio di una libertà (com’è il caso, ad esempio, della libertà di manifestazione), se non di una vera e propria richiesta d’autorizzazione (nel caso, ad esempio, di organizzazione di prove sportive sulle strade pubbliche), analoga facoltà non è stata concessa dal giudice alle semplici autorità di polizia. Questo divieto è stato riconosciuto in occasione della celebre decisione *Daudignac*, riguardante la libertà di commercio e di industria in materia di circolazione, adottata dal *Conseil d’État* con deliberazione assembleare del 1951 (CE Ass., 22/6/51, *Daudignac* R. 362). Con tale decisione fu annullato un provvedimento del Sindaco di *Montauban* che subordinava ad autorizzazione l’esercizio dell’attività di fotografo nelle strade pubbliche. Negli anni successivi tale principio è stato esteso a tutte le libertà essenziali, soprattutto quella di movimento, per esempio per l’utilizzo di piste da sci di fondo (CE, 22/1/82, *Association foyer de ski de fond de Crévaux*, R. 30) o dei fiumi di proprietà privata (CE, 13/11/92, *Ligue du centre de canoë-kayak*, DA 93 n. 22). Sono oggetto della stessa sanzione giurisdizionale le misure che portano divieto generale e assoluto impedendo di fatto in maniera definitiva l’espressione di una libertà. Così sono stati annullati, ad esempio, il divieto totale di esercitare, durante tutta l’estate, l’attività di *photographe filmneur* sulla strada che portava a Mont-Saint-Michel (CE, 13/3/68, *Epoux Leroy* R. 178), o la più pittoresca ordinanza di repressione sistematica degli “abbaiamenti ed urla dei cani” adottata dal Sindaco di Mougins (CE, 5/2/60, *Commune de Mougins*, R. 83).

relazione alle esigenze di ordine pubblico che esse dovrebbero tutelare, e non già su di una mera proibizione di principio.

Si tratta, in altri termini, della grande questione della subordinazione della legalità delle misure alla loro effettiva necessità.

Aspetto specifico del controllo sulle misure di polizia amministrativa – spesso assimilato al c.d. “controllo in concreto” applicato in materia di espropriazione¹⁴ – è, quindi, la verifica da parte del giudice della «*adéquation des mesures aux faits*» («adeguatezza delle misure ai fatti»), spesso chiamato dalla dottrina anche «*contrôle “maximum”*» («controllo massimo») o «metodo Benjamin», in ossequio alla decisione da cui ha preso avvio¹⁵.

Questo controllo necessita di un esame *caso per caso* da parte del giudice, e riposa non già sulla valutazione della misura adottata in sé, cioè considerata in quanto tale, ma su di una verifica di proporzionalità volta a stabilire se la misura contestata avrebbe potuto essere evitata con l'impiego di altre misure meno invasive. Così il giudice si troverà a dover bilanciare allo stesso tempo i rischi che le misure di polizia adottate sono volte ad evitare, ma anche la possibilità dell'utilizzo di altre misure alternative ed egualmente efficaci. Il “metodo Benjamin” è stato utilizzato nelle più disparate circostanze: a proposito della chiusura di una sala ballo¹⁶ o di uno storico locale parigino¹⁷, del divieto di pesca¹⁸, del divieto di cerimonie religiose¹⁹, del divieto di circolazione²⁰, del diritto di mani-

¹⁴ Tale controllo consiste nel famoso «bilancio costi-benefici», inaugurato con la celebre decisione CE, 28/5/71 (RDP 72, 454, con commento di WALINE), poi oggetto di successivi sviluppi giurisprudenziali.

¹⁵ Così, in occasione della decisione *Benjamin*, vero e proprio arco di volta dell'edificio giurisprudenziale in materia, il *Conseil d'État* rilevava che il divieto di una conferenza sarebbe stato eccessivo, in quanto «l'eventualità di disordini [...] non presentava un grado di gravità tale che non si sarebbe potuto, senza vietare la conferenza, mantenere l'ordine adottando le misure di polizia che gli spettavano».

¹⁶ CE, 26/7/87, *Michel et Francis Guyot*, in *AJDA* 87, 689: «dal momento che il Sindaco aveva la possibilità di prevenire e di reprimere i nocimenti constatati adottando le misure di polizia appropriate».

¹⁷ CE, 12/3/86, *Préfet de Police de Paris / Metzler*, in *DA* 86, n. 226: «spetta al Prefetto [...] prendere le misure appropriate».

¹⁸ CE, 27/4/79, *Commune de Saint Germain*, R. 653.

¹⁹ CE, 14/5/82, *Association internationale pour la conscience de Krishna*, R. 179.

²⁰ CE, *Ordonnance del juge des référés*, 27 luglio 2001, *Ville d'Etampes*, n. 236489: divieto per i minori di meno di tredici anni non accompagnati da un maggiorenne di circolare sul territorio del Comune tra le 22 e le 6. Vista la dimensione della città e la mobilità delle bande dei giovani delinquenti sarebbe stato, nel caso di specie, del tutto sproporzionato limitare il divieto di circolazione solo a certe frazioni di quartiere.

festare²¹, nonché, praticamente, di tutti i settori in cui si possono esprimere le libertà individuali.

L'estrema delicatezza di tale “controllo massimo” esercitato dal giudice amministrativo ha portato la dottrina ad interrogarsi sulla sua natura, evocando i rischi di un controllo che può estendersi sino a diventare di mera opportunità e che può configurarsi, quindi, quale illecita sostituzione da parte del giudice nei confronti dell'autorità amministrativa, relativamente alla valutazione delle misure potenzialmente meno restrittive delle libertà in relazione a quelle adottate dall'autorità stessa²².

È, dunque, soprattutto in relazione alla precisione della valutazione della misura in causa in funzione delle circostanze fattuali che si colloca l'originalità del controllo specifico sulle misure di polizia. Tale controllo, peraltro, ha recentemente subito un'evoluzione, nel senso che viene presa in considerazione la persona – intesa quale singolo individuo (o di singoli gruppi di individui) – suscettibile di causare dei disagi anche solamente eventuali²³, e tale evoluzione ha condotto fino al punto che la valutazione dell'adeguatezza viene effettuata persino in relazione alle caratteristiche peculiari proprie della persona interessata dalla misura²⁴.

²¹ CE, Ord. 5 gennaio 2007, *Ministre de l'Intérieur c/ Association Solidarité des français*, n. 300311: la libertà di manifestazione, invocata dall'associazione, non crea ostacolo al fatto che l'autorità di polizia vieti un'attività, se tale misura è la sola avente natura tale da prevenire un turbamento dell'ordine pubblico

²² La critica opposta dalla dottrina ai giudici relativamente al “metodo Benjamin” potrebbe forse sembrare, ormai, eccessiva alla luce di più di cinquant'anni di giurisprudenza, essendosi ormai attestato il controllo in esame quale controllo di tipo “negativo”: se pure talvolta il giudice evoca «altre misure», egli non arriva mai ad esaminarle e si limita semplicemente a dire che i provvedimenti adottati avrebbero potuto essere «più appropriati». In realtà è proprio questo atteggiamento a suscitare maggiori perplessità poiché, collocandosi al di fuori di qualsivoglia ottica di leale collaborazione, l'autorità giurisdizionale amministrativa si ferma esattamente sulla soglia del mero controllo di opportunità, non facendo mai alcuna proposta esplicita su quali sarebbero le misure «più appropriate» e “accontentandosi”, di fatto, di scartare quelle «inappropriate», annullandole.

²³ CE, 26 luglio 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, in *RFDA* 86, 439, *Concl.* Genevois: quest'ultimo riteneva che «delle semplici voci su di un possibile attentato con esplosivo plastico» di un cinema da parte dell'organizzazione “Onore e Prestigio” e delle semplici minacce di un “Comitato di sostegno alle vittime” non erano credibili. Al contrario, se tali minacce fossero prevenute da un'organizzazione palestinese o si fosse trattato di minacce di blocco stradale da parte di camionisti, ci sono tutti i motivi di ritenere che esse sarebbero state prese in maggiore considerazione.

²⁴ Così, ad esempio, il *Conseil d'État* francese annullava il rifiuto di utilizzazione di una “voiturette” (lett. “macchinetta”, termine in uso corrente anche nella lingua italiana per indicare i quadricicli che si possono guidare senza patente) opposto ad un residente dell'isola di Houat (in Bretagna) «dal momento che egli era portatore di una grave insuf-

L'estrema delicatezza del controllo esercitato dal giudice in materia di polizia amministrativa è, dunque, fonte di una estrema soggettività della valutazione. La particolare natura della polizia, attività – come già più volte ricordato – per definizione restrittiva delle libertà, porta a pensare, dunque, che all'arbitrarietà dell'amministrazione sarebbe meglio l'arbitrarietà del giudice!

È in questo senso che alcuni Autori hanno potuto evocare, in tale ambito, una vera e propria *presunzione di assenza di motivi*²⁵, spostandosi dunque sull'autorità di polizia l'onere di dimostrare la legalità di talune misure, contrariamente al diritto comune delle attività amministrative.

Questo controllo giurisdizionale arriva a ricomprendere, così, una valutazione dei fini perseguiti dall'autorità di polizia. Questi ultimi sono, secondo una celebre formula che trova la sua origine in una legge del 22 dicembre 1789 (poi ripresa dall'art. 97 della legge del 4 aprile 1884 recante disposizioni sull'organizzazione comunale e, attualmente, contenuta nell'articolo L. 2212-2 del *Code général des collectivités territoriales*), «*le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques*», che potremmo tradurre come «buon ordine, sicurezza-tranquillità, sicurezza-incolumità e salubrità pubblici». Questi quattro elementi compongono la nozione generale di “ordine pubblico”⁽²⁾.

ficienza coronarica e gli era impossibile spostarsi senza assistenza meccanica» (CE, 10/12/1993, *Madame Maes*, in RDP n. 94, 819, con nota di M. GROS).

²⁵ DE LAUBADERE, VENÉZIA, GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1992, Tomo 1, 718.

⁽²⁾ NDT Per essere più precisi, proviamo a dare una definizione più puntuale di ciascuno dei quattro elementi che compongono la nozione di “ordine pubblico”: 1) la *sûreté (publique)* è la “sicurezza (pubblica)”, intesa quest'ultima nel senso di *tranquillità*, di “*ordine sociale*”, di rimozione o limitazione dei rischi derivanti da disordini (rumori molesti, alcoolismo tra i minori, *etc.*). In effetti il termine “*sûreté*” ha sostituito, rispetto a precedenti testi normativi in materia, quello di “tranquillità”, ma il significato è rimasto il medesimo. Di fatto la *sûreté publique* coincide con quello che un Autore italiano ha definito il “*diritto alla sicurezza*” e che, con qualche approssimazione, «può farsi corrispondere [con il diritto alla] *tranquillitas*, intesa come scopo della *civitas*», in virtù del quale «lo Stato dovrebbe garantire al singolo e alla collettività la conservazione di una condizione esente da disturbi» (M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità, lotta alla povertà*, Napoli 2012, 17); 2) la *sécurité (publique)* è, invece, la “sicurezza” intesa nel senso di “*tutela della incolumità personale*”, consistente, in particolar modo, nella limitazione dei rischi derivanti da incidenti (ad es. regolamentazione dei limiti di velocità); 3) la *salubrité (publique)* corrisponde alla nozione di “salubrità pubblica”, intesa come igiene ambientale volta a prevenire i rischi di malattie (ad es. campagne di derattizzazione, bonifica, *etc.*); 4) quanto, infine, al *bon ordre (public)*, “buon ordine (pubblico)”, esso è un elemento pervasivo che ricomprende gli altri tre (*sûreté, sécurité, salubrité*) senza, però, esaurirsi in essi, presen-

Le incertezze e l'evoluzione del concetto di ordine pubblico sono il segno della natura eminentemente giurisprudenziale della materia in esame.

