

<p>Studio Legale</p> <p>Avv. Santo Durelli</p> <p>GENOVA</p> <p>www.avvocatodurelli.it</p>	 <p>STUDIO LEGALE DAMONTE</p> <p>Avv. ROBERTO DAMONTE</p> <p>GENOVA</p> <p>www.studiodamonte.it</p>
---	--

Il problema «malamovida»

Inquadramento giuridico, tra diritto pubblico e privato.

Come combatterla

(dall'analisi di alcuni casi concreti ad alcuni consigli pratici)

Avv. Santo Durelli, Studio legale Durelli del Foro di Genova (www.avvocatodurelli.it)

Avv. Marco Bersi, Studio legale Damonte del Foro di Genova (www.studiodamonte.it)

Sommario: Con il termine *Malamovida* si intende descrivere il fenomeno negativo costituito dalla pressione antropica che grava su porzioni del territorio, in particolare nei centri storici, dove si concentrano molti locali che attirano una moltitudine di persone. Queste si riversano e sostano sulla via pubblica e, specie in ore notturne, tengono vari comportamenti illeciti sotto più profili e di cui sono vittime i cittadini che abitano in quei luoghi. Quali sono i mezzi giuridici per reagire a questi soprusi e far cessare un problema che spesso – in ragione della frequenza con cui si manifesta – può avere risvolti drammatici?

1) Significato del termine Movida e sua evoluzione L'originario significato del termine MOVIDA è quello di contraddistinguere quel fenomeno di massa di fruizione collettiva di luoghi ed esercizi pubblici nelle ore serali e notturne, in cui esprime e si attua il piacere di stare assieme, di vivere relazioni e tempo libero nelle nostre città, piccole o grandi che siano. Un fenomeno positivo, capace di generare valore sociale e buona qualità di vita oltre che valore economico.

Ma con il tempo e soprattutto nel nostro paese, il termine Movida ha mutato il suo significato, che – in molti casi – è degradato a connotare un fenomeno negativo ossia di pressione antropica che grava su porzioni del territorio, in particolare nei centri storici, caratterizzato dalla presenza di molti locali di rivendita al pubblico di alimenti e bevande e che hanno il loro principale business nella vendita di alcolici principalmente in ore notturne ed i cui avventori, non essendovi spazi sufficienti all'interno dei locali stessi, asportano le bevande che consumano all'esterno sulla pubblica via. Un fenomeno in cui, spesso, sono concentrati e si intrecciano comportamenti giuridicamente illeciti e per più concorrenti profili, oltre che socialmente preoccupanti:

- il disturbo della quiete pubblica e l'inquinamento acustico;
- l'occupazione di suolo pubblico e anche privato;
- mancanza di rispetto del decoro pubblico e forme di vandalismo;
- aggressioni e risse;
- furti e forme varie di inciviltà.

Questi fenomeni evidenziano, peraltro, il progressivo smantellamento di forme di aggregazione giovanile di natura diversa e più strutturate rispetto a quanto accadeva in passato e favoriscono forme sempre più preoccupanti di abuso di alcol e di consumo di sostanze stupefacenti.

2) **La «malamovida»** Quando queste condotte si verificano in modo sistemico, allora si ha un fenomeno che è stato definito con il termine assai incisivo ed efficace di «Malamovida». Questa è un fenomeno distinto dalla Movidà, anche se in essa compreso, nel senso che si manifesta negli stessi luoghi e si dispiega solitamente nelle ore più tarde quando l'alcol e le sostanze stupefacenti hanno raggiunto in molti dei suoi partecipanti un livello alto. La Malamovida ha assunto in molte città italiane aspetti sempre più preoccupanti, causati da scarsa e comunque inefficace *governance* da parte delle nostre amministrazioni, come testimoniato da politiche urbanistiche poco consapevoli che hanno consentito un'eccessiva concentrazione di locali dove la vendita di alcolici è il principale fine e l'insediamento di attività che hanno forma del take away (o addirittura di esercizi per la vendita automatizzata di alimenti e bevande), ossia locali di piccole dimensioni, semplici erogatori di cibo e soprattutto di alcolici che vengono poi consumati all'esterno, sul suolo pubblico, con massimizzazione dei profitti e con scarico sulla collettività di costi sociali altissimi. Si pensi ancora ai venditori ambulanti abusivi, che sfuggono ad ogni regola, anche di orario, e che la mancanza di controlli consente loro di proliferare. Protagonisti della Malamovida (loro malgrado perché ne sono le principali vittime) sono anche i residenti dei luoghi ove essa si svolge.

3) Mezzi di tutela sotto il profilo giuridico

Va fatto un distinguo preliminare importante. In questo breve articolo tratteremo del fenomeno che dà luogo ai cennati problemi quando è generato dalla concentrazione di più esercizi commerciali in una zona circoscritta, che attirano una moltitudine di persone che si riversano all'esterno dei locali (come si è detto in orari notturni) per cui il disturbo non è riconducibile specificamente a qualcuno di questi.

