

Note sui poteri amministrativi straordinari*

Silia Gardini

SOMMARIO: 1. I poteri amministrativi straordinari: inquadramento del campo di indagine. – 2. Mappatura normativa dei poteri straordinari: il potere commissariale e gli atti necessitati. – 2.2 *Segue*: Il potere straordinario di ordinanza. – 3. La formazione del provvedimento straordinario: il “giudizio di necessità”. – 3.2 *Segue*: La guida normativa dei principi generali ed il “giudizio di proporzione”. – 4. Alcune riflessioni sul sindacato del Giudice amministrativo sui provvedimenti amministrativi straordinari. – 5. Un’appendice doverosa: le nuove declinazioni del potere straordinario al tempo dell’emergenza sanitaria “Covid-19”. – 6. Conclusioni.

1. *I poteri amministrativi straordinari: inquadramento del campo di indagine*

Affrontando il tema del potere straordinario, si fa inevitabilmente riferimento ai concetti di “emergenza”, “necessità”, “contingibilità”. Su tali nozioni la dottrina si è ampiamente soffermata¹, descrivendo il fenomeno giuridico dell’e-

* Quando il presente lavoro era già in fase conclusiva, si è diffusa la pandemia da Covid-19, con la conseguente significativa modifica del quadro normativo: si è ritenuto opportuno, perciò, inserire un breve *focus* sulle misure amministrative, esemplificative del potere straordinario, adottate negli ultimi mesi.

¹ Si vedano, *ex multis*, U. Gargiulo, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; F. Bartolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003; Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA 2005, Milano, 2006; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; A. Morrone, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. Vignudelli, Milano, 2009, 133 e ss.; A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; M. Brocca, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012; P. Savona, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013.

mergenza come la più generale «valvola di sicurezza» dell'ordinamento², «una sorta di zona di limite del diritto pubblico, nella quale si trovano ad operare forze contrapposte»³ e nell'ambito della quale – in virtù della imprevedibilità di determinati eventi, ovvero in ragione della impellente necessità di determinate esigenze – è doveroso prescindere dall'applicazione degli ordinari strumenti di amministrazione a favore di regimi giuridici speciali ed *extra ordinem*.

Le vicende che ruotano intorno a quello che comunemente viene definito “diritto amministrativo dell'emergenza” meritano, però, di essere esaminate non soltanto dalla prospettiva dei loro fattori causali e legittimanti, ma anche e soprattutto avendo riguardo alla qualificazione dei poteri che in tali contesti vengono esercitati ed alle modalità di azione che caratterizzano l'intervento della Pubblica Amministrazione. Considerata da questa visuale, l'emergenza non rileva in via immediata come fatto o evento impreveduto o imprevedibile, ma si qualifica come causa di uno “strappo” al tessuto amministrativo ordinario, che «si consuma» proprio «con l'ingresso di un potere straordinario»⁴ nell'azione dei pubblici poteri.

Com'è noto, Carl Schmitt definiva “sovrano” proprio «chi decide sullo stato di eccezione», colui che, con legittimità auto-prodotta, può alterare l'ordine “normale” delle leggi, assumendo una decisione che per quella determinata fattispecie diventerà regola⁵. Ciò non significa che la decisione⁶, nel pensiero di Carl Schmitt, sia un elemento extra-giuridico, ma solo che con essa il sovrano sia in gra-

² La più autorevole dottrina ha individuato in tali strumenti «una valvola, in tutti gli ordinamenti moderni, a disposizione dell'amministrazione, per sfuggire alla condizione rigidissima della legge», al fine di fronteggiare situazioni imprevedibili (cfr. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 102).

³ In tali termini, F. Donati, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, 27 ss.

⁴ C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA 2005, Milano, 2006, 12.

⁵ C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, 2012, 27-86. Tale concetto esprime la più ampia idea secondo cui il diritto stesso è decisione (e non norma) e che la decisione si manifesta come eccezione, come evento *straordinario* che, nel caso limite, è atto di potenza pura o di volontà sovrana: è l'atto senza fondamento che dimostra che l'autorità non ha bisogno del diritto per creare diritto.