Naturalmente nella definizione di “ordine pubblico” influisce anche il regime politico²⁶ e la sua evoluzione nel tempo, poiché l'ordine pubblico, e per conseguenza gli obiettivi della polizia amministrativa, non sono fissati *ne varietur* e sono quindi destinati a mutare, anche in seno ad una medesima società²⁷.

tandosi dunque, allo stesso tempo, come quarto ed ulteriore elemento, suscettibile, come si vedrà, di interpretazioni estensive e variabili nel tempo (le quali incidono, quindi, anche sulla definizione degli altri tre elementi) che hanno portato a far coincidere il concetto di ordine pubblico ora con una definizione, per così dire “materiale” (disordini “fisici”, violenze, rappresaglie, tumulti, etc.), ora con l'«ordine morale», ora, infine, con l'“ordine politico”. Possiamo, dunque, individuare due usi (e due accezioni) diversi con riferimento al “buon ordine”: il primo è di portata più ampia, ed è dato dalla somma (e dalla interazione) di tutti e quattro gli elementi costituenti i fini perseguiti dall'autorità di polizia; il secondo, invece, è di portata più limitata, ed s'identifica con uno solo dei questi quattro elementi componenti l'ordine pubblico, potendosi quindi parlare, in tal caso, di “buon ordine” in senso stretto. Quest'ultimo è l'elemento più soggettivo tra quelli che compongono la nozione di ordine pubblico: se da un lato, come già ricordato, esso ingloba gli altri tre, dall'altro aggiunge loro qualcosa in più, senza tuttavia che questo “qualcosa” sia chiaramente definito dal legislatore. Da questo punto di vista, dunque, il “buon ordine” costituisce il *vero elemento di variabilità della nozione di “ordine pubblico”*.

²⁶ È logico che la natura del regime politico determini il contenuto della nozione di ordine pubblico e condizioni l'estensione del potere di polizia. Con tutta evidenza, infatti, la concezione dell'ordine pubblico in uno Stato di Polizia sarà assai diversa da quella di uno Stato di Diritto. Va rilevato, però, come la nozione di ordine pubblico possa variare non solamente con riferimento alla forma di Stato, bensì anche con riguardo al particolare assetto politico di un certo Stato, in funzione dalle politiche svolte dal potere in carica. Così, per esempio, all'interno di uno stesso Stato di Diritto, la legislazione – e la relativa azione di polizia – in materia di lotta contro la tossicomania potrà essere più o meno preventiva o repressiva, secondo le maggioranze parlamentari e le personalità dei Ministri. Tali fattori politici comporteranno degli effetti che, visti nel breve periodo, daranno luogo solamente a variazioni leggere e tendenzialmente temporanee della concezione dell'ordine pubblico. Considerati nel lungo periodo, però, essi possono portare a variazioni più sensibili, sino ad incidere, di fatto, sulla stessa forma di Stato.

²⁷ Secondo le epoche, l'ordine morale potrà evolversi. Così, in materia di polizia cinematografica, la nozione d'immoralità ha seguito l'evoluzione dei costumi. Se in passato il giudice amministrativo aveva avallato il divieto della proiezione di film come *Le blé en herbe* (“Il grano in erba”) a Nizza (CE, 18/12/1959, *Société Les films Lutétia* R. 693) e *La jument verte* (“La giumenta verde”), a Cosne (CE, 9/3/62), oggi un tale approccio morale verrebbe certamente considerato anacronistico. Se nel 1960 la semplice “immoralità” di *Les liaisons dangereuses* (“Le relazioni pericolose”) aveva potuto giustificare un divieto di proiezione da parte del Sindaco di Lisieux, il *remake* dello stesso film uscito nelle sale venticinque anni più tardi (peraltro con l'inserimento di scene di sesso esplicite, di cui era privo il film del 1960) non è stato oggetto di alcun divieto. Per altro verso, se la sessualità

Allo stesso modo non c'è da stupirsi se, anche all'interno di un regime politico stabile (per es. la democrazia), in un arco di tempo costituito anche da periodi abbastanza brevi, vi siano delle variazioni del concetto dell'ordine morale, che ineluttabilmente si riflettono sulla concezione dell'ordine pubblico.

La nozione di ordine pubblico, inteso come elemento centrale degli obiettivi perseguibili tramite l'imposizione di divieti da parte della polizia, è quindi estremamente variabile in funzione del potere politico dell'epoca e del luogo presi in considerazione. Di conseguenza appartiene, inevitabilmente, al giudice amministrativo la fissazione degli elementi che costituiscono, in un dato tempo e luogo, la definizione del concetto di ordine pubblico, essendo egli incaricato di valutare, caso per caso, la liceità dei motivi sottesi alle misure di polizia.

È in questo contesto giuridico, caratteristico della nostra epoca moderna, che le necessità dell'ordine pubblico devono essere conciliate con i diritti e le libertà fondamentali e, quindi, che può rivestire un qualche interesse per il giurista – o per il futuro giurista – l'analisi di due casi giurisprudenziali riguardanti degli eventi apparentemente futili o “superficiali” (uno *spettacolo di pessimo gusto*, quale quello del lancio del nano, ed un *comico almeno discutibile*, quale è Dieudonné), arrivando così ad interrogarsi su cosa sia, o cosa debba essere, il «*bon ordre*» in una società moderna.

Vedremo ora come in Francia, dopo un lungo periodo intercorso nel XX secolo durante il quale l'ordine pubblico non poteva che essere inteso secondo una concezione materiale (I), il caso del “lancio del nano”, nel 1995, abbia aperto le porte ad un approccio morale dell'ordine pubblico (II), mentre lo “*affaire Dieudonné*”, nel 2014, abbia operato, in maniera forse perfino più inquietante, una dilatazione dell'ordine pubblico “morale” in ordine pubblico “politico” (III). Queste considerazioni ci porteranno, infine, a domandarci se il principio essenziale della *certeza del diritto* possa ritenersi soddisfatto dalle esaminate evoluzioni giurisprudenziali del concetto di ordine pubblico.

allo schermo non viene più considerata attentatrice dell'ordine morale, altre cose – quali, ad esempio, la legittimazione del traffico di stupefacenti o l'ironia sulla religione – sono ancora oggi a rischio di divieto. Certo, formalmente tali divieti sarebbero giustificati con considerazioni sull'ordine locale e sui rischi eventuali di disordini materiali dell'ordine pubblico, ma è evidente che dietro ad essi si nasconderebbero anche delle valutazioni di tipo morale. Il giudice amministrativo, nell'ambito del controllo della legalità dei provvedimenti di divieto, seguirà necessariamente l'evoluzione di tale ordine morale.

II. *L'ordine pubblico dovrebbe essere, in teoria, un concetto strettamente materiale, o affermato in quanto tale*

Da molto tempo, ed al di là della celebre “trilogia” degli elementi che costituiscono l’“ordine pubblico” (in senso ampio) assieme al “buon ordine” – vale a dire, come già ricordato, la *sûreté*, la *sécurité* e la *salubrité* – la nozione di ordine pubblico veniva intesa dalla dottrina come «l’ordine materiale e esterno». Maurice Hauriou, nel suo *Précis de droit administratif et de droit public* (1919), enunciava, per l’appunto, che «l’ordine pubblico [...] è l’ordine materiale e esterno», aggiungendo che «[la polizia] non persegue come fine ciò che, in una certa epoca, abbiamo chiamato l’ordine morale, [...] e se essa ci provasse, cadrebbe immediatamente nell’inquisizione e nell’oppressione delle coscienze»²⁸.

Secondo questa ricostruzione, peraltro, la polizia avrebbe potuto impedire di svolgere attività suscettibili di portare pregiudizio alla morale ed al *bon costume* solo in casi del tutto particolari, vale a dire quando il disordine “morale” avesse avuto per diretta conseguenza il disordine “materiale”. In un primo momento, la giurisprudenza aveva fatto propria tale accezione²⁹.

È su questo indirizzo che intervenne la celebre decisione *Benjamin*³⁰. Parallelamente al rilievo considerevole di tale pronuncia quanto alla definizione dell’estensione del controllo giurisdizionale – corrispondente all’esigenza dell’adeguatezza «delle misure ai fatti», che dopo la decisione *Benjamin* non fu mai più rimessa in discussione – essa proponeva esplicitamente una concezione dell’“ordine pubblico” esclusivamente “materiale”: solo la «eventualità di disordini» (*éventualité de troubles*) – che tuttavia non presentava, nel caso particolare, una gravità sufficiente a giustificare una misura così drastica come il divieto – e la necessità di

²⁸ Celebre professore dell’Università di Tolosa (1856-1929), Maurice Hauriou è il fondatore della *École de la puissance publique*, che giustificava l’applicazione del diritto amministrativo (derogatorio al diritto comune) con la presenza della forza pubblica. La funzione del mantenimento dell’ordine pubblico riguarda proprio questo tipo di competenze. Nel 1927, in una riedizione del suo *Précis de droit administratif*, egli scriveva, nello stesso spirito, che «l’ordine pubblico, nel senso della polizia, è l’ordine materiale ed esteriore. [...] La polizia [...] non cerca punto di afferrare le cause profonde del male sociale, ma si accontenta di ristabilire l’ordine materiale. [...] In altri termini, essa non persegue l’ordine morale tra le idee».

²⁹ CE, 7 novembre 1924, *Club sportif châlonnais*, in *Rec.*, 863, relativa al divieto di combattimenti di pugilato.

³⁰ CE, 19 maggio 1933, cit.

«mantenere l'ordine» (*maintenir l'ordre*) avrebbero potuto connotare il divieto del Sindaco di Nevers quale provvedimento lecito. Ciò premesso, la decisione *Benjamin* passava dunque ad illustrare i motivi per i quali non era possibile riscontrare tale “concezione materiale” nel caso di specie, notando come essa richiedesse una valutazione del tutto “esterna” al contenuto specifico della conferenza di René Benjamin oggetto del divieto e relativa, dunque, unicamente all'ipotesi che essa avrebbe potuto provocare dei disordini.

Per spiegare meglio quest'ultima affermazione, possiamo provare a ragionare *a contrario*: se nel 1933, anziché quella di ordine “materiale”, fosse stata invocata un'altra concezione, maggiormente estensiva della nozione di “ordine pubblico” – in un'ottica, cioè, più prossima, se pur non identica, a quella delle decisioni *Morsang-sur-Orge* e *Aix-en-Provence* (il caso del “lancio del nano”) –, il *Conseil d'État* avrebbe potuto considerare che la conferenza di René Benjamin portava pregiudizio alla «dignità della persona degli istitutori laici», e ritenere legittimo, per tale motivo, il provvedimento di divieto.

Rifiutando alle autorità di polizia il diritto alla censura morale, invece, il *Conseil d'État* ha continuato, durante tutta la prima metà del XX secolo, a definire l'“ordine pubblico”, in materia di polizia, come estraneo a qualunque accezione esclusivamente moralista.

Questa concezione meramente “materiale” fu, peraltro, “corretta” – pur senza essere abbandonata – con l'introduzione di considerazioni meno schiettamente “materiali”, nella celebre decisione *Société Les films Lutétia*³¹. Contrariamente alle conclusioni del Commissario del Governo Mayras, che difendeva ancora la concezione strettamente materiale dell'ordine pubblico³², il *Conseil d'État* ha riconosciuto ai Sindaci la possibilità «di vietare sul loro territorio la rappresentazione di un film al quale è stato accordato il *visto* ministeriale ma del quale la proiezione è suscettibile di provocare dei serî disordini», nonché la possibilità di procedere ad analogo divieto nel solo caso in cui «a ragione del carattere immorale

³¹ CE, 18 dicembre 1959, *Société Les films Lutétia*, in *Rec.*, 693.

³² Sirey 1960, 94. Secondo Mayras, infatti, l'ordine pubblico non poteva essere che – usiamo le stesse parole contenute nelle sue *Conclusions* – «materiale e esterno, non potendo prevenire l'autorità di polizia i disordini morali senza portare pregiudizio alla libertà di coscienza». Egli, inoltre, riteneva «impossibile ammettere che il solo pregiudizio alla moralità pubblica, vale a dire il turbamento delle coscienze» potesse essere costitutivo, di per sé, di un «motivo che giustificasse il divieto di rappresentazione di un film, se non è appurato che potrebbero risulterne dei disordini morali».

del detto film e delle circostanze locali» la proiezione potesse essere «pregiudizievole dell’ordine pubblico». Nella decisione in esame la condizione generale (disordini materiali) e quella particolare (immoralità intrinseca rinforzata da circostanze locali) erano presentate come *alternative* (essendo tale alternatività espressa dal sintagma «*ou d’être*», “ovvero/oppure d’essere”), e ciò non poteva prestare alcun dubbio sul superamento di una concezione strettamente “materiale” ed “esterna” dell’ordine pubblico, almeno quale requisito *esclusivo* della liceità di provvedimenti di polizia.