Se invece i comportamenti disturbanti sono riconducibili all'attività di uno o più esercizi commerciali chiaramente identificati, allora non sorgono problemi nell'individuazione degli strumenti di reazione idonei allo scopo (il che non significa che il loro impiego consenta di ottenere sempre sul piano concreto il risultato sperato) e che sono:

-la via civilistica basata sugli artt. 844 e 2043 c.c. (1);

-la via amministrativa con l'esposto al Comune in forza della Legge quadro sull'inquinamento acustico n. 447/1995, decreti attuativi e regolamenti locali;

-la denuncia penale ex art. 659 c.p. (2), magari congiunta ad una delle prime due azioni. Di questi strumenti lo scrivente Santo Durelli ha già trattato in vari articoli, cui sia consentito rinviare (<http://www.avvocatodurelli.it/scritti-e-relazioni/> La tutela dal rumore: la via amministrativa (Legge 447/1995) e la via civilistica (art. 844 C.C.)).

In presenza di fenomeno di malamovida, invece, le cose si complicano. Si contrappongono frontalmente e nel modo più esasperato, da un lato, i diritti dei residenti alla salute, al benessere, al riposo e, dall'altro, gli interessi economici di molti operatori commerciali. La Pubblica amministrazione si trova nella posizione di chi, da un lato, ha consentito con le sue decisioni la proliferazione di esercizi che creano disturbo, dall'altro di dover intervenire per tutelare i diritti di coloro che sono disturbati, con il risultato, molte volte, di iniziative inefficaci perché frutto di compromessi, se non di totale inerzia o di pura cosmesi. Inoltre si intersecano delicate e complesse questioni di diritto, quali quelle sulla tipologia e legittimità dei provvedimenti da assumere per fronteggiare il problema nonché sulla individuazione del Giudice competente a decidere.

3.1) Provvedimenti della Pubblica amministrazione A seguito di esposti, lamentele, proteste di cittadini disturbati dalla malamovida, la Pubblica amministrazione è tenuta ad intervenire nel senso che, eseguite le verifiche del caso, ove accerti l'effettiva sussistenza del problema, deve assumere i provvedimenti che, pur nella sua discrezionalità, devono rivelarsi idonei a contrastare il fenomeno.

Quali gli strumenti a sua disposizione? Va chiarito che non vi sono provvedimenti ad hoc – stabiliti a livello normativo – che siano stati pensati per affrontare in modo strutturale o quantomeno specifico il fenomeno malamovida in tutte le sue derive patologiche.

3.1.1) I comuni solitamente ricorrono alle **ordinanze cosiddette di necessità**. La norma di riferimento è il decreto legislativo n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali) il cui art. 54 prescrive che, in caso di emergenza sanitaria e di igiene pubblica a carattere locale, il Sindaco adotta ordinanze contingibili ed urgenti. La finalità è dunque quella di salvaguardare le esigenze primarie della collettività, la salute, l'ordine pubblico, l'igiene, ecc. Sono provvedimenti che costituiscono una deroga ai principi di tipicità degli atti amministrativi (quali sono, ad esempio, l'autorizzazione, le licenze, i nulla osta, la concessione, l'esproprio, i bandi di gara, ecc.) tanto che vengono definiti *extra ordinem* e sono atti a contenuto indeterminato.

Spesso i giudici amministrativi vedono con sospetto l'emanazione di questa tipologia di provvedimenti perché adottati in assenza di un'adeguata istruttoria tesa a verificare la sussistenza degli indispensabili requisiti oppure perché adottati in inammissibile supplenza di provvedimenti amministrativi che avrebbero dovuto essere assunti a seguito di un ordinario iter procedimentale con tutte le garanzie preposte a tutelare un effettivo contraddittorio.

3.1.2) Vi è poi l'**ordinanza contingibile ed urgente specifica per l'inquinamento acustico ex art. 9 legge 447/95**. Recita l'articolo 9: *"Qualora sia richiesta da eccezionali ed urgenti necessità di tutela della salute pubblica o dell'ambiente il sindaco, il presidente Giunta regionale con provvedimento motivato, possono ordinare il ricorso temporaneo a speciali forme di contenimento o di abbattimento delle emissioni sonore, inclusa l'inibitoria parziale o totale di determinate attività"*.

Sono strumenti efficaci per contrastare la Malamovida? Come sopra già si è accennato, per tamponare emergenze può darsi, ma non sono affatto strumento di *governance* permanente della Movida. La loro legittimità presuppone il rispetto di una pluralità di parametri molto vincolanti: sono ammissibili unicamente per prevenire o eliminare gravi pericoli per l'incolumità dei cittadini, dovuti a situazioni imprevedibili di emergenza e non fronteggiabili con i tipici provvedimenti amministrativi. Inoltre possono produrre solo effetti temporanei, non modificano la disciplina vigente ma ne sospendono soltanto l'applicazione. Devono essere sempre motivate ed emesse all'esito di adeguata istruttoria che deve trasparire proprio dalla motivazione. Il Comune è tenuto a revocarle nel momento in cui cessa l'emergenza/pericolo. Basta che qualcuno di questi parametri non sia rispettato che l'ordinanza è suscettibile di essere annullata.