⁶ A parere di Mario Nigro una delle aporie del pensiero schmittiano sta nel fatto che «il nostro studioso, se ha sempre parlato di decisione politica a proposito degli argomenti più vari, non ha mai dedicato al concetto un'apposita riflessione. Tutti gli scritti di Schmitt ruotano intorno al concetto di decisione, nessuno se ne occupa espressamente ed esaurientemente» (M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XV, 1986, 707). Sul tema specifico della decisione amministrativa, si vedano: M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1953; Id., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 810; M.S. Giannini, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1956, IV, 172, ora anche in *Scritti giuridici*; E. Cannada Bartoli, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 268; A. Travi, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 524; F. Merusi e G. Toscano, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988, 1; M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; A. Police, *La Predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

do di creare norme a partire da una situazione di assenza di norme. *L'Ausnahmezustand*, lo “stato d’eccezione” non rappresenta, dunque, semplicemente lo stato di guerra o di assedio, ma può essere configurato – in senso più ampio – come la sfera di potere più esterna e non contemplata dalla legge, il punto nel quale la legge si applica disapplicandosi. Lo schema è il medesimo che si configura laddove l’Amministrazione è chiamata ad emanare un provvedimento a natura oggettivamente straordinaria: esso, come meglio si vedrà, presuppone l’esercizio di un potere “libero” dagli stringenti vincoli del principio di legalità ed è esso stesso fonte di disciplina della fattispecie a cui si riferisce.

Di certo, nell’orizzonte teorico schmittiano “lo stato di eccezione” è considerato come un concetto limite: mettendo l’accento sul caso estremo, si trascura la distinzione – nel nostro caso, invece, centrale – fra deroga e sospensione della legge, lasciando del tutto in ombra l’accezione “relativa” del fenomeno, ovvero quella situazione imprevista, e in questo senso eccezionale, cui l’ordinamento reagisce instaurando un regime giuridico parzialmente sostitutivo o derogatorio rispetto a quello ordinario, ma che non tocca la vigenza delle norme costituzionali, né dei principi generali del diritto⁷.

In altre parole, se l’eccezione assoluta mette in crisi l’intero ordinamento, causando una rottura costituzionale, l’eccezione relativa sembra avere, al contrario, «come obiettivo la conservazione dell’ordine esistente e costituisce un fatto interno all’ordinamento costituzionale»⁸. L’eccezione/straordinarietà così intesa, lungi dal rappresentare una “fuga dalla legalità”, impone invece di *salvaguardare la legalità uscendo da essa*⁹, ovvero ricorrendo ad un particolare potere plasmato non dalla legge puntuale e concreta, ma dal criterio dell’adeguatezza dell’azione amministrativa alle circostanze scaturite dalla situazione emergenziale.

Il sistema giuridico può essere, così, considerato come un sistema autopoietico¹⁰ nella misura in cui esso tende naturalmente a ri-produrre e reinterpretare i propri contenuti attraverso un insieme di circuiti decisionali, finalisticamente orientati alla focalizzazione delle questioni socialmente rilevanti ed alla gestione delle dinamiche ad esse connesse.

⁷ Così: M.A. Cabiddu, *Stato di eccezione*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, 4.

⁸ A. Fioritto, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 33.

⁹ V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 127, nota come l’eccezione sia solo un “artificio tecnico giuridico” che assicura, anche in condizioni di emergenza, la prevalenza di quel che è normale.

¹⁰ Il concetto di autopoesi (dal greco αὐτο, “sé stesso”, e ποιησις “creazione” o “produzione”) fa riferimento ad un sistema chiuso capace di creare sé stesso. Il termine è stato utilizzato per la prima volta nel 1972 dai biologi Humberto Maturana e Francisco Varela per definire la chimica di auto-mantenimento delle cellule viventi. Da allora il concetto è stato applicato anche ai campi della teoria e della sociologia dei sistemi, in particolare grazie all’opera di Niklas Luhmann (cfr. N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005).

2. *Mappatura normativa dei poteri straordinari: il potere commissariale e gli atti necessitati*

Sotto il profilo definitorio, la distinzione generale tra poteri amministrativi ordinari e poteri amministrativi straordinari, come puntualmente rilevato¹¹, non è comune nella sistemazione dottrinale del diritto amministrativo italiano. L'atto straordinario, in sé considerato, tende a sfuggire ad inquadramenti dogmatici puntuali, finendo spesso per essere qualificato soltanto in termini negativi, come ciò che non è ordinario, comune o prevedibile. La stessa nozione di "straordinarietà", nel lessico dottrinale e legislativo, risulta utilizzata per lo più con riguardo al profilo soggettivo del potere, con il fine di indicare tutti quegli organi – appunto "straordinari" – non contemplati nel disegno organizzativo dell'amministrazione e costituiti *una tantum* da un'autorità amministrativa, politica o giudiziaria di rango superiore per far fronte ad esigenze specifiche e transitorie¹², connesse a situazioni in vario modo patologiche dell'azione o dell'organizzazione amministrativa. Gli organi straordinari vengono configurati così come *rimedio* a situazioni di disagio amministrativo, di inefficienza, di irregolarità o di omissione di condotte giuridicamente vincolanti da parte degli organi ordinari.