La possibilità di censure locali per immoralità era stata dunque accettata da parte del *Conseil d’État*, e ciò ha generato un cospicuo filone giurisprudenziale in materia cinematografica, tutto fondato sull’ammissione o sul rifiuto della immoralità «*localement constatée*» (“localmente constatata”), vale a dire valutata secondo le circostanze locali⁽³⁾.

Il celebre caso del film *Le pullover rouge*³³ (“Il pullover rosso”, ispirato dal celebre e omonimo romanzo di Gilles Perrault del 1978), ha però permesso, fortunatamente, il ritorno ad una concezione più oggettiva dell’“ordine pubblico locale”. Nel 1979, il Sindaco di *Aix-en-Provence* vietava la proiezione del suddetto film, che raccontava la storia di Ranucci, ultimo condannato a morte la cui esecuzione ha avuto luogo in Francia. La misura era motivata «in ragione delle circostanze locali pregiudizievoli dell’ordine pubblico». Adito contro la decisione del tribunale amministrativo di Nizza che aveva annullato il provvedimento municipale, il *Conseil d’État* confermava tale annullamento, dimostrando una certa desuetudine della “immoralità” come componente dei criteri

⁽³⁾ NDT All’avveduto lettore italiano non sfuggirà certo la sorprendente somiglianza terminologica e concettuale tra la decisione del *Conseil d’État* “*Société Les films Lutétia*” ed alcune disposizioni contenute nel Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS) del 1931, adottato durante il periodo fascista e ancora parzialmente in vigore. Più in particolare, nel TULPS si stabiliva (artt. 70 e 74) il divieto di rappresentare spettacoli o di tenere trattenimenti pubblici «che possono *turbare l’ordine pubblico* o che sono *contrari alla morale* o al *buon costume*» (corsivi aggiunti), attribuendosi, inoltre, all’autorità locale di polizia «il potere di sospendere qualunque rappresentazione, *ancorché munita delle prescritte autorizzazioni*, qualora si ritenga che la medesima, “*per locali circostanze*” possa dar luogo a disordini» (P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, III ed., Torino 2011, 432). Deve evidenziarsi come tali norme erano senz’altro state pensate, all’origine, allo scopo di mantenere la “*coesione sociale*” ed evitare la propagazione di contenuti ritenuti moralmente o politicamente sconvenienti. Si vedrà più avanti (v. *infra*, § V, A) come il concetto di “coesione sociale” sembra aver ispirato il giudice amministrativo francese nella decisione sul caso Dieudonné.

³³ CE 26 luglio 1985, *Ville d’Aix-en-Provence*, in *Rec.*, 236.

di apprezzamento dell'ordine pubblico. In effetti, mentre il Commissario del Governo aveva scartato i rischi di disordini "materiali" legati alla proiezione del film, adottando il suo provvedimento sulla base della sola immoralità del film³⁴, il Consiglio aveva invece precisato che l'immoralità, da sola, non poteva essere fondamento di un divieto, essendo necessario, a tal fine, anche il rischio di turbamenti dell'ordine pubblico³⁵. Questo rifiuto (forse provvisorio, vista la mutabilità nel tempo del concetto di "ordine pubblico") di tenere conto della sola immoralità quale astrazione del rischio di disordini locali, sembrò, a lungo, costituire una giurisprudenza ormai consolidata.

Così, nel solco di tale filone, il tribunale amministrativo di Versailles³⁶, nella decisione di prima istanza (anno 1992) riguardante il caso del Comune di *Morsang-sur-Orge* (l'*affaire* del "lancio del nano"), confermava il consolidamento di detto indirizzo giurisprudenziale annullando il provvedimento municipale che vietava gli spettacoli del nano sulla motivazione che «la circostanza che alcune personalità abbiano espresso pubblicamente la loro disapprovazione relativamente all'organizzazione di tale spettacolo non può essere di natura tale da lasciar presagire la sopravvenienza di turbamenti dell'ordine pubblico». Secondo il tribunale amministrativo, dunque, la carenza di rischi "materiali", «anche a voler supporre che il detto spettacolo abbia portato pregiudizio alla dignità umana», rendeva, «in assenza di circostanze locali particolari», del tutto illegittimo il provvedimento municipale.

In virtù del consolidamento operato da quest'ultima decisione, si poteva dunque supporre che l'approccio prioritariamente e forse, di nuovo, esclusivamente materiale dell'"ordine pubblico", operato dal *Conseil d'État* nel 1985 per il caso del film *Le pullover rouge*, costituisse quasi un *revirement*, un definitivo superamento della formulazione "alternativa" che invece caratterizzava la decisione su caso *Lutétia*³⁷ cui si è poc'anzi fatto accenno.

³⁴ «Il film "*Le pullover rouge*" è immorale e tende a rimettere in causa l'autorità del giudicato nonché a portare pregiudizio ad una istituzione fondamentale della società francese», Conclusioni di B. GENEVOIS, in *RFDA*, 1986, 439.

³⁵ «[Considerando] che non risulta dai documenti del fascicolo che questa proiezione, quale che fosse il carattere del film, sia stata di natura tale a portare turbamento al buon ordine o alla tranquillità pubblica nella città».

³⁶ TA Versailles, 25 febbraio 1992, *Société Fun Production*.

³⁷ Nello stesso senso, in materia cinematografica, un giudizio del Tribunale amministrativo di Bordeaux (TA Bordeaux 13 dicembre 1990, *United International Picatres/Commune d'Arcachon*, PA 11/12/91, 16, con nota di PACTEAU) annullava un provvedimento di divieto, adottato dal Sindaco di Arcachon, per la proiezione del film *The Last*

La decisione del 1995 del *Conseil d'État* sul caso del “lancio del nano”, della quale ci accingiamo a parlare, rimette, invece, tutto in discussione e, da questo punto di vista, segna una vera propria svolta, in quanto potrebbe apparire come una immissione dell’“ordine morale” nella composizione dell’“ordine pubblico”.

III. *L'ordine pubblico può essere morale? Il rispetto della dignità umana, componente intrinseca dell'ordine pubblico*

Prima di esaminare più da vicino il caso del “lancio del nano”, è necessario, tuttavia, richiamare, sia pur sinteticamente, i fatti da cui scaturì la storica decisione del *Conseil d'État*. A tal scopo, dobbiamo preliminarmente ricordare che, ai sensi degli articoli L 131-1 e L 131-2 del codice dei Comuni³⁸, i Sindaci dei Comuni di *Morsang-sur-Orge* e di *Aix-en-Provence* avevano vietato, con provvedimenti, rispettivamente, del 25 ottobre 1991 e del 23 gennaio 1992, l'organizzazione dei concorsi di “lancio del nano”, che la società *Fun Production* aveva indetto nelle discoteche situate sui territori dei due Comuni. Emanati in virtù dei poteri di polizia generale dei Sindaci, i provvedimenti in causa erano formalmente motivati sulla base del possibile turbamento dell'ordine pubblico, in particolar modo in relazione alla *sûreté* nonché, in via eventuale, alla *sécurité*, ma, in realtà, censuravano ciò che essi consideravano come un pregiudizio alla moralità, dato dal fatto che lo spettacolo avrebbe potuto portare pregiudizio alla dignità della persona umana.

I tribunali amministrativi di Versailles e di Marsiglia annullavano i provvedimenti municipali con *motivazioni diverse*: il primo, come già accennato, per carenza di circostanze locali particolari che avrebbero potuto giustificare un tale divieto³⁹; il secondo per non aver riscontrato alcun pregiudizio alla dignità della persona umana⁴⁰.

Temptation of Christ (*L'ultima tentazione di Cristo*, 1988), per il motivo che tale proiezione non era «di natura tale da provocare dei disordini *materiali* serî», e solo successivamente mettendo in rilievo – significativamente preceduti da un «inoltre» e da un «peraltro» – la «mancanza di circostanze locali» e l'«assenza di un pregiudizio grave alle coscienze».

³⁸ Ora trasposti negli artt. L 2212-1 e 2 del CGCT.

³⁹ TA Versailles 25 febbraio 1992 *Société Fun Production*. Il Tribunale Amministrativo di Versailles, in particolare, si è fondato sul fatto che, pure a voler supporre che lo spettacolo avrebbe portato pregiudizio alla persona umana, esso non avrebbe potuto essere oggetto di un divieto in assenza di circostanze locali particolari.

⁴⁰ TA Marsiglia 8 ottobre 1992, *Société Fun Production*. Per la precisione, il Tribunale

Smentendo i due giudici di primo grado con *motivazioni rigorosamente identiche*, la *Assemblée du contentieux* (la sezione contenziosa del *Conseil d'État*) annullava le due pronunce, con un "*Considérant de principe*" ("*Considerato in diritto*") *apparentemente* innovativo, nel quale si stimava che il lancio del nano costituiva una attrazione o uno spettacolo che «per il suo stesso oggetto [...] attenta alla dignità umana; che l'autorità investita del potere di polizia municipale poteva dunque vietarlo anche in assenza di circostanze locali particolari e pure malgrado il fatto fossero state adottate delle misure di protezione per assicurare l'incolumità della persona in causa [il nano] e che quest'ultima si fosse liberamente prestata a questa esibizione contro remunerazione».

Così queste due decisioni del *Conseil d'État*⁴¹ – "*Commune de Morsang-sur-Orge*" e "*Ville d'Aix-en-Provence*" – sul "lancio del nano", vietato dai Sindaci di *Morsang-sur-Orge* e *Aix-en-Provence*, sembravano rimettere in causa la definizione di "ordine pubblico" che era stata stabilita dalla decisione "*Benjamin*" del 1933 (v. *supra*, § II), con la quale si riteneva legittimo il divieto di attività suscettibili di turbare l'ordine pubblico emanato in virtù dei poteri di polizia solo a condizione che il "disordine morale" potesse avere come conseguenza un "disordine materiale".

A ben vedere, però, le due pronunce del 1995 erano solo apparentemente innovative, poiché in realtà l'abbondono di una concezione strettamente materiale dell'ordine pubblico si era già avviata negli anni precedenti⁴². Stimando che «il rispetto della dignità e della persona umana

ha assunto la sua decisione sulla base del fatto che l'attrazione contestata non portava pregiudizio alla dignità della persona umana, così come non metteva in causa né la sicurezza né la morale pubblica.

⁴¹ CE *Ass.*, 27 ottobre 1995, in *RDP*, n. 96, 536, con nota di M. GROS, cit.

⁴² Perché le due decisioni in esame si potessero considerare davvero "rivoluzionarie", infatti, esse avrebbero dovuto essere le prime a "rompere" con la concezione materiale di ordine pubblico individuata ai tempi della decisione "*Benjamin*", mentre in realtà a noi pare che la concezione strettamente materiale ed esteriore dell'ordine pubblico fosse stata già da molto tempo rimessa in causa, quantomeno con riferimento alla decisione *Lutétia* del 1959. A ben vedere, anzi, esse non sono altro che una conferma – sia pure, in qualche misura, "solenne" – dell'integrazione, già praticata in giurisprudenza, della moralità nell'esercizio del potere di polizia municipale. Possiamo ricordare, a tal riguardo, numerose decisioni precedenti, alcune delle quali già citate in precedenza (CE, 26/7/87, *Michel et Francis Guyot*, in *AJDA* 87, 689; CE, 12/3/86, *Préfet de Police de Paris / Metzler*, in *DA* 86, n. 226; CE, 14/5/82, *Association internationale pour la conscience de Krishna*, R. 179; CE, *Ord.* 5 gennaio 2007, *Ministre de l'Intérieur c/ Association Solidarité des Français*, n. 300311). Ma quella che forse più di tutte merita d'essere ricordata è una

è una delle componenti dell'ordine pubblico» (corsivo aggiunto) e «che l'autorità investita del potere di polizia municipale può, anche in assenza di circostanze locali particolari, vietare un'attrazione che attenta alla dignità della persona umana» il *Conseil d'État*, a dire il vero, sembra tornare alla concezione della decisione *Lutétia* (v. *supra*, § II), ammettendo che anche in assenza di rischi di disordini “materiali” e di circostanze locali l'ordine pubblico possa essere minacciato e, di conseguenza, tutelato dall'autorità di polizia locale. Dietro l'apparente innovatività delle due pronunce in esame, insomma, torna in realtà a configurarsi il rifiuto esplicito di una stretta concezione materiale dell'ordine pubblico.