3.1.3) Piuttosto, sembrano più idonei **le ordinanze emanate in forza dell'art. 9 del TULPS** (Testo Unico delle Legge di Pubblica Sicurezza di cui al r.d. n. 773/1931 e ss.mm.ii., che così dispone: *"Oltre le condizioni stabilite dalla legge, chiunque ottenga un'autorizzazione di polizia deve osservare le prescrizioni, che l'autorità di pubblica sicurezza ritenga di imporgli nel pubblico interesse"*) e ciò in quanto sono provvedimenti la cui legittimità non presuppone la ricorrenza di quei parametri che abbiamo visto occorrenti per le ordinanze contingibili ed urgenti, essendo sufficiente l'elemento, di carattere più generale e meno stringente, della sussistenza di un interesse pubblico.

Analizziamo due casi concreti in cui è stata fatta applicazione di detta disposizione.

3.2) Sentenza TAR Emilia Romagna, Parma, Sezione Prima, n. 73 del 2019. A seguito di segnalazioni pervenute da residenti che lamentavano lo stazionamento di persone intente a consumare bevande all'esterno di un esercizio con disturbo della quiete pubblica (anche oltre l'orario di chiusura), il Comune incaricava l'ARPA di effettuare rilievi acustici che evidenziavano la fondatezza delle doglianze ricevute stante il supero del livello di rumore rilevato *"ai valori limite di legge, ex D.P.C.M. 14/11/97. ARPAE invitava l'Amministrazione ad adottare «opportune misure di risanamento dell'area esaminata»"*. L'Amministrazione concludeva il procedimento emettendo provvedimento ex art. 9 del R.D. n. 773/1931 (TULPS) prescrivendo relativamente alle serate del venerdì e del sabato, dalle ore 22.00 all'ora di chiusura (01:10) misure di:

- rimozione di tavolini, piani d'appoggio, anche se collocati in area privata, in quanto diretti a favorire il consumo delle bevande o lo stazionamento esterno della clientela;
- divieto di vendita per asporto e di somministrazione di alcolici, fatta eccezione per la sola somministrazione

- al tavolo da operare in contenitori di cui non dovrà essere consentita la fuoriuscita dal locale;
- l'esercizio dell'attività a porte e finestre chiuse, se non per il tempo strettamente necessario all'ingresso ed uscita degli avventori;
 - adozione di ogni accorgimento e precauzione utili, affinché la permanenza all'esterno della clientela sia limitata al solo tempo necessario per l'allontanamento e i toni di voce degli avventori siano, in tale fase, moderati, mediante l'impiego di personale interno, steward, etc. e apposizione di idonea cartellonistica sul rispetto della quiete pubblica;
 - cessazione dell'attività e sgombero del locale entro le ore 01:00.

Il gestore impugnava la citata ordinanza. Il primo motivo di impugnazione afferisce proprio alla tematica oggetto del presente elaborato, ossia che l'Amministrazione avrebbe agito con un provvedimento contingibile e urgente in assenza dei relativi presupposti. Il TAR ha ritenuto infondato questo motivo in quanto il provvedimento adottato non era affatto una ordinanza contingibile e urgente ex art. 54 del D. Lgs. n. 267/2000 ma un provvedimento ex art. 9 del TULPS.

Il TAR ha spiegato che la circostanza che l'art. 54, comma 3, del d.lgs. n. 267 del 2000 contempli una speciale funzione sindacale in materia di orari di esercizi commerciali e pubblici esercizi, per far fronte a situazioni di emergenza, non fa venir meno il generale e ordinario potere di determinazione delle prescrizioni relative alle singole autorizzazioni di polizia, ivi compresa la fissazione dell'orario di attività (ai sensi dell'art. 9 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza).

Con altro motivo di impugnazione il gestore sollevava profilo di illegittimità dell'ordinanza fondati su altre ragioni, tipiche e ricorrenti nelle difese dei gestori di esercizi in zone di movida ossia:

- il fenomeno rilevato sarebbe imputabile alla "fruizione degli spazi pubblici" da parte della popolazione, caratteristica del fenomeno della c.d. movida e l'attività del suo locale (non sarebbe l'esclusiva responsabile ma) concorrerebbe insieme ad altre alla produzione del disturbo, ragion per cui le misure limitative avrebbero dovuto essere prese anche verso gli altri operatori del comparto (tanto è vero, soggiungeva il gestore, che l'ARPAE aveva suggerito al Comune di adottare "*opportune misure di risanamento delle aree interessate dalla movida*");
- un eventuale uso non conforme degli spazi pubblici esterni al locale da parte degli avventori non potrebbe essergli imputato non disponendo di "*alcuno strumento di coercizione nei confronti di chi non rispetti il divieto di stazionamento*" e che non potrebbe essere impedito lo stazionamento della clientela in spazi privati esterni;
- sarebbe illegittimo il divieto di collocare all'esterno, ma in area privata, tavolini, sedie, scaffalature, mensole e ogni altro elemento atto a favorire il consumo delle bevande o lo stazionamento della clientela poiché introduce limiti al "diritto di godere in modo pieno ed esclusivo delle aree di esclusiva proprietà che non trova alcuna valida motivazione né giustificazione.