Il potere amministrativo straordinario viene qui "tradotto" dal legislatore nella previsione di varie figure soggettive, qualificate come commissioni o commissari straordinari¹³, nonché di una serie di istituti giuridici che, al di là delle specifiche normative di settore, risultano teleologicamente riconducibili all'art. 120, comma 2 della Costituzione¹⁴. I due profili – commissariamento e poteri sostitutivi – risultano, peraltro, intimamente connessi. La stessa costituzione dell'organo straordinario può essere interpretata, infatti, innanzitutto (anche se

¹¹ V. Cerulli Irelli, *Legalità e poteri straordinari*, in *Dir. Pub.*, 2007, 2, 350.

¹² *Ibidem*.

¹³ Per un inquadramento generale dell'istituto del commissariamento, si vedano: L. Tumiatei, G. Berti, *Commissario e commissione straordinaria*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960; R. Jusso, *Commissario governativo e prefettizio*, in *Nss. D.I., App.*, vol. II, Torino, 1980; G. Rizza, *Commissario straordinario*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1990. Più di recente, si evidenzia il lavoro di G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013.

¹⁴ La giurisprudenza costituzionale consolidatasi dopo la riforma del 2001 ha avuto modo di precisare come tale norma non escluda – al di là delle fattispecie di sostituzione *straordinaria* – la configurabilità da parte della legge di forme *ordinarie* di sostituzione di altri enti pubblici territoriali nei confronti di amministrazioni gerarchicamente sotto ordinate (attivabili al fine di salvaguardare interessi unitari che sarebbero compromessi dall'incapacità o dall'inerzia dell'ente che ordinariamente dovrebbe tutelarli), delineando piuttosto in capo al Governo un potere generale, straordinario ed aggiuntivo rispetto alle fattispecie espressamente previste dalla legislazione (cfr. Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 313, in *Foro it.*, 2004, I, 2675; Id., 27 gennaio 2004, n. 43, in *Le Regioni*, 2004, 4, con nota di F. Merloni, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, 1074 ss.). Dal canto suo, l'art. 8 della legge n. 131/03 delinea la procedura per l'esercizio dei poteri sostitutivi dello Stato, individuando una serie di garanzie volte ad assicurare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, indicati dall'art. 120 Cost. come parametri cui deve ancorarsi la disciplina legislativa dell'istituto.

non esclusivamente¹⁵), come uno “strumento di sostituzione”¹⁶ attraverso cui un soggetto o un organo estraneo all’organizzazione di un’Amministrazione (o, comunque, non investito dal legislatore delle funzioni interessate) esercita *in via straordinaria*, surrogatoria e transitoria determinate competenze che a quest’ultima spetterebbero in base alla legge. Ciò avviene sia nei casi in cui l’organo straordinario sia chiamato ad amministrare un ente pubblico in seguito al suo scioglimento per *inidoneità* allo svolgimento di attività di amministrazione o all’impedimento dei suoi organi ordinari, sia nel caso in cui esso sia costituito per il compimento di specifici atti amministrativi, a fronte dell’inadempienza della pubblica amministrazione competente o in virtù di specifiche esigenze scaturenti dalla particolarità della fattispecie che ne è oggetto.

In ogni caso, però, dal punto di vista contenutistico, il potere che il sostituto è chiamato ad esercitare non si discosta in maniera evidente da quello previsto in via ordinaria in capo al sostituito e – di riflesso – la straordinarietà del potere esercitato non si sostanzia in un intervento *extra ordinem*, ma viene a coincidere con la «rottura temporanea e funzionalmente circoscritta dell’ordine delle competenze»¹⁷. In questi casi, la straordinarietà del potere, qui intesa in termini strettamente soggettivi, si riflette direttamente sull’organizzazione e si lega all’esistenza stessa del commissario, i cui poteri risultano per lo più preordinati all’esercizio straordinario di una funzione ordinaria: è, dunque, il soggetto che agisce ad “assorbire” la connotazione di straordinarietà, mentre il potere che in concreto esso esercita viene incardinato all’interno di un insieme di attribuzioni che non

¹⁵ Alla figura commissariale risultano, infatti, attribuiti – accanto ai canonici poteri di sostituzione – anche poteri “nuovi” ed oggettivamente straordinari, incidenti in modo differente, rispetto all’amministrazione ordinaria, sull’assetto degli interessi tutelati dall’amministrazione sostituita. Tali poteri si riconnettono, però, a situazioni di natura emergenziale e fanno capo ad una diversa concezione dogmatica di potere straordinario, che sarà esaminata *infra*.