In ogni caso, a voler aderire al ragionamento del *Conseil d'État* espresso nella sentenza sul “lancio del nano”, dovrebbe ammettersi, dunque, che la nozione di ordine pubblico permetta di incorporare tra le finalità della polizia anche alcune non espressamente menzionate nei testi normativi. E tuttavia, se si può comprendere che il giudice amministrativo abbia ritenuto che il lancio del nano fosse un'attività di spettacolo che portava pregiudizio alla dignità della persona umana, dobbiamo però chiederci se, di là da questo, cioè dell'interesse stesso dell'attività, non si ponga una reale questione circa la soggettività dell'apprezzamento pretoriano. Possiamo essere certi che l'apprezzamento “sovrano” dei giudici sia rappresentativo dell'ordine sociale?

Va notato, inoltre, che nel testo dell'articolo L 131-2 del Codice dei Comuni non vi è alcun riferimento esplicito al rispetto della dignità della persona umana. Il termine «*composante*» (componente/i), inequivocabile, utilizzato dal *Conseil d'État* («il rispetto della dignità e della persona umana è una delle componenti dell'ordine pubblico»), associato al riferimento espresso all'articolo L 131-2 del Codice dei Comuni, porta dunque il lettore ad interrogarsi sulla questione di sapere a quale componente precisa, anche se implicitamente, debba riferirsi il «rispetto della dignità della persona umana»⁽⁴⁾. Ricordiamo che le finalità della polizia

decisione del 1993 (*Conseil d'État* 28 luglio 1993, *Association laissez les vivre – SOS futures mères*, n. 107990) – che parrebbe essere una vera e propria “precursoria” della giurisprudenza sul “lancio del nano” – nella quale si affermava (a proposito del divieto imposto dal Sindaco di Mériel di apporre placchette commemorative recanti la scritta “ai tre milioni di bambini uccisi dall'aborto” sul monumento pubblico cittadino ai caduti) che «appartiene al Sindaco, nell'esercizio dei suoi poteri di polizia, anche in assenza di minacce di disturbi all'ordine pubblico, vietare...».

⁽⁴⁾ NDT Il *Conseil d'État*, infatti, ha assunto le sue decisioni sul caso in esame invocando, per l'appunto, l'art. L 131-2, non già l'applicazione diretta delle norme costituzionali francesi (le quali, senz'altro, prevedono il rispetto della dignità umana). È per tale ra-

sono individuabili nella “triade” «*Sûreté, Sécurité, Salubrité*», alla quale si è poi aggiunto il «*bon ordre*».

Ebbene, potremo scartare senza difficoltà la nozione di «*salubrité pu-*

gione, dunque, che, nell’analizzare queste decisioni, bisogna ricercare il fondamento normativo con riferimento al testo dell’art. L 131-2, mentre non sarebbe corretto limitarsi ad affermare che il Consiglio abbia ritenuto i divieti dello spettacolo del ‘lancio del nano’ validi sol perché la Costituzione francese prevede il rispetto della dignità umana. A tal riguardo va precisato, peraltro, che, se il *Conseil d’État* avesse voluto invocare una sorta di applicazione diretta delle norme costituzionali, lo avrebbe potuto fare solo a costo di una forzatura, posto che i divieti impugnati erano stati adottati proprio in virtù dell’art. L. 131-2, tanto più che ai tempi, in assenza di un controllo di costituzionalità *a posteriori*, si riteneva vigente, sulla base di un riconosciuto principio generale dell’ordinamento, la c.d. “regola della *loi écrain*” (“regola della legge-schermo”), secondo la quale un provvedimento amministrativo era da ritenersi legittimo se emanato in osservanza delle norme di legge, non rivestendo particolare rilievo, se non ai fini dell’individuazione di una eventuale interpretazione conforme, il fatto che la legge fosse ritenuta dal giudice amministrativo conforme o meno alla Costituzione (v. M. GROS, *Il principio di precauzione*, in *DeS*, n. 4/2014). Forse si potrebbe ritenere, allora, che le decisioni in esame promanino da una sorta d’interpretazione conforme dell’art. L. 131-2 del Codice dei Comuni, il che però non renderebbe meno problematica la questione. Sulla base di cosa, infatti, il giudice amministrativo francese (culturalmente vicinissimo al potere esecutivo, v. *infra*, § V, B), avrebbe deciso, in totale autonomia, che cosa possa considerarsi contrario o meno alla dignità umana? E sulla base di cosa avrebbe ritenuto la dignità umana prevalente su di altri diritti e libertà, pure rientranti nel “blocco di costituzionalità” francese, quali, ad esempio, la libertà di espressione, il diritto al lavoro e la libertà di industria e di commercio? Se in Italia una tale tesi è stata autorevolmente sostenuta, ad esempio, da Gaetano Silvestri, il quale ritiene che la dignità umana non possa essere bilanciata poiché è «essa stessa la bilancia» (v. *La dignità umana dentro le mura del carcere, su dirittopenitenziarioecostituzione.it*), il *Conseil d’État* non ha detto niente del genere, e soprattutto non ha spiegato in virtù di cosa la dignità umana rientrerebbe nel concetto di ordine pubblico che sta a base dell’art. L 131-2 e, dunque, della decisione stessa. Resta, insomma, controverso *se ed in quale misura* il giudice amministrativo francese (che non è l’organo di giustizia costituzionale, bensì un organo dell’amministrazione), nel voler dare una interpretazione costituzionalmente conforme della legge, possa far prevalere un valore od un principio costituzionale (ad es. la dignità umana) su di un altro (ad es. la libertà di espressione), ed in ogni caso un tale bilanciamento dovrebbe essere particolarmente motivato, cosa che, invece, nel caso del “lancio del nano” non avviene: il *Conseil d’État* si limita a rilevare la lesione della dignità umana, sull’assunto implicito che solo essa potrebbe integrare la nozione (legislativa) di “ordine pubblico”. Né si potrebbe sostenere che il Consiglio abbia voluto integrare l’art. 131-2 aggiungendo un nuovo elemento rispetto agli altri pre-esistenti (buon ordine, tranquillità, incolumità, salubrità), poiché in tal caso non si tratterebbe più di interpretazione conforme, bensì di un intervento manipolativo additivo sulla legge, ciò che è sicuramente vietato al giudice amministrativo. Insomma, anche a voler condividere le conclusioni cui è pervenuto il giudice amministrativo francese – vale a dire che il lancio del nano dovesse essere vietato – le decisioni in esame non possono non suscitare qualche perplessità quantomeno in merito alle motivazioni addotte dal *Conseil d’État*.

blique», salvo a voler ammettere una concezione della “salubrità” quale “salubrità morale”, quale, cioè, “igiene morale”, che odorebbe però di censura del buono e del cattivo gusto e, per ciò, sarebbe oggi difficilmente accettabile.

Sarebbe parimenti vana l’invocazione della «*sécurité publique*», dal momento che lo stesso *Conseil d’État* l’ha espressamente scartata riconoscendo, come poc’anzi ricordato, che erano state adottate tutte le misure di sicurezza necessarie a garantire l’incolumità del nano⁴³.

Quanto, infine, alla «*sûreté publique*», nel senso ricordato della “tranquillità”, risulta evidente come essa non fosse minimamente minacciata dallo spettacolo in questione, non essendoci alcun rischio di tumulti o altri turbamenti materiali dell’ordine pubblico⁴⁴.

A meno che non si voglia ammettere, dunque, che il “rispetto della dignità umana” non sia un nuovo ed ulteriore componente dell’ordine pubblico, aggiunto dal giudice amministrativo a quelli già previsti dalla legge – ciò che però esporrebbe il *Conseil d’État* alla critica di aver manipolato in senso additivo il testo dell’art. L. 131-2 del Codice dei Comuni, sotto il pretesto di una falsa interpretazione conforme –, non resta che individuare nel «*bon ordre*» (buon ordine) la “valvola d’ingresso” che ha permesso di incorporare una finalità di polizia non espressamente sancita dal testo normativo.

Possiamo, dunque, legittimamente pensare che il *Conseil d’État* abbia ritenuto che il lancio del nano portasse pregiudizio alla dignità della persona umana a titolo di “buon ordine”, inteso quale elemento costitutivo dell’ordine pubblico.

Il giurista, certo, si guarderà bene dal criticare il passaggio in cui il *Conseil* ha argomentato che «l’attrazione del lancio del nano, consistendo nel far lanciare un nano dagli spettatori, conduce a utilizzare come proiettile una persona affetta da un *handicap* fisico e presentata come tale» e che, dunque, «per il suo stesso oggetto, questo spettacolo attenta alla dignità umana». Ci si limiterà, allora, a constatare che tale apprezzamento, ed il divieto cui esso riconosce legittimità, premono sulla libertà di commercio e, in un certo qual modo, sul diritto al lavoro, poi-

⁴³ Avendo già riportato la traduzione italiana del passaggio, possiamo qui richiamare l’originale francese tratto dalla decisione: «*alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause*».

⁴⁴ Lo stesso Tribunale amministrativo di Versailles (decisione del 25 febbraio 1992, già citata) aveva ritenuto che «l’organizzazione di un tale spettacolo non poteva essere di natura tale da lasciar presagire la sopravvenienza di turbamenti dell’ordine pubblico».

ché il nano interessato evocava il suo *status* di disoccupato ed il fatto che egli avesse trovato, grazie agli spettacoli contestati, un'attività professionale per la quale si era, per altro, proposto lui stesso⁴⁵. Seguendo le indicazioni del Commissario del Governo – il quale stimava che «[poiché] il rispetto della dignità umana [...] non potrebbe essere “accomodato” sulla base di concessioni riconosciute in virtù dell'apprezzamento soggettivo che ciascuno può portare al proprio caso», era da ritenersi che la dignità umana dovesse «collocarsi fuori commercio» (cioè non fosse sacrificabile per esigenze legate al commercio)⁴⁶ – il *Conseil d'État* ha fatto prevalere – in modo, da un certo punto di vista, logico, dal momento che si ammette il rispetto della dignità umana come componente dell'ordine pubblico – il potere di polizia sulle libertà del lavoro e del commercio⁴⁷.

Possiamo riscontrare, qui, una importante evoluzione delle finalità delle misure di polizia generale: esse, che originariamente avevano come fondamento solo la protezione degli individui contro gli abusi degli altri, hanno potuto, con il tempo, divenire strumento di tutela dell'individuo *contro egli stesso*. Contro la sua volontà, dunque, l'individuo si vedrà vietare delle azioni o dei comportamenti che non presentano alcun pericolo se non per sé stesso. Possiamo ricordare, a titolo di esempio, l'obbligo del casco (per le due ruote) o della cintura di sicurezza (per le quattro ruote)⁴⁸, provvedimenti la cui legittimità è stata riconosciuta dal giudice⁴⁹, in ragione della necessità di ridurre i rischi provocati dagli incidenti stradali⁽⁵⁾. Di là dal dibattito giuridico che può suscitare il ricono-

⁴⁵ Grazie ai suoi spettacoli, in media tre alla settimana, Manuel Wackenheim, nel 1995, percorreva in lungo e in largo la Francia e gli alberghi, accrescendo la sua notorietà nell'attirare la folla di curiosi venuti a vederlo farsi proiettare contro dei materassi, con il suo 1,18 m di altezza e il suo “peso-mosca”. Egli aveva una assistente di camerino, un presentatore. Viveva con la madre di 80 anni, alla frontiera tra l'Alsazia e la Lorena, e beneficiava della RSA (*reddito minimo garantito*), concesso in Francia ai cittadini che si trovino in condizioni di indigenza.

⁴⁶ Conclusioni di Frydman, cit.

⁴⁷ «Considerando che il rispetto del principio della *libertà del lavoro* e quello della *libertà di commercio* e dell'industria non pone ostacolo a ciò, che l'autorità investita del *potere di polizia* municipale vieti un'attività *anche lecita* se una tale misura è, da sola, di natura tale da prevenire o fare cessare un *turbamento dell'ordine pubblico*» (corsivi aggiunti).