Il Tribunale ha ritenuto infondate queste doglianze con le seguenti motivazioni:

- la misura adottata si iscriveva in un più vasto intervento dell'Amministrazione comunale finalizzato alla riduzione delle emissioni sonore nel comparto di riferimento che interessava anche altri esercizi;
- la legittimità dell'emanazione dell'ordine di chiusura anticipata di un pubblico esercizio per ragioni legate alla tutela della quiete pubblica è stata riconosciuta in varie sentenze che hanno individuato il fondamento legale nell'art. 9 TULPS;
- le situazioni di conflitto con il pubblico interesse, ove ne siano coinvolte autorizzazioni di polizia, ben possono presentarsi limitate ad una determinata zona del territorio e richiedere misure circoscritte all'area interessata al fenomeno da eliminare, quale la modifica dell'orario di apertura e chiusura di singoli esercizi opera, in taluni casi, come misura adeguata a rimuovere l'occasione dei rumorosi assembramenti o delle altre condotte moleste per la quiete pubblica;
- non rileva, a tali fini, che il disturbo sia addebitabile agli avventori del locale e non al gestore dello stesso, in quanto simili provvedimenti non hanno natura sanzionatoria e prescindono dalla responsabilità soggettiva dell'esercente, sicché ciò che conta è l'oggettiva ascrivibilità della situazione di grave turbamento del vivere

civile all'espletamento dell'attività colpita con l'ordine di variazione dell'orario di durata, nell'assunto che il diritto alla quiete, quale espressione del diritto alla salute psicofisica, prevale sugli interessi economici di quanti costituiscono la causa diretta o indiretta dell'intollerabile situazione di disagio per la collettività, mentre le esigenze di socializzazione e aggregazione vanno soddisfatte in luoghi e orari che non interferiscano con le altrui necessità di riposo e tranquillità.

3.3) Sentenza Consiglio di Stato 14-7-2020 n. 4554 La controversia origina da problematica analoga a quella appena sopra esaminata, senonché la sentenza del Consiglio di Stato è interessante perché oltre a confermare la legittimità dell'applicazione del già citato l'art. 9 TULPS, mette in luce l'importanza di un accurato accertamento dell'origine delle immissioni disturbanti. A seguito di un esposto di alcuni cittadini, che si erano lamentati dei rumori prodotti da clienti di un esercizio di somministrazione di alimenti e bevande in orari notturni, l'ARPA eseguiva rilevazioni, accertando che i clienti effettivamente disturbavano il riposo degli abitanti ma non quando si trovavano all'interno del locale, bensì perché stazionavano nelle immediate prospicenze rompendo anche i contenitori di vetro delle bevande consumate sulla strada.

Il Comune di Parma inibiva l'apertura dell'esercizio commerciale all'una di notte ed imponeva una serie di prescrizioni, quali la rimozione in esterno di ogni elemento atto a favorire il consumo di bevande e lo stazionamento della clientela; il divieto di vendita di alcolici; esercizio dell'attività a porte chiuse, se non per il tempo strettamente necessario all'ingresso ed uscita degli avventori; la cessazione dell'attività e sgombero del locale all'orario di chiusura previsto per l'esercizio.

Il gestore ha impugnato l'ordinanza al TAR Emilia Romagna Parma che, con sentenza n. 162/2019, l'ha accolto il ricorso del gestore e l'ha annullata.

Il TAR, infatti, pur ritenendo sussistente in capo al Comune il potere di cui all'art. 9 TULPS, ha ciò nondimeno accolto il ricorso dell'esercente per difetto d'istruttoria, perché:

- non sarebbe stato dimostrato che i rumori oggetto dei rilievi provenissero esclusivamente dai clienti dell'esercizio commerciale sanzionato;
- non si sarebbe tenuto conto del fattore antropico legato agli effetti della «movida» serale e notturna di certo non esclusivamente riconducibile ad un singolo esercizio commerciale;
- sarebbe trascorso troppo tempo da quando gli accertamenti sono stati effettuati ed il momento in cui il provvedimento è stato emesso, sicché le situazioni di fatto potrebbero essere mutate nel frattempo (essendo trascorsi circa sei mesi), rendendo non più attuale il provvedimento impugnato.

Il Comune di Parma ha quindi proposto appello al Consiglio di Stato, che con la pronuncia in commento lo ha accolto rovesciando il giudizio del TAR. Vediamo perché.

Il Consiglio di Stato, contrariamente a quanto pronunciato dal TAR, ha ritenuto fondato e dimostrato il nesso causale tra i rumori fonte del disturbo acustico ed i clienti dell'esercizio commerciale: il Comune aveva fatto espletare dalla Polizia Municipale, successivamente all'accertamento dell'ARPAE, più sopralluoghi proprio allo scopo di conseguire l'ulteriore completa verifica della sussistenza e delle cause dell'inquinamento acustico contestato. Peraltro erano stati proprio tali sopralluoghi successivi che avevano determinato lo scarto temporale tra i primi accertamenti ed il provvedimento conclusivo del procedimento.