¹⁶ A tutte le figure commissariali sono, nel nostro ordinamento giuridico, ascrivibili – seppur con modalità e misure differenti – poteri di natura sostitutiva. Cfr., sul punto, G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., 62 ss. Il fondamento di tale potere surrogatorio, esercitabile *in primis* da parte dello Stato, è stato da sempre identificato dalla dottrina nel generale principio di diritto pubblico a mente del quale «incombe sullo Stato il dovere di richiamare all’osservanza della legge le stesse amministrazioni locali quando se ne allontanino e di supplire alla insufficienza delle amministrazioni stesse quando non vogliano o non possano adempiere ai loro uffici» (F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa a cura di G. Miele, Padova, 1960, 394). La sostituzione nel diritto amministrativo può essere definita, utilizzando le parole di autorevole dottrina, come l’istituto giuridico mediante il quale «una determinata attività o attribuzione o competenza considerata in modo concreto dal diritto positivo come spettante ad un soggetto venga data ad esercitare, per generale autorizzazione legislativa [...] ad un altro soggetto» (così, G. Miele, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 98). Il potere sostitutivo asseconda la più profonda vocazione garantista del nostro ordinamento e manifesta una intima connessione con il principio di sussidiarietà, anch’esso oggetto di esplicita consacrazione nella Carta fondamentale all’art. 118. Per una ricostruzione più accurata del potere sostitutivo si rinvia, in particolare, a M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2005 e la dottrina ivi citata.

¹⁷ V. Cerulli Irelli, *Legalità e poteri straordinari*, cit., 351.

si discostano da quelle ordinariamente previste dalla legge in capo alle amministrazioni competenti.

Così, ad esempio, i commissari prefettizi nominati a norma dell'art. 141 del D.lgs. n. 267/2000 hanno il compito di amministrare l'ente fino all'elezione del nuovo consiglio e del nuovo sindaco, esercitando in via principale tutti i poteri ordinari degli organi dell'ente locale¹⁸. Esercitano poteri sostanzialmente ordinari anche le figure commissariali previste dall'art. 11 della legge n. 400/1988 ed istituite «al fine di realizzare specifici obiettivi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei ministri, o per particolari temporanee esigenze di coordinamento tra amministrazioni statali»¹⁹. Alla luce di tale considerazione, parte della dottrina ha opportunamente rilevato che la qualificazione di tali ultime figure commissariali come “straordinarie” sarebbe sotto certi versi impropria, in virtù dell'assenza di elementi di straordinarietà nella concreta azione del Commissario, i cui atti appaiono privi di qualsivoglia forza derogatoria²⁰.

Organi commissariali straordinari possono, però, essere istituiti nel nostro ordinamento anche al di fuori dei casi di sostituzione riconducibili all'ordinaria amministrazione della cosa pubblica, per far fronte a differenti esigenze di natura contingente, occasionale ed eccezionale, in relazione alle quali – in virtù del particolare interesse pubblico da tutelare o sulla base dell'esperienza – risulterebbe ina-

¹⁸ I commissari prefettizi possono esercitare anche poteri oggettivamente straordinari e derogatori. Sul punto, cfr. *infra*.