⁴⁸ Decreto del 28 giugno 1973.

⁴⁹ CE, 4 giugno 1975, *Bouvet de la Maisonneuve*, in *Bec.*, 330; CE, 22 gennaio 1982, *Association autodéfense*, in *DA*, 82, n. 66.

⁽⁵⁾ NDT Si noti, peraltro, la differenza tra il divieto di guida senza casco o senza cintura e quello del lancio del nano. Se nel primo caso il provvedimento potrebbe essere giustificato sotto il profilo della *sécurité* (sicurezza-incolumità), nel caso del lancio del nano,

scimento della legittimità, da parte della giurisprudenza, di tali misure di polizia – al cui riguardo si potrebbe forse obiettare che l’espressione «tutto ciò che non nuoce agli altri»⁵⁰ non significa necessariamente “tutto ciò che non nuoce alla società” – è evidente che la nozione di ordine pubblico, lontana dall’essere immutabile, evolva con il tempo. Da un punto di vista concreto, se pure il giudice non è sempre l’autore di tale evoluzione (che può avvenire, ad esempio, sul piano della regolamentazione), egli ne è certamente il testimone e l’interprete.

Nel caso di specie, dunque, il rispetto della dignità della persona umana ha per conseguenza di proteggere i nani da loro stessi e dalla tentazione che essi potrebbero avere di utilizzare il loro *handicap* contro la loro propria dignità.

Va detto, tuttavia, che, a prescindere dal caso del lancio del nano, rispetto al quale qualunque essere ragionevole sarà d’accordo sul fatto che lo spettacolo presentasse un interesse e un gusto almeno discutibili, si pone una reale questione circa la soggettività dell’apprezzamento giurisprudenziale. Prendiamo, ad esempio, il “mestiere più antico del mondo”. La prostituzione non è forse più pregiudizievole della dignità umana rispetto al lancio del nano? Per non parlare di altre attività ritenute del tutto lecite dall’ordinamento, quali gli spettacoli di *strip tease*, i combattimenti tra donne nel fango (o in qualunque altro modo), e molte altre attrazioni di questo tipo. Non portano, esse, pregiudizio alla dignità della donna, in particolare, e della persona umana, in generale? Nel caso particolare dei nani, infine, il Circo, il Teatro, il Cinema e, oggi, la Televisione, utilizzano da sempre il loro *handicap*, spesso a fini comici, con la benedizione dei poteri pubblici e per il piacere di grandi e piccini⁽⁶⁾. Vo-

come già è stato ricordato, l’incolumità, in senso fisico (“materiale”), non era posta a rischio – ed è lo stesso *Conseil d’État* ad averlo riconosciuto – né lo era quella dei partecipanti allo spettacolo. La “protezione dell’individuo contro sé stesso” trova qui, dunque, una nuova dimensione che non è più quella della protezione dell’individuo contro i danni che egli stesso potrebbe arrecare alla propria incolumità, ma sembrerebbe piuttosto essere la protezione dell’individuo contro i propri stessi convincimenti morali, non condivisi dall’autorità di polizia e per ciò ritenuti pregiudizievole per l’individuo stesso.

⁵⁰ Art. 4 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* francese del 26 agosto 1789.

⁽⁶⁾ NDT Tra i numerosi esempî che si potrebbero fare di utilizzo cinematografico o televisivo dei nani, ne possiamo richiamare alcuni certo più noti al grande pubblico. Senza fare più che un cenno al film-shock del 1932 *Freaks* (di Tod Browning) – talmente pieno di esseri deformi che, pur senza essere stato vietato, fu la stessa casa produttrice Metro Goldwyn Mayer ad impedirne la distribuzione – ricorderemo allora, primo fra tutti, il “nano” della *red room* di *Twins Peaks*, storica serie televisiva d’inizio anni ’90,

lendo ragionare in modo estremo, non sarebbe del tutto inconcepibile – in un ragionare certamente soggettivo – ritenere che l'ironia fatta *da* un nano nei confronti del suo stesso *handicap*, valorizzi la sua dignità umana e che, al contrario, privarlo di tale possibilità ne costituisca un pregiudizio.

La sanzione inflitta da *Palais Royal* (l'antico Palazzo Reale di Parigi, dove oggi hanno sede il *Conseil d'État*, il *Conseil Constitutionnel* ed il Ministero della Cultura francesi) appare, così, come la messa al bando di una sola attività – certo ridicola, financo indegna – tra le molte legate a spettacoli passati, presenti e futuri che, invero, non conosceranno la sventura di un divieto municipale e l'onore di ben due pronunce del *Conseil d'État*.

Dobbiamo, inoltre, chiederci chi, nell'ambito del “giudizio morale”, possa dirsi sicuro di detenere quello rappresentativo dell'ordine sociale? Quando il Commissario del Governo Frydman concludeva, a proposito del caso in esame, che «non possiamo che essere colpiti dalla somiglianza che intercorre tra un tale spettacolo [il lancio del nano] con i giochi circensi dell'antichità, dei quali conosciamo il ruolo di canalizzazione delle pulsioni sadiche della popolazione», è forse possibile condividere la sua analisi. Allo stesso tempo, però, ci viene da pensare anche a quanto scriveva, nel 1916, Maurice Hauriou. Egli, nella sua analisi del teatro e della vocazione di quest'ultimo al servizio pubblico – analisi, invero, da ritenersi corretta per l'epoca⁵¹, ma completamente smentita solo pochi anni

considerata la capostipite di tutte le serie TV moderne, diretta da David Lynch. Proprio Lynch peraltro, sin dai suoi primi film (ricordiamo, ad esempio, *Elephant Man*), non nasconderà mai un'attrazione quasi morbosa per le deformità umane, non esitando ad utilizzare nei suoi film nani (*Mulholland Drive*) od altri individui affetti da *handicap* (a volte veri, come nel caso del nano, a volte ricreati al trucco). Più recentemente possiamo ricordare, poi, il nano della serie comica di *Scrubs*, Randall Winston, ridicolo nei movimenti ma dotato della capacità di assestare, a coloro che gli stanno antipatici, dei pugni tremendi, non tanto per la loro forza ma per l'altezza alla quale essi sono eseguiti. Infine, non può non farsi menzione, qui, del nano utilizzato nel film *The Wolf of Wall Street*, con Leonardo Di Caprio, dove i protagonisti si divertivano ad intrattenersi con un gioco che ormai tutti conosciamo: proprio il lancio del nano! Di là dagli utilizzi cinematografici, però, merita senz'altro una menzione il grande libro del *Guinness dei Primati*, agghiacciante pubblicazione annuale nella quale vengono esibite le foto di esseri umani deformi “premiati”...per essere i più deformi del loro genere! Questo libro viene tradotto e distribuito in ogni parte del mondo, senza che nessuna autorità abbia mai pensato di vietarlo.

⁵¹ Nota alla decisione del *Conseil d'État* del 7 aprile 1916 *Astruc et société du théâtre des Champs Elysées / ville de Paris* (Sirey 1916, 49, ora anche su www.revuegeneraledu-

più tardi⁵² – riteneva che: «la giurisdizione amministrativa debba condannare quella concezione che ergesse a servizio pubblico, come nel periodo della decadenza romana, i giochi circensi. [...] La sua giurisprudenza sui teatri deve riposare su questa idea, che l'impresa dello spettacolo, il cui svolgimento racchiuda così tanti elementi contrari alla moralità, ripugni di per sé stessa al servizio pubblico».

Davanti alla soggettività dell'apprezzamento in materia morale e, soprattutto, al fatto che l'ordine sociale evolve assai rapidamente, saremo dunque tentati di domandarci se le motivazioni addotte dal Tribunale amministrativo di Versailles, giudice di primo grado nel caso di specie, rifiutando, implicitamente, di valutare la moralità dello spettacolo di cui trattasi⁵³, non fossero, in fondo, più conformi allo spirito del diritto in materia di moralità. Dopo tutto, il cittadino dotato del potere di approvare le leggi tramite *referendum* (art. 11 *Const. Fr.*), non è forse anche capace di giudicare lui stesso – rifiutando, all'occorrenza, di partecipare ai lanci del nano e ad altre attrazioni simili – ciò che è morale e ciò che non lo è? Come tutti i fenomeni alla moda – ma contrari allo “spirito del tempo” – anche il lancio del nano sarebbe presto divenuto *démodé* ed abbandonato dagli spettatori sino a scomparire, senza che il *Conseil d'État* si prendesse il rischio di permettere, con le due decisioni in esame, una sorta di ritorno alla censura morale, *a fortiori* municipale.

Lascia non di meno perplessi il fatto che, oltre alla soggettività inerente alla valutazione dello spettacolo del lancio del nano, il *Conseil* abbia assunto, contrariamente alla sua prassi, una severità notevole – e, per così dire, “moralmente orientata” – in materia di spese processuali. Pur avendo dovuto dirimere un problema di difficile soluzione, il Consiglio ha condannato, a titolo di spese processuali⁵⁴, la sola società *Fun Pro-*

droit.eu), Hauriou continuava il ragionamento con un parallelo, che solo mezzo secolo dopo avrebbe stupito, tra il tabacco e il teatro: «Esaminiamo la questione dell'attività teatrale e del servizio pubblico dal punto di vista del buon costume. [...] Lo Stato ha organizzato il monopolio dei tabacchi, dal quale trae grossi proventi e che, in un certo senso, costituisce una distrazione o un divertimento, ma l'uso del tabacco, pur presentando alcuni inconvenienti, non è molto pericoloso per la salute pubblica, e soprattutto non ha influenza sulla moralità».

⁵² CE 27 luglio 1923, *Gheusi*, D. 1923.3.57, nota di APPLETON.

⁵³ «Anche a voler supporre che il detto spettacolo abbia portato pregiudizio alla dignità umana e abbia rivestito un aspetto degradante, il divieto non poteva essere deciso in assenza di circostanze locali particolari» (25 febbraio 199, *cit.*).

⁵⁴ Sulla base dell'art. 75-1 della legge del 10 luglio 1991 sul *Conseil d'État*, oggi sostituito dall'art. L. 765-1 del *Code de Justice administrative*.

duction a versare, rispettivamente, 15.000 Franchi al Comune di *Aix-en-Provence* e 10.000 Franchi⁵⁵ al Comune di *Morsang-sur-Orge*. Ebbene, dovremo allora constatare che la summenzionata società non era appellante principale, avendo essa vinto in primo grado, e che il Tribunale amministrativo di Versailles aveva deciso di non concedere a nessuna delle parti il beneficio delle spese processuali⁵⁶, mentre il *Conseil d'État* ha esonerato la persona fisica oggetto del litigio da tali spese. Di fatto, quindi, la condanna alle spese, rivolta alla sola società di produzione, incrementa l'impressione che alla base della decisione vi fosse l'esigenza, avvertita dal *Conseil d'État*, di far emergere la propria disapprovazione morale.

Tutto ciò premesso, però, è forse possibile attenuare la portata delle critiche fin qui mosse alle decisioni in esame, sotto due distinti profili.

Prima di tutto, si potrebbe dare alle decisioni una interpretazione restrittiva, secondo la quale esse avrebbero, in realtà, circoscritto la possibilità di intervento della polizia ai soli casi di pregiudizio della *dignità della persona umana*, senza tuttavia ritenere che tale potere si estendesse sino al punto di sanzionare qualunque violazione della *morale*. In effetti, il *Conseil d'État* non usa mai il termine “moralità”, e si può essere dunque portati a pensare che egli abbia voluto limitare il raggio d'azione di questa “nuova componente” dell'ordine pubblico ai soli casi estremi, come quello di specie, del quale chiunque potrà convenire che si collocava molto in basso nella piramide del buon gusto.

In secondo luogo, si può forse ritenere che le due decisioni in esame siano una sorta di «*Jurisprudence Labonne*»⁵⁷ al contrario. Con la decisione *Labonne*, infatti, il *Conseil d'État* aveva sancito che, pur in assenza di una specifica disposizione legislativa, il titolare del potere esecutivo ha il potere di adottare delle misure di polizia generale che devono essere applicate su tutto il territorio, ma che in tal caso le autorità locali – alle quali la legge attribuisce, in linea di principio, il potere di polizia generale – possono integrare, e persino “correggere” *in peius*, le misure del Capo dello Stato, adottando «tutte le prescrizioni regolamentari supplementari che l'interesse pubblico possa esigere nella località».