Come si può notare è aspetto fondamentale di questo caso, ma diremmo di ogni controversia di siffatta tipologia, l'accertamento accurato e puntuale della fonte del disturbo, dei suoi livelli rispetto ai parametri normativi applicabili, unitamente alla circostanza che il rumore dev'essere distinto e quantificato rispetto al rumore di fondo o comunque da quello generato da altre fonti. Se il Comune non avesse fatto eseguire plurimi accertamenti su quell'esercizio (che tutti confermarono la rumorosità prodotta dall'attività e dalla clientela) verosimilmente l'ordinanza sarebbe stata definitivamente annullata.

In altri termini, se l'ordinanza ex art. 9 TULP è, in quanto espressione di un potere generale e ordinario dell'Amministrazione, uno strumento più idoneo rispetto alle ordinanze contingibili e urgenti di cui abbiamo fatto cenno sopra ai paragrafi 3.1.1.e 3.1.2 e che hanno presupposti di applicazione più stringenti, è pur sempre imprescindibile per la sua legittimità che alla base vi sia un rigoroso e attento accertamento che i soggetti che ne sono colpiti siano effettivamente i responsabili o corresponsabili dell'inquinamento acustico

lamentato.

Si osserva, peraltro, come nel caso di una «protesta corale» di abitanti di una zona, è stato acclarato che il superamento dei limiti di tollerabilità stabiliti dalla legge può dirsi comprovato *in re ipsa* (cfr. TAR Liguria, sez. II, 14 febbraio 2020, n. 110) ossia senza rilevazioni tecniche.

3.4) Regolamenti comunali. Infine si evidenzia come le Amministrazioni comunali abbiano certamente il potere di regolamentare la somministrazione di alimenti e bevande incluso il potere di vietarne tour court il commercio in determinate fasce orarie. A questo proposito il TAR Toscana, sez. II, 19 marzo 2020, n. 350 ha chiarito che la mancanza di un potere comunale in materia – dedotta nel ricorso avverso il regolamento comunale di Pisa che vieta *“la somministrazione di bevande alcoliche dalle ore 1:00 al le ore 3:00 nelle notti da domenica a giovedì, e dalle ore 1:30 alle ore 3:00 nelle notti di venerdì e sabato”* – risulta smentita dalla disciplina di cui all’art. 64 del d.lgs. n. 59/2010, rubricato «somministrazione di alimenti e bevande», il quale, al comma terzo, afferma che *“al fine di assicurare un corretto sviluppo del settore, i comuni, limitatamente alle zone del territorio da sottoporre a tutela, adottano provvedimenti di programmazione delle aperture degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande al pubblico di cui al comma 1, ferma restando l’esigenza di garantire sia l’interesse della collettività inteso come fruizione di un servizio adeguato sia quello dell’imprenditore al libero esercizio dell’attività. Tale programmazione può prevedere, sulla base di parametri oggettivi e indici di qualità del servizio, divieti o limitazioni all’apertura di nuove strutture limitatamente ai casi in cui ragioni non altrimenti risolvibili di sostenibilità ambientale, sociale e di viabilità rendano impossibile consentire ulteriori flussi di pubblico nella zona senza incidere in modo gravemente negativo sui meccanismi di controllo in particolare per il consumo di alcolici, e senza ledere il diritto dei residenti alla vivibilità del territorio e alla normale mobilità. In ogni caso, resta ferma la finalità di tutela e salvaguardia delle zone di pregio artistico, storico, architettonico e ambientale e sono vietati criteri legati alla verifica di natura economica o fondati sulla prova dell’esistenza di un bisogno economico o sulla prova di una domanda di mercato, quali entità delle vendite di alimenti e bevande e presenza di altri esercizi di somministrazione”*.

4) L’azione davanti al Giudice ordinario Altra opzione di tutela per i disturbati dalla malamovida è l’azione davanti al Giudice ordinario fondata principalmente sull’art. 844 c.c. già sopra citato. In tal caso i ruoli sono invertiti rispetto all’azione amministrativa: i cittadini disturbati non si rivolgono alla Pubblica amministrazione per chiedere a questa di intervenire nei confronti dei gestori dei locali «fracassoni», bensì promuovono causa contro il Comune affinché il Giudice condanni quest’ultimo ad assumere i provvedimenti meglio ritenuti per risolvere il problema (formulando eventualmente domanda anche di risarcimento dei danni).

Questa opzione ha avuto un autorevole avallo dal Tribunale di Brescia che con sentenza 2621 del 06/09/2017 ha accolto la domanda di alcuni residenti (sulla falsariga di questo, altri contenziosi sono sorti). Costoro convenivano in causa il Comune rappresentando che nella zona ove risiedevano avevano aperto molti locali che richiamavano un crescente numero di avventori dando luogo al fenomeno della malamovida; oltre alla rumorosità durante gli orari di apertura centinaia di persone anche dopo la chiusura si trattenevano in strada, schiamazzando fino anche alle tre/quattro del mattino. Avevano presentato istanza al Comune di prendere provvedimenti per contenere nei limiti della tollerabilità il disturbo. Il Comune di Brescia aveva effettuato rilievi fotometrici che avevano confermato l'intollerabilità delle immissioni sonore ma senza dar corso ad alcun provvedimento; i residenti contro il silenzio mantenuto dal Comune sulle loro istanze avevano presentato ricorso al TAR che lo aveva accolto e ordinato al Comune di provvedere. Il Comune emetteva ordinanza nei confronti delle attività di somministrazione di alimenti e bevande della zona di anticipare l'orario di chiusura 00.30, ma nonostante l'ordinanza, le immissioni non erano cessate per cui ricorrevano al Giudice civile.