¹⁹ La finalità della costituzione di tali organi straordinari governativi è quella di «dotare l'esecutivo di uno strumento operativo cui far ricorso quando si tratti di perseguire obiettivi specifici in un arco di tempo ristretto e sia necessario, nel contempo, coordinare in vista del medesimo scopo amministrazioni pubbliche diverse»: così si legge nella Relazione alla Proposta di legge n. 685 del 9 luglio 1989, richiamata da F. Teresi, *I commissari straordinari del governo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1447. Il commissario straordinario del Governo viene nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e previa deliberazione del Consiglio ed opera in settori strategici in cui l'esecutivo statale ritiene di dover concentrare in capo ad un soggetto statale, straordinariamente istituito, determinate competenze di coordinamento operativo o di fissazione di specifici obiettivi dell'azione amministrativa. Nel decreto presidenziale di nomina sono determinati i compiti del commissario e le dotazioni di mezzi e personale a sua disposizione; con lo stesso atto viene altresì stabilita la durata dell'incarico, che può tuttavia essere prorogata. Al momento sono in carica, ai sensi della l. 400/1988, quattro commissari straordinari del Governo: il Commissario straordinario del Governo per gli interventi di restauro e valorizzazione dell'ex carcere borbonico dell'isola di Santo Stefano a Ventotene; il Commissario straordinario del Governo per il recupero delle balle di rifiuti plastici pressati (Combustibile solido secondario) perse dalla Motonave “IVY” nelle acque del Golfo di Follonica; il Commissario straordinario di Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket ed antiusura; il Commissario straordinario di Governo per la gestione del fenomeno delle persone scomparse (cfr. www.presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/Organizzazione/CommissariStraordinari/index.html). È, altresì, possibile che ulteriori commissari straordinari governativi vengano nominati sulla base della previsione di specifiche normative di settore. Così avviene, ad esempio, con il Commissario straordinario del governo per la gestione del piano di rientro del debito pregresso del comune di Roma, nonché – di recente – con il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19 (cfr.: <http://presidenza.governo.it/AmministrazioneTrasparente/Organizzazione/CommissariStraordinari/index.html>).

²⁰ G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., 163..

deguato l'utilizzo degli organi ordinari. Tipico esempio è la figura del commissario straordinario per la protezione civile, istituito dalla legge n. 996 del 1970, vertice operativo dell'organizzazione dell'emergenza, organo investito di poteri atipici ed eccezionali che corrispondono alle esigenze contingenti prospettate dalla temporanea gestione di uno stato emergenziale. A questo soggetto è riconosciuta un'ampia capacità di valutazione della situazione concreta, cui è legata notevole autonomia dispositiva e di azione, anche al di fuori degli schemi ordinari tracciati dalla legge²¹.

In questi casi, a ben vedere, non si determina soltanto una alterazione dell'ordine delle competenze riconosciute in via ordinaria agli enti pubblici, ma alla sostituzione soggettiva si accompagna la previsione di attribuzioni "nuove" ed ulteriori in capo al commissario, ontologicamente riconducibili ad una differente e più pregnante accezione di straordinarietà, costruita intorno alla nozione di potere in senso stretto e qualificata dalla atipicità dei presupposti e/o degli effetti che derivano dal suo esercizio²², nonché dalla capacità derogatoria degli atti in cui esso si esprime.

Il concetto di "potere straordinario" può e deve, infatti, essere considerato ed analizzato soprattutto dal punto di vista strettamente oggettivo, prendendo cioè in esame le caratteristiche intrinseche delle attribuzioni conferite all'Amministrazione. Da tale prospettiva non appare più centrale la definizione delle peculiarità del soggetto che – collocato al di fuori del normale contesto organizzativo e funzionale dell'ente di cui assorbe le competenze – agisce in via straordinaria, ma il modo diverso in cui un'Amministrazione legislativamente titolare di una determinata funzione può esercitare i poteri ad essa connessi. Sono quasi sempre fattori esterni all'amministrazione, riconducibili alle ampie e già richiamate categorie di urgenza ed emergenza²³, ad influenzare e deviare astrattamente o materialmente l'andamento del pubblico potere che, a causa del verificarsi di una qualificata condizione che non consente di seguire l'ordinario *iter* procedimentale, pur rimanendo perfettamente incardinato all'interno della fattispecie normativa generale che lo prevede, viene esercitato in via straordinaria, ovvero in modo differente rispetto a quanto avviene nella disciplina comune.

La "rottura" nel sistema, in questi casi, può manifestarsi con diverse intensità.

²¹ Cfr. D. Caldirola, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, in *Amministrare*, 2/2010, 200 ss. Si veda anche G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., 33 ss. Il commissario straordinario per la protezione civile – attraverso il progressivo ampliamento oggettivo e temporale delle sue funzioni – incarna oggi una sorta di amministrazione "parallela", in cui la straordinarietà e l'ordinarietà si fondono e delineano un sistema ibrido di difficile inquadramento.

²² Accanto alla straordinarietà soggettiva coesiste, in questi casi, l'esercizio di poteri straordinari sotto il profilo oggettivo, per le cui caratteristiche si rinvia a quanto sarà avanti esposto, in particolare con riguardo ai poteri straordinari di ordinanza.