Nel caso del “lancio del nano”, allora, si potrebbe ritenere che, secondo il *Conseil d'État*, il «vuoto giuridico» – stavolta nazionale – in ma-

⁵⁵ Che oggi corrisponderebbero, rispettivamente, a 2.250 € e 1.500 €.

⁵⁶ Il Tribunale Amministrativo di Marsiglia aveva invece condannato la città d'*Aix-en-Provence* alla somma di 3000 Franchi (circa 500 €) a tale titolo.

⁵⁷ CE, 8 agosto 1919, *Labonne*, in R., 737.

teria di polizia, il quale portasse pregiudizio alla dignità umana, giustificherebbe una estensione dei poteri della polizia municipale.

Ma la decisione *Labonne*, riconoscendo al titolare dell'esecutivo la possibilità di interventi eccezionali in materia di polizia generale, indicava al contempo il limite di tali interventi, statuendo che «è chiaro che le autorità [locali di polizia generale] conservano, ciascuna in ciò che la concerne, la loro competenza per integrare la regolamentazione generale emanata» dall'autorità eccezionale. Qual è, invece, il limite dell'estensione dei poteri di polizia in materia di dignità umana? Sembra, allora, di tutta evidenza che la fissazione dei criteri di protezione della dignità umana sarà riservata, nel futuro, allo stesso *Conseil d'État*, malgrado meriterebbe senz'altro l'intervento del legislatore.

Per tutte le ragioni fin qui evidenziate, le due decisioni *Morsang-sur-Orge* e *Aix-en-Provence*, lungi dall'essere delle innovative “decisioni di principio”, sono niente più che delle “decisioni di sintesi”.

Esse, infatti, non costituiranno altro, se non una tappa nel graduale processo di *de-materializzazione* – o di “astrazione”, se si preferisce – del concetto di “ordine pubblico”.

IV. *L'ordine pubblico può essere politico: la «dilatazione dell'ordine pubblico»⁵⁸*

Contrariamente alle apparenze e malgrado la solennità formale di una doppia pronuncia del Consiglio, era dunque possibile dubitare, già all'epoca, del carattere innovativo delle due decisioni in causa. In effetti, ad una più attenta analisi, le due decisioni non facevano che confermare l'abbandono di una stretta concezione materiale dell'ordine pubblico e, a voler accedere all'interpretazione da ultimo considerata, riconoscevano l'inopportunità di una valutazione locale della moralità pubblica, ma non dell'ordine pubblico. E tuttavia, nell'affermare ciò, accettavano pure, come abbiamo visto, che la valutazione circa l'ordine pubblico fosse di tipo assai esteso, venendo integrata tale nozione dall'importante elemento – pur se puntualmente circoscritto – del rispetto della dignità umana⁵⁹.

⁵⁸ L'espressione «la dilatazione dell'ordine pubblico» è di J. PETIT, *Les ordonnances Dieudonné. Séparer le bon grain de l'ivraie*, in *AJDA*, 2014, 871.

⁵⁹ Nella stessa logica il *Conseil d'État* aveva statuito la liceità di un provvedimento del Prefetto di polizia di Parigi che vietava una manifestazione organizzata da una asso-

Quasi vent'anni più tardi, in occasione di quello che è stato chiamato l'*affaire Dieudonné*, il *Conseil d'État* sembra estendere ulteriormente l'elemento astratto e soggettivo della dignità umana nella definizione giurisprudenziale di ordine pubblico.

A differenza del caso del “lancio del nano”, dove era il trattamento fisico degradante, secondo il *Conseil d'État*, a costituire attentato alla dignità della persona umana, nel caso Dieudonné si trattava invece dei propositi assunti dal comico nel corso del suo spettacolo intitolato «*le mur*» (“il muro”), inizialmente presentato a Parigi, poi in altre città della Francia. Infatti l'*humor* dell'interessato volgeva essenzialmente su di un'ironia a connotazione razzista, in generale, ed antisemita, in particolare. Questo spettacolo provocò un tale subbuglio mediatico che il Ministro dell'interno francese (Manuel Valls, oggi Primo Ministro) arrivò ad emanare una circolare⁶⁰, rivolta ai Prefetti, nella quale si ricordava la possibilità che il Sindaco (o lo stesso Prefetto, in sostituzione) potessero, nell'esercizio dei poteri di polizia, vietare uno spettacolo come quello di Dieudonné, lasciando così intendere che, nel caso di specie, si ritenevano già sussistenti le condizioni affinché un tale intervento fosse legittimo⁶¹.

In occasione di uno spettacolo programmato il 7 gennaio 2014 a *Saint-Herblain*, il Prefetto della Loira-Atlantica vietava l'esibizione di Dieudonné in virtù del suo potere sostitutivo, legittimato dall'assenza di misure di polizia generale assunte dal Sindaco. Il giudice amministrativo di Nantes, adito per una sospensiva d'urgenza (tramite una procedura particolare chiamata, nel diritto francese, *référé-liberté*⁶²), considerava, con decisione del 9 gennaio 2014⁶³, che pure a voler ammettere, come aveva fatto il *Conseil d'État* in occasione del caso del “lancio del nano”, che «il rispetto della dignità umana è una delle componenti dell'ordine

ciazione d'obbedienza nazionalista nella quale sarebbe stata distribuita zuppa di maiale, ritenuta «susceptibile di ledere alla dignità delle persone private degli aiuti proposti e di causare così dei turbamenti all'ordine pubblico» (CE, 5 gennaio 2007, *Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c. Asso. SDF*, n. 300311). Il caso della zuppa di maiale è rivelatore: il *Conseil d'État* si riferisce al fondamento ed al fine della manifestazione ed alle motivazioni rese note al pubblico tramite il sito internet dell'associazione.

⁶⁰ Circolare del 6 gennaio 2014 (NOR:INT K1400238C).

⁶¹ Prima di questo caso, 12 decisioni del Tribunale Amministrativo, tra cui 10 ordinanze, avevano sospeso o annullato dei provvedimenti di divieto degli spettacoli di Dieudonné.

⁶² Articolo L 521-2 del Codice di giustizia amministrativa francese.

⁶³ TA Nantes, 9 gennaio 2014, *Société les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, req. 1400110.

pubblico [...], il motivo addotto dell’attentato alla dignità della persona umana, nel caso di specie, non permetteva di emanare legittimamente il provvedimento di divieto impugnato». A causa della sproporzione tra la necessità del provvedimento di divieto dato dal rischio di turbamenti dell’ordine pubblico e i mezzi di cui disponeva il prefetto, il Tribunale di Nantes considerava, dunque, che il pregiudizio alla libertà di espressione fosse eccessivo e sufficientemente grave da giustificare la sospensione del divieto. Questa posizione del giudice adito in prima istanza era data da una combinazione, a suo modo coerente, tra l’esigenza di evitare rischi di turbamenti dell’ordine pubblico, quella di prendere in considerazione la dignità umana, tale quale essa era definita nella sentenza del *Conseil d’État* “Morsang-sur-Orge” (v. *supra*, § III), e, infine, quella di conciliare tutto ciò con la libertà di espressione garantita dalla Costituzione.

Il Ministero dell’Interno impugnò la decisione del tribunale di Nantes dinnanzi al *Conseil d’État* e quest’ultimo, con una celerità eccezionale, *lo stesso giorno*, alle ore 18.40 (!), invalidava la pronuncia del giudice di Nantes, con la conseguenza pratica di impedire lo svolgimento dello spettacolo in programma.

Il *Conseil d’État* motivava la sua decisione⁶⁴ principalmente sull’assunto che lo spettacolo in questione «contiene dei propositi di carattere antisemita, che incitano all’odio razziale e, nel ripudio della dignità della persona umana, fanno apologia delle discriminazioni, delle persecuzioni e degli sterminî perpetrati nel corso della Seconda Guerra mondiale». Veniva inoltre rilevata la circostanza che il prefetto, nel motivare la sua ordinanza, avesse opportunamente indicato che «il signor Dieudonné M’Bala M’Bala era stato oggetto di nove condanne penali, di cui sette definitive, per dei propositi della stessa natura».

Ciò premesso, però, il *Conseil d’État* “colorava” la sua decisione con un po’ di “materialità”, «considerando che *il reale rischio e la gravità di possibili turbamenti dell’ordine pubblico* menzionati dal provvedimento impugnato *risultano dimostrati tanto dai documenti del fascicolo quanto dagli interventi tenutisi in occasione dell’udienza pubblica*» e «*che al riguardo dello spettacolo previsto, tale quale è stato annunciato e programmato*, le rassicurazioni addotte [-] secondo le quali i propositi penalmente repressibili e di natura tale da mettere in causa la coesione nazionale, rilevati in occasione delle rappresentazioni tenute a Parigi, non

⁶⁴ CE, 9 gennaio 2014, *Ministre de l’Intérieur / Les productions de la plume et M. Dieudonné M’Bala M’Bala*, req. 374508.

sarebbero stati ripetuti a Nantes [-] *non sono sufficienti per scartare l'ipotesi* che lo spettacolo costituisca il serio rischio che siano nuovamente perpetrati dei gravi attentati al rispetto dei valori e dei principî, e in particolar modo della dignità della persona umana, consacrati dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e dalla [Costituzione] repubblicana» (corsivi aggiunti).

Questa decisione potrebbe non convincere l'osservatore oggettivo: c'erano veramente dei reali rischi di disordini materiali? Possiamo dubitarne. Erano già 6 mesi che lo spettacolo si teneva a Parigi, senza che alcun disordine si fosse manifestato⁶⁵. Possiamo allora capovolgere il ragionamento: non è forse l'iper-diffusione mediatica, data dagli organi d'informazione e dai politici, che sarebbe stata all'origine dei rischi di disordini? In altri termini: se il Ministro dell'Interno (in corsa per divenire futuro Primo Ministro) non avesse fatto di questo caso il suo cavallo di battaglia, ciò che ha dato una rilevanza mediatica all'episodio, questo spettacolo avrebbe potuto realmente essere la causa di seri turbamenti dell'ordine pubblico?

In ogni caso, all'indomani della decisione del *Conseil d'État* (9 gennaio) appena richiamata, analoga situazione venne a crearsi relativamente alle rappresentazioni dello stesso spettacolo a *Tours* (10 gennaio) ed a *Orléans* (11 gennaio). Questa volta il Tribunale amministrativo d'Orléans si allinea, con due pronunce, a quanto stabilito appena poche ore prima dal *Conseil d'État*⁶⁶. Quest'ultimo, adito in appello, ribadiva (11 gennaio) la sua posizione ma, correggendo un po' il tiro, rielaborava le proprie motivazioni in un'ottica più prudente.

Vero è che nelle due nuove decisioni si poteva leggere, in maniera del tutto analoga alla precedente pronuncia, che: «il *juge des référés* di primo grado ha potuto stimare, a buon diritto, che, in relazione allo spettacolo previsto, tale quale è stato annunciato e programmato, le rassicurazioni secondo le quali i propositi penalmente repressibili, di natura tale da portare grave pregiudizio a valori ed a principî quali la dignità della persona umana e da provocare l'odio e la discriminazione razziale, rilevati in occasione delle rappresentazioni tenute a Parigi, non sarebbero state riproposte a *Tours*, non sono sufficienti per scartare l'ipotesi del serio rischio che lo spettacolo previsto costituisca di per sé una minaccia di na-

⁶⁵ Senza considerare il fatto che le associazioni israelite avevano deciso ed annunciato che non avrebbero fatti interventi "sul campo" per non cedere alla provocazione.

⁶⁶ TA Orléans, 10 e 11 gennaio 2014, *req.* 1400043 e 1400080.

tura tale da turbare l'ordine pubblico»⁶⁷. E tuttavia, nel leggere il resto delle decisioni, potremo rilevare due elementi di parziale discontinuità con la prima pronuncia. In primo luogo l'allusione alle nove condanne penali, che pure era stata riproposta del Sindaco di Orléans, non viene più usata dal *Conseil d'État* quale fatto a base della motivazione. D'altronde era legittimo domandarsi, con riferimento alla decisione del 9 gennaio, quale rapporto mai potessero avere le nove condanne con il divieto preventivo di uno spettacolo. In secondo luogo, ci pare che la formulazione relativa ai rischi di turbamento dell'ordine pubblico risulti, nelle decisioni dell'11 gennaio, temperata in una logica volta a valorizzare il carattere solo “eventuale” dei possibili disordini. Se nella prima decisione, infatti, il *Conseil d'État* aveva ritenuto, come ricordato, che i rischi di turbamento fossero dimostrati, «stabiliti» («*établis*»), ora esso si accontenta di considerare l'ipotesi di disordini come difficile da «scartare» («*écarter*»).