Si costituiva il Comune esponendo di aver esercitato i poteri di verifica e controllo, sia in merito all'attività svolta dai singoli locali presenti in via omissis, sia in ordine al fenomeno della movida coinvolgente l'intero quartiere; di aver espletato attività di presidio della zona da parte della Polizia Locale e che erano stati attivati procedimenti tipici di monitoraggio ambientale dei livelli delle emissioni; aveva sanzionato gli esercizi per i

quali erano stati specificamente accertati superiori delle soglie legali di emissione. Ma, concludeva il Comune, non era stato possibile individuare modifiche idonee all'eliminazione o alla riduzione entro la normale tollerabilità delle stesse.

Il Tribunale, espletata attività istruttoria, sentiti i testimoni, ha ritenuto che le propagazioni di rumore nel fondo del vicino che superino la soglia della normale tollerabilità costituiscono un fatto illecito tale da giustificare sia l'adozione della tutela inibitoria prevista dall'art. 844 c.c., sia di quella apprestata dall'art. 2043 c.c., consistente nel risarcimento del danno cagionato dalle immissioni (principio consolidato, n.d.r.).

I presupposti per l'applicazione delle due norme citate, tuttavia, sono differenti.

- Quanto alla prima (azione inibitoria dell'attività molesta), rileva esclusivamente l'elemento oggettivo consistente nell'immissione di rumore che superi la normale tollerabilità, proveniente da un fondo vicino. Il giudizio sulla tollerabilità delle immissioni, per consolidato orientamento della giurisprudenza, va operato secondo il prudente apprezzamento del giudice, il quale deve tenere conto delle particolarità della situazione concreta e, anzitutto, della vicinanza dei luoghi e dei possibili effetti dannosi per la salute delle immissioni.

- Quanto alla tutela prevista ai sensi dell'art. 2043 c.c., il presupposto consiste nel compimento, di una condotta causalmente efficiente a produrre il danno ingiusto patito dall'attore. Tale condotta può essere realizzata anche in forma omissiva. La recente giurisprudenza di legittimità ha infatti precisato che; "La responsabilità della P.A. per il risarcimento dei danni causati da una condotta omissiva sussiste non soltanto nel caso in cui questa si concretizzi nella violazione di una specifica norma, istitutiva dell'obbligo inadempito, ma anche quando detta condotta si ponga come violazione del principio generale di prudenza e diligenza (cosiddetto obbligo del "neminem laedere") di cui è espressione l'art. 2043 cod. civ." (Cass. sez. 3, sent. n. 28460 del 19/12/2013).

La domanda formulata ex art. 844 c.c. è stata accolta dal Tribunale di Brescia sulla base di questi passaggi motivazionali:

- il monitoraggio ambientale dei rumori degli avventori dei bar aveva dimostrato come la "movida" determinasse aumento del livello di rumore ambientale di circa 20 dB rispetto ai giorni in cui i locali erano chiusi;

- anche sulla scorta delle altre prove doveva ritenersi che le immissioni di rumore nell'abitazione degli attori provenienti dalla strada comunale, seppur discontinue, fossero eccedenti la soglia della normale tollerabilità;

- l'art. 844 c.c. costituisce una sorta di limitazione legale della proprietà che prescinde dall'accertamento della colpa ed ha, quel unico presupposto, la verifica dell'esistenza della propagazione molesta e della sua provenienza dal fondo di proprietà del vicino

- l'ente proprietario della strada da cui provengono le immissioni denunciate deve provvedere ad adottare le misure idonee a far cessare dette immissioni; ciò in quanto esse sono strettamente connesse alla conformazione e localizzazione della strada, la quale, sebbene di strette dimensioni e posta nel centro storico abitato, ospita numerosi esercizi commerciali adibiti a bar e locali con musica, destinati, naturalmente, ad attirare persone in quantità rilevante, che, come dimostrato, producono, con il loro stazionamento, incondizionato ed in governato, rumore intollerabile.

Il Tribunale ha quindi ordinato al Comune la cessazione immediata delle immissioni rumorose denunciate mediante l'adozione dei provvedimenti opportuni più idonei allo scopo che il Tribunale stesso ha individuato nella predisposizione di un servizio di vigilanza, organizzato per tutte le sere dal giovedì alla domenica nei mesi da maggio ad ottobre, con l'impiego di agenti comunali che si adoperino, entro la mezz'ora successiva alla scadenza dell'orario di chiusura degli esercizi commerciali autorizzati, a far disperdere ed allontanare dalla strada comunale via omissis le persone che stazionano lungo la stessa e che non se ne allontanano spontaneamente. (Il Tribunale ha accolto, seppur parzialmente, anche la domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. sulla quale non ci soffermiamo esulando dalla trattazione del presente scritto).