²³ Per un approfondimento della portata di tali concetti giuridici nel diritto amministrativo, si rinvia alle considerazioni espresse più avanti.

La prima espressione oggettiva della straordinarietà del provvedere si riconnette a quegli atti che Giannini definì come “provvedimenti necessitati”²⁴. Tali provvedimenti costituiscono una categoria con tratti costitutivi non dissimili da quelli dei provvedimenti amministrativi ordinari: il potere «resta dotato di tutti i suoi caratteri tipici, sia riguardo al soggetto (non viene derogato né l'ordine delle attribuzioni né quello delle competenze) sia riguardo all'atto adottato e ai suoi effetti (che resta quello previsto dalla legge nel suo modello tipico)»²⁵, salvo il presupposto «che in questi casi è costituito dall'urgenza». Ed è proprio questo presupposto a determinare quelle «modificazioni strutturali derivate»²⁶ dell'atto che le circostanze rendono necessarie ai fini della tutela dell'interesse pubblico. L'elemento caratteristico più importante degli atti necessitati sta, dunque, nel fatto che l'urgenza da cui essi discendono viene in astratto contemplata dalla norma attributiva del potere come causa legittimante di un intervento straordinario, in relazione al quale, però, la legge definisce sia i mezzi e le modalità attraverso cui l'autorità dovrà agire, sia le finalità particolari che essa dovrà perseguire.

Com'è noto, nella legge n. 241/1990 la possibilità di emanare atti necessitati è prevista, in particolare, con riguardo all'esclusione in capo all'amministrazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento qualora emergano «particolari esigenze di celerità» (art. 7). In via generale, dottrina e giurisprudenza amministrativa riconoscono la legittimità di tale deroga in tutti i casi in cui le esigenze di celerità nel provvedere si riconnettono alla necessità di evitare il protrarsi di situazioni “antigiuridiche”, giustificando la straordinarietà dell'azione alla luce di un accorto bilanciamento tra il principio di partecipazione ed i principi di celerità ed efficienza dell'amministrazione²⁷. Il dovere di motivazione (sempre richiesto per l'emanazione di tali atti anche in relazione alla sussistenza dei presupposti) risulta, peraltro, estremamente attenuato per specifiche categorie di provvedimenti, in relazione alle quali la giurisprudenza amministrativa è giunta a qualificare l'urgenza alla stregua di un vero e proprio presupposto di fatto dell'atto.

²⁴ M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. sez. civ.*, XXVII, I quadr., 1948, ora in *Scritti*, vol. II, 1939-1948, Milano, 949 ss.

²⁵ M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 952.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Sempre in via di principio, per derogare al dovere di comunicazione prescritto dall'art. 7 non si ritiene sufficiente una generica esigenza di celerità, ma viene richiesta la manifestazione di una “urgenza qualificata”, non imputabile al comportamento dell'Amministrazione e che quest'ultima possa congruamente rappresentare e motivare, con riguardo alle concrete esigenze di soddisfacimento del pubblico interesse cui il provvedimento è proteso (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 9 febbraio 2001, n. 580, in www.giustizia-amministrativa.it). Per un'analisi della giurisprudenza in materia, si veda R. Caranta, G. Ferraris, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000, 92 e le pronunce ivi citate. Per un preciso inquadramento dottrinale dell'art. 7 della l. 241, si rinvia a R. Proietti, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Commento agli artt. 7-8, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 566 ss. e, più in generale, a E.M. Marengi, *I confini del diritto alla partecipazione*, Milano, 2013, *passim*.

Sono proprio questi i provvedimenti che più efficacemente qualificano la categoria degli atti necessitati cui l'art. 7 della legge generale sul procedimento fa riferimento, "giustificati" dalla alterazione del substrato fattuale su cui essi incidono. Così avviene, ad esempio, nelle ipotesi di procedimenti in materia di documentazione antimafia e di quelli relativi alla consequenziale revoca dell'aggiudicazione degli appalti, i cui rispettivi provvedimenti sono considerati dal Consiglio di Stato intrinsecamente caratterizzati da profili di urgenza, tali da giustificare la totale assenza di qualsivoglia comunicazione preventiva all'interessato²⁸. Ugualmente avviene nei procedimenti per il rimpatrio con foglio via obbligatorio, in cui le garanzie partecipative sono sempre annullate al cospetto dell'urgenza di allontanare dal territorio nazionale un soggetto giudicato pericoloso²⁹. In materia urbanistica, anche il provvedimento volto alla rimozione di opere edilizie totalmente difformi o sprovviste di un legittimo titolo edilizio possiede pacificamente un'urgenza *in re ipsa*, che discende dal prevalente interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico violato e che legittima l'assenza della comunicazione di avvio del relativo procedimento³⁰.