Ciò non toglie che il *Conseil d'État* abbia confermato i provvedimenti di polizia, con queste tre pronunce molto commentate e molto criticate, sul fondamento più o meno implicito di una circolare del Ministro dell'Interno, che costituisce un gravissimo attentato alla libertà di espressione, ammettendo che dei meri propositi (e non dei trattamenti fisici degradanti, come nel caso del “lancio del nano”) possano portare pregiudizio alla dignità della persona umana, in assenza di reali rischi materiali. Il fatto che lo spettacolo in questione sia più che criticabile, tanto nei principi enunciati quanto nei suoi contenuti e nella sua forma, e che la *questionelle* sia degenerata, non è sufficiente a giustificare, a nostro avviso, una tale limitazione (divieto) di una libertà costituzionale così essenziale quale la libertà di espressione⁽⁷⁾. Questa estensione, qualificata opportunamente come «dilatazione dell'ordine pubblico generale»⁶⁸, non è

⁶⁷ CE, 11 gennaio 2014, *Société les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, req. 374528 e 374552. Analoga formulazione è stata usata per la decisione relativa allo spettacolo di Orléans.

⁽⁷⁾ NDT Va fatta menzione, peraltro, di un fatto di qualche rilievo dal punto di vista processuale. Dieudonné e la sua società di produzione avevano proposto al *Conseil d'État* eccezione di costituzionalità (QPC), nel tentativo di vincere il ricorso facendo leva sulla libertà di espressione. Tuttavia il *Conseil d'État* ha respinto l'eccezione, rilevando come «la questione prioritaria di costituzionalità eccepita [...] è rivolta non già contro una disposizione di legge, bensì contro una decisione del *Conseil d'État* [...]», e concludendo, quindi, che la questione di costituzionalità «è, di conseguenza, irricevibile».

⁶⁸ L'espressione, come già ricordato, è di J. PETIT, *Les ordonnances*, cit.

esente dal pericolo di una soggettivazione dell'ordine pubblico ai voleri del potere di pressione dei gruppi ostili a questo o a quell'artista.

In effetti, nell'assetto della società francese, i poteri di polizia generale conoscono senz'altro dei limiti. Un Sindaco, per esempio, non può utilizzare i suoi poteri di polizia generale per vietare la coltivazione di piante geneticamente modificate⁶⁹, o per tagliare l'elettricità⁷⁰ o l'acqua corrente⁷¹.

Per questo motivo le decisioni sul caso Dieudonné sono state oggetto di violente critiche, certamente in ambito politico, ma anche, e soprattutto, tra i giuristi. Ad alcuni è venuto naturale, ovviamente, citare le parole di Victor Hugo, secondo il quale «la censura ha sempre torto»⁷². Anche gli accademici di sinistra hanno contestato tale decisione, ritenendo che essa lasciasse «una profonda amarezza, [...] un gusto di censura in ragione della lesione parziale portata alla concezione dello Stato di diritto da parte del *Conseil d'État*»⁷³.

Per far fronte alle critiche, il *Conseil d'État* si è espresso per via del suo vice-presidente Jean Marc Sauvé⁷⁴, che ha posto l'accento sul fatto che il «*dossier*» del caso in esame presentasse una portata del tutto nuova⁷⁵. «Il *Conseil d'État*», ha infatti affermato il Sauvé, «non si era mai confrontato con dei *dossiers* le cui caratteristiche fossero analoghe a quelle dello spettacolo che ha giustificato le misure di divieto. / In particolare, è la prima volta che si pone la questione di sapere come prevenire delle provocazioni ripetute all'odio ed alla discriminazione razziale e dei propositi lesivi della dignità umana». Il Vice-presidente ha dunque rite-

⁶⁹ TA Tolosa, 18 gennaio 2005, *Préfet Haute-Garonne c/ Commune de Bax*, DA 2005, 72.

⁷⁰ TA Cergy-Pontoise, 2 novembre 2004, *Préfet Seine-Saint-Denis c/ Commune Pierrefitte-sur-Seine*, n. 0407809.

⁷¹ Cfr. S. BRACONNIER, *Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau. Une réponse juridique inadaptée à un problème social réel*, in *AJDA*, 2005, 644.

⁷² La citazione completa è: «Il fischio può avere torto o ragione. La censura ha sempre torto» (*Projet de préface pour le "Théâtre en Liberté"*), ripreso da B. SEILLER, Professore all'Università "Paris II" Panthéon-Assas, in *AJDA*, 2014, 129).

⁷³ Così J. LANG, *La décision du Conseil d'État est une profonde régression*, su *Le Monde*, 13 gennaio 2014, a proposito dell'*affaire Dieudonné*. Jack Lang, prima di essere Ministro della Cultura sotto la presidenza Mitterrand, fu Professore di Diritto Pubblico, dapprima a Nancy e poi a Paris 10.

⁷⁴ Va ricordato, a tal riguardo, che in Francia il Vice-presidente è, in realtà, il "presidente di fatto", mentre il Primo Ministro ricopre il ruolo di Presidente solo a titolo onorifico.

⁷⁵ *Le Monde*, 11 gennaio 2014.

nuto che, «in questo caso, [il *Conseil d'État*] ha assunto una posizione di continuità con la sua giurisprudenza, che è protettrice delle libertà ma che ha anche integrato la dignità umana come componente dell'ordine pubblico. Quando egli si pronuncia, lo fa anche tenendo presente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), della quale gli articoli 10 ed 11 consentono avverso le libertà di espressione e di riunione delle restrizioni necessarie e proporzionate». Quanto alla dignità umana, conclude il Vice-presidente, si tratta di una nozione «che fa eco ai valori ed ai principî essenziali della nostra società, senza la quale il patto sociale sarebbe rotto».

L'utilizzo dell'espressione “patto sociale” fa, per così dire, il paio con quella, utilizzata dal *Conseil d'État* della “coesione nazionale”. È dunque di coesione sociale che si tratterebbe. È su di essa, a ben vedere (e per esplicita ammissione del *Conseil* e del suo vice-presidente), che sarebbe fondata la decisione Dieudonné.

Senonché questo fondamento della coesione sociale è senz'altro discutibile⁷⁶ e, a dire il vero, anche pericoloso. Prendiamo il caso delle manifestazioni politiche. Quando vi è il rischio di disordini, sta allo Stato di fornire i mezzi di polizia necessari per consentire la libertà di manifestazione⁷⁷. Se si muovesse, invece, dalla premessa della controversa nozione di “coesione sociale”, si arriverebbe alla conclusione che dovrebbe essere vietata la manifestazione.

In ogni caso, una cosa è certa: l'ordine pubblico non è più, ormai, solamente “materiale”, bensì anche “morale” e, oggi, financo “politico”.

⁷⁶ D. ROMAN, Professore di diritto pubblico all'Università “François Rabelais” di Tours, intervistato da un giornalista di *Le Monde*, commentava così la vicenda: «Il giudice va oltre: parla di lesione della coesione nazionale. Quale definizione? Ci potremmo mettere dentro tutto e niente! Anche criticare l'azione del governo potrebbe essere considerato come tale. [...] Nelle dittature, [la coesione nazionale] ha giustificato l'incarcerazione degli oppositori al regime. Anche se non è questo il caso, è perturbante. Tutto ciò si scontra con la concezione francese della libertà di espressione».

⁷⁷ Si veda, in tal senso, la decisione della Corte EDU (*Alexeïev c. Russie*, req. nn. 4916/07, 25924/08 e 14599/09, pronuncia del 21 ottobre 2010, definitiva l'11 aprile 2011): il divieto della manifestazione “*Gay Pride*” in ragione dei turbamenti dell'ordine pubblico che tale genere di manifestazione comporta, costituisce una violazione degli articoli 11, 13, 14 CEDU da parte della Russia.

V. *Conclusion. Il potere pretoriano ed il pensiero unico: un rischio per il principio della certezza del diritto?*

Sulla base di tali premesse, dobbiamo ora chiederci se combinare il concetto di ordine pubblico con elementi morali e politici, unitamente al rilievo assunto dalla valutazione giurisprudenziale, non presenti un rischio in termini di libertà.

A. *Dalla coesione sociale al “pensiero unico”?*

Come abbiamo visto, il Vice-presidente del *Conseil d'État* ha giustificato la decisione Dieudonné facendone una problematica di coesione sociale.

Ma dalla “coesione sociale” al “pensiero unico”, non c'è che un piccolo “Rubicone” da attraversare.

L'espressione “pensiero unico” è generalmente utilizzata nel mondo politico-mediatico europeo per accusare di conformismo le idee considerate come maggioritarie nei rispettivi paesi e nell'Europa comunitaria, soprattutto a partire dall'ultimo quarto del XX secolo⁷⁸.

Essa è rivolta a denunciare, per gli uni, ciò che viene considerata come una dominazione ideologica che promuove alcune possibili scelte della società, presentate come le sole legittime, riguardanti l'economia, l'integrazione europea, la liberalizzazione dei costumi e l'immigrazione e, per gli altri, ciò che viene vista come la permanenza di uno spirito statalista, collettivista, centralizzatore e nazionalista, presentato come la sola via rispettabile per servire l'interesse generale e che deve prevalere sulle libertà e responsabilità individuali e sull'apertura al mondo.

Malgrado tale definizione “classica”, in realtà bisogna rilevare come non esista più, oggi, “un solo” pensiero unico, ma vi siano, semmai, “numerosi” pensieri unici. Gustave Parking ha detto, con una *boutade*, che

⁷⁸ L'espressione è erroneamente attribuita al giornalista Ignacio Ramonet (Direttore di *Le Monde Diplomatique* dal 1990 al 2008) il quale intitolò un suo editoriale del 1995, per l'appunto, *La pensée unique* (“il pensiero unico”). Il termine evocava il consenso nazionale ed europeo in favore della moneta unica, che veniva deriso. Ma pare che sia il filosofo Alain de Benoist ad aver forgiato per primo l'espressione, nel 1993, in un editoriale della rivista *Éléments* (*Maccarthysme: Le retour*, in *Éléments*, n. 78, settembre 1993). In seguito essa ha conosciuto un certo successo, trasformandosi, da semplice *cliché giornalistico*, in slogan politico caricaturale e, infine, in soggetto polemico e provocatorio.

«tutti sono d'accordo nel criticare il pensiero unico»⁷⁹. In effetti, volendo accedere ad una visione un po' caricaturale, possiamo notare come la sinistra e certi movimenti “altermondialisti” denuncino un pensiero unico “neoliberale”, mentre i movimenti liberali di destra denunciano un pensiero unico anti-liberale.

Per questo motivo, per cercare di restare obiettivi, si preferisce spesso utilizzare l'espressione «politicamente corretto», che è una sorta di coesione sociale “politica”, nel senso nobile del termine.

Ma il concetto di «corretto», accettabile in una cena *chic*, una festa di matrimonio, financo una lezione inaugurale, ha senso in termini di libertà di espressione, che è senza alcun dubbio uno dei nostri valori costituzionali fondamentali?

E poi – e soprattutto – chi ha la legittimazione per assicurare il controllo del “politicamente corretto”? Non la politica (né l'esecutivo, troppo parziale e interessato, né il legislativo, poiché bisogna consentire l'alternanza⁸⁰), non l'amministrazione (che è, per definizione, al servizio del potere politico in carica⁸¹), non il popolo poiché il linciaggio, anche se confortato da largo consenso, non sarebbe accettabile.

Solo il giudice – e il giudice ordinario, poiché il giudice costituzionale non può essere adito in maniera rapida e diretta – potrebbe svolgere una tale funzione.

Dobbiamo però chiederci se esso abbia l'indipendenza necessaria.

B. Un giudice troppo vicino all'amministrazione?

Abbiamo visto come il caso Dieudonné sia emerso a partire da una circolare del Ministro dell'Interno francese⁸² che suggeriva ai Prefetti di vietare lo spettacolo di Dieudonné.