5) Conclusioni e suggerimenti operativi Quali indicazioni e insegnamenti trarre dalle norme e principi giurisprudenziali sopra passati in rassegna? Distinguiamo le varie ipotesi.

5.1) Immissioni disturbanti da uno o da qualche locale cui siano chiaramente riconducibili le immissioni.

In tal caso diremmo che le due opzioni ossia l'azione amministrativa (il disturbato si rivolge alla Pubblica amministrazione con un esposto perché intervenga sul responsabile delle immissioni e le faccia cessare chiedendo l'emanazione di provvedimenti sanzionatori al riguardo) o l'azione privatistica ex art. 844 c.c. (il disturbato rivolge la sua azione direttamente nei confronti del responsabile, inviandogli una diffida a cessare e se questa non ha effetto da corso all'azione giudiziale), sono in linea astratta parimenti valide.

La scelta dipenderà dalle peculiarità del caso specifico, che gli esperti sapranno individuare e valutare. Certamente vi sono pro e contro in ciascuna delle opzioni che, senza alcuna pretesa di completezza, di seguito accenniamo:

- l'azione amministrativa comporta costi tendenzialmente meno elevati rispetto all'azione privatistica; l'azione privatistica, invece, implicando l'assistenza di professionisti, implica il pagamento di compensi (che potranno essere in tutto o in parte recuperati dalla controparte se sarà soccombente in causa);
- i limiti consentiti e le metodiche di rilevamento del rumore sono diversi; in linea generale si può dire che le regole che presidono l'azione privatistica sono più rigorose per il responsabile e più tutelanti per il disturbato; tanto è vero che una immissione potrebbe essere rispettosa dei limiti della norma pubblicistica ma essere considerata ugualmente illecita in base alla norma privatistica (per un approfondimento sia consentito il rimando a <http://www.avvocatodurelli.it/scritti-e-relazioni/> Articolo "La tutela dal rumore: la via amministrativa (Legge 447/1995) e la via civilistica (art. 844 C.C.)", capitolo 1)

5.2) immissioni disturbanti prodotte dagli avventori di più locali in una stessa zona che si intrattengono all'esterno dei locali stessi.

In questi casi l'azione privatistica contro i gestori dei locali è assolutamente sconsigliabile, essendo pressoché insormontabile la difficoltà di provare le responsabilità dei singoli gestori. Certamente consigliabile (quantomeno iniziare con) la via amministrativa, mediante la presentazione di un esposto al Comune. È opportuno che l'esposto sia sottoscritto dal maggior numero possibile di disturbati e che in esso sia evidenziata – a mezzo di perizia fonometrica – l'incremento del livello di rumorosità della zona che la malamovida determina rispetto al rumore di fondo/residuo della zona in altri momenti, nonché corredato da altri elementi di prova quali fotografie e riprese audio-video.

E se il Comune rimane inerte?

Sarà possibile per i disturbati esperire l'azione contro il silenzio della Pubblica Amministrazione davanti al Tribunale amministrativo, che potrà ordinare alla P.A. di assumere i provvedimenti idonei a risolvere il problema e se questa rimarrà ancora inerte (non è da escludersi e per le ragioni più varie: dalla mancanza di mezzi, alla incapacità, alla mancanza di volontà, altro.....) si potrà chiedere allo stesso TAR, nell'ambito del successivo giudizio di ottemperanza, la nomina del "commissario ad acta", che si sostituirà agli organi della P.A. Certamente si tratta di una strada che richiede il sostenimento di costi non trascurabili e un'attenzione costante alle posizioni dei privati cittadini lesi. È presumibile che, a fronte di una situazione di inerzia più o meno palese della pubblica amministrazione, occorra adire più volte in successione il TAR affinché l'amministrazione o in forza della pronuncia del Tribunale amministrativo oppure dei provvedimenti assunti dal commissario ad acta, finalmente ottemperi all'obbligo di far rispettare le previsioni normative vigenti. Inoltre occorrerà cercare di avere un'interlocuzione costante con gli uffici dell'Amministrazione (in particolare del comune e dell'agenzia regionale per l'ambiente).

È interessante accennare anche alla decisione del TAR Lombardia, Sez. I, 16 settembre 2019, n. 1979, la quale ha acclarato la sussistenza di un vero e proprio obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione per una fattispecie del tutto analoga a quella trattata dal Consiglio di Stato, tant'è che il ricorso è stato accolto *"nella parte relativa alla contestazione dell'inerzia del Comune di Milano e per l'effetto ordina al Comune di provvedere sull'istanza presentata dai ricorrenti entro il termine di 60 giorni [...]"*.

Da precisare che nel procedimento contro l'inerzia della P.A. i cittadini potranno chiedere il risarcimento del danno già patiti fino a quel momento.