La qualificazione di un provvedimento come "necessitato" non determina soltanto possibili deroghe alle norme sulla partecipazione procedimentale, ma può coinvolgere anche i profili più generali dell'azione amministrativa. Ciò avviene, ad esempio, nel codice dei contratti pubblici, dove si prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possano concludere appalti mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara in tutti i casi in cui – «per ragioni di estrema urgenza», per «eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice» e per fatti che non siano in alcun modo imputabili alla stessa – i termini ordinari previsti per le procedure aperte, per le procedure ristrette o per

²⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4454; Id., 7 luglio 2016, n. 3009; Id., sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756; Id., sez. V, 12 giugno 2007, n. 3126; Id., 28 febbraio 2006, n. 851; Id., sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 30 marzo 2009, n. 307, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Specularmente, a seguito dell'emanazione del provvedimento interdittivo, non sussiste per la Prefettura alcun obbligo di diretta comunicazione all'impresa interessata, la quale ne verrà a conoscenza dell'informativa soltanto attraverso i provvedimenti consequenziali (della stazione appaltante) che da essa deriveranno.

²⁹ In tali casi l'avvio del procedimento amministrativo dinanzi al questore coincide con l'emanazione del provvedimento di rimpatrio (cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 10 dicembre 2015, n. 1182, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Parte della giurisprudenza ritiene che anche nei procedimenti in materia di rilascio o rinnovo dei titoli di soggiorno non incidano sulla legittimità del provvedimento né la mancata comunicazione di avvio del procedimento di revoca del permesso di soggiorno, né l'omessa comunicazione delle ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno (cfr. T.A.R. Firenze, Toscana, sez. II, 6 giugno 2012, n. 1080; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, n. 71/2008, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

³⁰ Cfr. Cons. St., sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 4204, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Un profilo particolare che pare emerge da tale fattispecie normativa riguarda la sovrapposibilità dell'urgenza (che giustifica l'emanazione dell'atto necessitato) alla vincolatività dell'azione amministrativa nel caso che ne è oggetto.

le procedure competitive con negoziazione non possano essere rispettati (art. 63, comma 2, lett. c, D. lgs. n. 50/2016)³¹.

Norme procedurali derogatorie di ampia rilevanza emergono, con analogia *ratio legis*, anche nel T.U. sull'espropriazione, laddove sono previste modifiche alla disciplina procedimentale ordinaria – espressamente riconnesse a situazioni “di particolare urgenza” – tanto nella determinazione dell'indennità provvisoria ai fini dell'emanazione del decreto di esproprio (art. 22 d.P.R. n. 327/2001), quanto in relazione alla stessa occupazione dell'immobile da espropriare (art. 22-*bis*, d.P.R. n. 327/2001). È considerato atto necessitato anche quello emesso a seguito dell'esercizio del controverso potere di requisizione³² che, com'è noto, determina – in casi di grave ed urgente necessità³³ – la temporanea acquisizione da parte dell'Amministrazione della disponibilità di un bene (con la sua conseguente sottrazione a danno di chi vanta su di esso un diritto reale, al di fuori di un formale procedimento di espropriazione), al fine di tutelare in via immediata e diretta un pubblico interesse ritenuto prevalente³⁴. La norma che in via generale legittima l'esercizio di tale potere si rinviene nell'art. 7 della legge n. 2248/1865, all. E, che conferisce all'amministrazione la facoltà di disporre della proprietà privata “per grave necessità pubblica”.

L'elemento comune alle eterogenee fattispecie normative brevemente richiamate sta nel fatto che la straordinarietà che da esse emerge si sostanzia nell'eserci-

³¹ La norma è attuativa di quanto disposto in materia dalla disciplina comunitaria. Il Considerando 50 della direttiva 2014/24/UE precisa, infatti, che: «Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto [...]». La fattispecie, nella precedente versione del Codice, era stata in parte qualificata dalla legge n. 164/2014, che aveva inserito nell'ormai abrogato art. 57, comma 2 del D.lgs. n. 163/2006 l'espresso riferimento ad interventi urgenti di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati. La genericità della formulazione della norma oggi vigente lascia alle amministrazioni aggiudicatrici una maggiore discrezionalità nella individuazione degli eventi urgenti ed imprevedibili che giustificano l'alterazione del normale procedimento di selezione del contraente.