Ma in Francia, dai prefetti al giudice amministrativo, non c'è che un passo. Nell'ordinamento amministrativo, in applicazione della teoria dello “amministratore-giudice” – secondo la quale «giudicare l'ammini-

⁷⁹ G. PARKING, *Le retour des joies sauvages*, 2001.

⁸⁰ Potremmo mai concepire, in Italia, di vietare alla Lega Nord, al partito di Silvio Berlusconi, al movimento di Beppe Grillo, o a quello di Ilona Staller (in arte Cicciolina) o, ancora, a quello di Alessandra, nipote di Mussolini, di esprimere una opinione e di presentarsi davanti al popolo per essere eletti?

⁸¹ «Amministrare» viene dal latino *administrare*, che significa “mettersi al servizio di...”.

⁸² V. la circolare di Manuel Valls (allora Ministro dell'Interno, poi Primo Ministro) del 6 gennaio 2014.

strazione è pur sempre amministrare» – e per una più generale diffidenza diffusa nell'*Ancien Régime* avverso la magistratura, i rivoluzionari del 1789 hanno voluto un giudice amministrativo che facesse parte integrante dell'amministrazione stessa. Questa teoria, consacrata dal Consolato e dall'Impero e sempre ripresa dalle Repubbliche successive, è ancora oggi alla base del sistema di giustizia amministrativa francese, dove i giudici amministrativi sono "reclutati" in seno all'amministrazione, per la gran parte tra i diplomati della Scuola Nazionale dell'Amministrazione (*École Nationale d'Administration*) e, per il resto, tramite concorso amministrativo.

Viste le circostanze, se la competenza del giudice amministrativo non potrebbe essere, oggi, rimessa in causa, non possiamo che dubitare della sua reale indipendenza nei confronti delle parti in causa.

Di là dai testi normativi che enunciano una indipendenza di principio⁸³, la realtà culturale, sociologica e anche della stessa carriera del giudice amministrativo non può che avvicinare i giudici amministrativi ai "giustiziabili" dell'amministrazione. Si sono formati alla stessa scuola ("spirito di promozione"), hanno fatto gli stessi *stages* in ambito amministrativo, hanno la stessa mentalità (primato del servizio pubblico, necessità di contenere i costi dell'amministrazione, senso dell'interesse generale) e, talvolta, partecipano perfino alle stesse attività (auguri del prefetto e delle altre autorità, convegni e seminarî...), ciò che, tra l'altro, costituisce per il giudice la possibilità di tornare, di fatto, all'amministrazione di origine. Bastano queste poche considerazioni per constatare come i giudici siano assai vicini – personalmente, professionalmente e culturalmente – alla principale tra le parti del processo amministrativo, e come tale vicinanza porti necessariamente a mettere in dubbio l'imparzialità del giudice amministrativo.

Ciò assume ancora più rilievo, sol che si pensi che il diritto amministrativo francese è, essenzialmente, un diritto giurisprudenziale e, come tutti i sistemi d'essenza aristotelica, relativista e senza criteri perentori ed irrefragabili. Riposa su di una sorta di "intima convinzione" del giudice e sulla risoluzione *in concreto* di ogni controversia, attraverso la tecnica giurisprudenziale, ormai affermatasi, del «*faisceau d'indices*»⁽⁸⁾, come già

⁸³ *Loi* 86-14 del 6 gennaio 1986.

⁽⁸⁾ NDT L'espressione «*faisceau d'indices*» (lett. "fascio d'indizi"), che il giurista francese conosce bene, potrebbe risultare meno nota al giurista italiano che non abbia una solida conoscenza del diritto processuale d'oltralpe. Il sintagma è di per sé di difficilis-

rilevava mirabilmente Jean Dufau più di trent’anni fa⁸⁴. Solo l’accrescimento quantitativo della giurisprudenza e la sedimentazione delle varie soluzioni del caso di specie permettono la costituzione di veri e propri indirizzi giurisprudenziali.

Quanto al giudice ordinario, si pongono problematiche non dissimili riguardo alla medesima questione del “pensiero unico”.

Per esemplificare, possiamo ricordare un caso recente. Una candidata del *Front National* alle elezioni municipali svoltesi nel mese di giugno 2014, Anne-Sophie Leclère, aveva condiviso su Facebook un fotomontaggio nel quale Christiane Taubira, Ministro della Giustizia in carica, veniva implicitamente comparata ad una scimmia. Nel fotomontaggio, infatti, venivano affiancate la foto del Ministro e quella di una scimmia neonata, come se si trattasse della stessa persona. La Leclère è stata esclusa dal suo partito, e ciò è comprensibile.

Meno convincente è invece il fatto che il Tribunale di Grande Istanza di Caienna⁸⁵ (Guyana francese), adito su azione personale del Guardasi-

sima resa in italiano (anche se, in letteratura, se ne trovano sporadici utilizzi, di solito in traduzioni da testi stranieri od in documenti giuridici della svizzera italiana), nel senso che una traduzione letterale non ne esplicita chiaramente il significato. In realtà il significato concettuale dell’espressione è piuttosto banale. Si può dire che il *faisceau d’indices* è un insieme di elementi noti al giudice e che possono supplire sia alla mancanza di una prova decisiva, sia alla mancanza di indicazioni legislative sulla materia. Nel primo caso – che riguarda, naturalmente, soprattutto i giudici penale e civile – il «*faisceau d’indices*» consisterà in una serie di fatti, di elementi, di indici, di informazioni noti al giudice i quali non sarebbero idonei, da soli, a provare un fatto, ma lo diventano, invece, quando considerati nel loro insieme, essendo tutti concordanti tra loro. Il secondo caso – che riguarda, invece, soprattutto la giurisdizione amministrativa – attiene all’ipotesi in cui il legislatore, nel fornire la definizione di un certo istituto, rimette al giudice l’apprezzamento in concreto della sussistenza dei relativi presupposti rispetto al caso di specie. Possiamo fare l’esempio della definizione di “servizio pubblico” nel caso in cui il soggetto che lo abbia erogato sia un privato: il giudice dovrà mettere insieme una serie di elementi di fatto che, anche alla luce dei precedenti giurisprudenziali, gli permettano di stabilire se siano soddisfatti o meno i requisiti (ad esempio: il fatto che l’attività rivesta interesse generale e che l’erogazione del servizio in causa sia stata delegata da un soggetto pubblico) che consentano di considerare il servizio quale pubblico. È ovvio che l’evoluzione della giurisprudenza giocherà un ruolo fondamentale: se, nel 2007, il *Conseil d’État* ha ritenuto (pur negandole la qualifica di servizio pubblico) che l’attività di proiezione cinematografica rivestisse interesse generale, con ogni probabilità in passato esso sarebbe giunto a conclusioni assai diverse (sul punto v. *La méthode du faisceau d’indices en matière d’identification du service public*, commento a CE, 5/10/2007, So. UGC-Ciné-Cité, su *FallaitPas-FaireDuDroit.fr*).

⁸⁴ Nota a CE Ass., 11 maggio 1959, in *AJDA*, 59, II, 228.

⁸⁵ Nel diritto processuale francese l’attore può scegliere il Tribunale di Grande

gilli, abbia condannato la candidata a 9 mesi di prigione, 5 anni d'ineleggibilità e 50.000 Euro di multa. Una decisione almeno sproporzionata, nella quale il cattivo gusto e l'imbecillità vengono fatti pagare ad un prezzo un po' caro.

Condannato, da parte sua, a una pena di 30.000 Euro di ammenda, il *Front National* aveva reagito qualificando il processo come una «*chausse-trappe*» (“trappola”), in ragione del fatto che «non si è riusciti a trovare a Caienna un avvocato che lo difendesse» e che la domanda di ricusazione del presidente del Tribunale di Grande Istanza, per appartenenza al *Syndicat de la magistrature*⁸⁶, non era stata presa in considerazione.

In ogni caso, questo episodio mostra, una volta di più, le difficoltà di trovare un punto di accordo tra la morale, il pensiero dominante e l'applicazione del diritto.

C. Una recente giurisprudenza rassicurante?

La recente crisi di Gaza, prolungatasi per tutto luglio ed agosto 2014, ha illustrato, sul piano della definizione giurisprudenziale dell'ordine pubblico in Francia, in assenza di una soluzione al conflitto armato, i limiti dei rischi dati dalla deriva dell'ordine pubblico.

Due manifestazioni anti-israeliane erano state vietate dal Prefetto di polizia di Parigi, a cagione dei «rischi di disordini materiali», in seguito a dei tumulti e dei danni provocati dai manifestanti in una precedente manifestazione. Benché la morale dominante – per non dire l'opinione politica dominante in Francia – pendesse senz'altro a favore delle vittime palestinesi, e quindi della causa difesa dai manifestanti, il *Conseil d'État*, con due pronunce⁸⁷, ha confermato la legalità del divieto di ma-

Istanza (TGI, giudice in materia correzionale) del luogo della sua residenza, e *Madame Taubira*, originaria della Guyana, ha scelto un tribunale senz'altro più sensibile alle questioni di razzismo.

⁸⁶ Principale sindacato dei magistrati in Francia, schierato molto a sinistra e dichiaratamente vicino alle posizioni della Guardasigilli.

⁸⁷ Il *juge des référés* del *Conseil d'État* era stato adito per un ricorso contro il divieto di una manifestazione *pro-palestina* a Parigi. La prefettura della polizia stimava che il raduno, previsto un sabato alle 15 a *place de la République*, presentasse gli stessi rischi di violenze di una precedente manifestazione, anch'essa vietata, che era stata indetta per 19 luglio nel quartiere popolare di Barbès. Il Ministro dell'Interno stesso aveva contattato il venerdì gli organizzatori, ingiungendo di «rinunciare alla manifestazione» che avrebbe presentato dei «seri rischi di turbamento dell'ordine pubblico e dei rischi di scontri». La

nifestazione, in nome di una concezione materiale dell'ordine pubblico.

Vero è che, in quest'ultimo esempio, autorizzare la manifestazione anti-Israele avrebbe significato, per lo Stato francese, prendere, in un certo senso, posizione in favore delle istanze palestinesi e che, di là da ogni ingenuità, la questione dell'ordine pubblico Parigino non era la sola ad essere in gioco. È però comunque apprezzabile, per altro verso, il fatto che tanto il provvedimento del Prefetto, quanto la decisione del *Conseil d'État*, fossero scervi, almeno nella forma, da qualunque considerazione di ordine morale o politico.

In ogni caso, da tutto quanto fin qui è stato detto, ciò che può risultare utile sottolineare in una «prima lezione di diritto» è che, come abbiamo visto, *nel diritto nulla è semplice*, e, soprattutto, che la tendenza del diritto moderno delle nostre democrazie è più quella della *instabilità* che non quella delle *certezze*.

Ora, il principio della certezza del diritto, che condiziona l'efficienza dell'ordinamento giuridico, è di fondamentale importanza poiché la percezione diffusa di un “*non-diritto*”, ovvero sia della *incertezza del diritto* (assenza di regole predeterminate precise e stabili), è ancora peggio che quella di avere un diritto a geometria morale e politica variabile.

Penso alla famosa frase di Churchill («*la democrazia è il peggiore dei regimi, ad eccezione di tutti gli altri*»), e quasi mi viene da dire, per concludere, che un ordine pubblico esclusivamente materiale è, senza dubbio, il peggiore degli ordini pubblici, ma ad eccezione di tutti gli altri (quello morale e quello politico).

più alta giurisdizione amministrativa francese stimò che il divieto era giustificato, in ragione degli episodi violenti che si erano verificati in occasione di precedenti manifestazioni e dell'incapacità degli organizzatori di mettere in piedi un servizio d'ordine. Adito d'urgenza dagli organizzatori della manifestazione *pro-palestina*, il *Conseil d'État* aveva rigettato il ricorso e confermato il divieto. Il *juge des référés* del *Conseil d'État* ha infatti stimato che la prefettura della polizia, che aveva vietato la manifestazione il venerdì, era giustificata ad invocare le violenze occorse in precedenti manifestazioni nella capitale, il 13 e il 19 luglio, il fatto che gli organizzatori non avessero rispettato il termine di preavviso di tre giorni per annunciare la manifestazione e la loro incapacità di mettere in piedi un servizio d'ordine sufficiente.