Anche in situazione di tal fatta nulla vieta ai disturbati di avviare una causa contro il Comune in sede civilistica come nel caso del Tribunale di Brescia sopra commentato per chiederne la condanna ad assumere i

provvedimenti idonei a far cessare/ridurre le immissioni moleste. Ma gli scriventi ritengono di consigliare l'azione amministrativa (in linea generale ovviamente ma ogni caso va esaminato preliminarmente con attenzione e implica una risposta ad hoc), principalmente per due ragioni:

a) se è il Comune che (a seguito di esposti dei cittadini oppure perché obbligato dal TAR all'esito di una azione contro la sua inerzia) assumerà provvedimenti restrittivi (che abbiamo sopra passato in rassegna) dell'attività dei locali, sarà il Comune a dover gestire l'eventuale contenzioso con questi, e quindi farsi carico dei costi connessi (spese legali, peritali), fatta salva ovviamente la facoltà per i cittadini (se già non chiamati nel giudizio in qualità di controinteressati) di intervenire a sostegno dell'operato dell'amministrazione;

b) per sottrarsi ad una insidiosissima e pressoché immancabile eccezione che la Pubblica amministrazione convenuta in causa solleva in questi casi, ossia di difetto di giurisdizione del Giudice civile. Infatti, è bene osservare come ogniqualvolta in un'azione giudiziaria sia implicato il sindacato su un provvedimento amministrativo ovvero che la pretesa fatta valere interferisca nella sfera di discrezionalità della P.A., sussiste il rischio che venga eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in quanto giudice non deputato a sindacare l'operato della pubblica amministrazione allorché essa eserciti un pubblico potere.

Si tratta di un aspetto che va analizzato attentamente prima di decidere la giurisdizione da adire (e contestualmente l'azione da propugnare) per ridurre il rischio che l'eccezione venga accolta con l'effetto inevitabile di costringere il cittadino a rivolgersi ad un altro giudice e con il rischio che se l'azione sia stata proposta nanti il giudice ordinario oltre i termini di decadenza previsti per il giudice amministrativo, quest'ultimo – successivamente adito in riassunzione – dichiari l'azione inammissibile per tardività.

Nel caso i disturbati optassero per l'azione contro il Comune in sede civilistica, dovranno aver cura – per sottrarsi all'eccezione di difetto di giurisdizione – di dedurre unicamente la violazione dei diritti soggettivi (salute, proprietà, qualità della vita) senza mettere in discussione atti emessi dalla Pubblica amministrazione e senza entrare nel merito dei provvedimenti da assumere.

I disturbati potranno far valere anche il diritto al risarcimento dei danni patiti in conseguenza dovuto alla colpa (omissiva) dell'Ente pubblico che non è intervenuto a far cessare il disturbo

6) La denuncia penale. Ulteriore suggerimento è quello di valutare se unire alla iniziativa, vuoi in sede amministrativa che privatistica, un possibile interessamento della competente Procura della Repubblica (valutando attentamente che ne sussistono i presupposti). Ai sensi dell'art. 328 (rifiuto di atti di ufficio), comma 1 c.p. il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. Inoltre successivo comma 2 (omissione di atti d'ufficio) prevede che fuori dei casi previsti di cui sopra, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.03.00. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa. Sicché i cittadini potranno intimare l'emanazione delle misure atte a far cessare le molestie nei loro confronti nei confronti degli organi preposti della pubblica amministrazione anche ai sensi e per gli effetti del citato articolo 328 c.p.

Abbiamo suggerito di unire l'azione penale ad altra iniziativa per il fatto che la norma penale ha lo scopo di punire il colpevole, non quello di trovare soluzioni al problema sottostante (scopo che è proprio invece sia della norma amministrativa che di quella privatistica).

Ma è ovvio che una denuncia penale (allorquando fondata e la valutazione va compiuta con la massima ponderazione) può costituire un formidabile mezzo di pressione sugli organi che nell'ambito di quella Pubblica amministrazione sarebbero stati in dovere di intervenire perché finalmente assumano i provvedimenti adeguati, e ciò per alleggerire la loro posizione nel procedimento penale che si aprisse o che fosse già aperto.

In conclusione: le problematiche connesse alla cosiddetta «Malamovida» sono sicuramente complesse e scontano l'assenza di politiche legislative consapevoli, adeguate e coerenti. Spetta, pertanto, all'interprete,

giudice, avvocato e consulente tecnico, tentare di supplire a questi palesi decennali vuoti normativi, per tentare di trovare soluzioni quanto più soddisfacenti per tutte le parti interessate, sobbarcandosi l'onere di trovare soluzioni che rispondano alla graduazione dei diritti che connotano il nostro ordinamento giuridico, nel quale – per principio consolidato - il diritto alla salute ed al riposo devono prevalere sulle esigenze di svago della popolazione e sugli interessi economici degli operatori commerciali.

14 Dicembre 2020

-0-0-0-0-0-0-

(1) art. 844.c.c. Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi. Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso).

Art. 2043 c.c. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno

(2) Art. 659 c.c. chiunque, mediante schiamazzi o rumori, ovvero abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche ovvero suscitando o non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone, ovvero gli spettacoli, i ritrovi o i trattenimenti pubblici, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 309. Si applica l'ammenda da euro 103 a euro 516 a chi esercita una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'Autorità.