³² In tal senso, F. Pugliese, voce *Requisizione*, in *Digesto disc. pub.*, IV ed. vol. XIII, 1997.

³³ Le ragioni di urgenza in situazioni inaspettate, improvvise e imprevedibili, che legittimano il potere di requisizione sono riconnesse dalla giurisprudenza alla «impossibilità di utilizzare i rimedi ordinari previsti dall'ordinamento» (Cfr. Cons. St., Sez. I, parere n. 5820 del 31 dicembre 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Sul potere del sindaco di adottare provvedimenti di requisizione, si veda Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2007, n. 10, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁴ La giurisprudenza amministrativa ha ben chiarito che la requisizione non è assimilabile alla categoria delle ordinanze contingibili ed urgenti e neanche può essere considerato alla stregua di un mero atto ablativo «finalizzato per scopi urbanistici alla trasformazione del territorio con la realizzazione di un'opera pubblica» (cfr. la già citata Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2007, n. 10, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In dottrina, sulla requisizione si vedano, in particolare: A. Romano, *La requisizione tra sindaci, prefetti e giudici amministrativi*, in *Foro It.*, 1978, 174; G.B. Verbari, “*Requisizione (dir. amm.)*”, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 908; M. Vignale, *Requisizione ed altre ordinanze di estrema urgenza*, Napoli, 1989, 47 ss.

zio di un potere con tratti in parte diversi o derogatori e spesso più celere rispetto a quello ordinario, ma che risulta comunque predeterminato a monte da una disposizione generale di legge, nel pieno rispetto tanto della nominatività, quanto della tipicità degli effetti degli atti emanati dall'Autorità.

Ogni tentativo di distinzione (in particolare) nel campo delle scienze giuridiche – al di là delle più o meno rilevanti difficoltà definitorie che ne derivano – apre, inevitabilmente, un problema di rapporti ed intersezioni tra *categorie*. E così, anche nel caso della qualificazione dogmatica degli organi e dei poteri straordinari, in dottrina è stata discussa la questione della esatta individuazione del punto di discriminazione tra il potere genericamente inteso come straordinario ed il potere sostitutivo in senso stretto, tipico delle figure commissariali, organi straordinari già definiti come “strumenti di sostituzione”. Le due categorie hanno di certo alcune caratteristiche in comune, ed anzi tendono spesso a sommarsi ed a confondersi in un insieme di attribuzioni tra loro intimamente connesse; sarebbe, tuttavia, un errore ritenere di potere sovrapporre formalmente i due concetti³⁵.

Il potere straordinario, a differenza del potere sostitutivo, non si riconnette ad un inadempimento o ad un inesatto svolgimento della funzione amministrativa imputabile in capo ad un altro ente pubblico (ed, anzi, spesso la esclude), ma presuppone il verificarsi di una situazione imprevedibile e straordinaria, legata dall'individuazione del comportamento omissivo o commissivo di un soggetto “responsabile”. L'esercizio del potere sostitutivo, dal canto suo, non rinviene sempre la sua legittimazione una situazione di straordinarietà, ma può essere ordinariamente riconnesso dalla legge al mancato esercizio della funzione o al soddisfacimento di specifiche necessità di amministrazione attiva, fatto che determina la predisposizione da parte dell'ordinamento di un intervento rimediale per la tutela di interessi essenziali che verrebbero altrimenti pregiudicati o non valorizzati.

Il potere sostitutivo può essere esso stesso straordinario³⁶ (come avviene nelle ipotesi di intervento sostitutivo straordinario del Governo delineato in via generale dell'art. 120 Cost.) o essere affiancato ad ulteriori poteri di natura straordinaria e derogatoria, ma il potere straordinario non può in nessun caso essere oggettivamente considerato soltanto come potere sostitutivo. Un esempio utile ai fini di tale distinzione è rinvenibile nei già richiamati artt. 143 e seguenti del Testo unico degli enti locali, D.lgs. n. 267/2000, norme che disciplinano lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali in seguito a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso. In tali casi – com'è noto – è prevista la nomina di un organo straordinario incaricato del governo dell'ente, individuato

³⁵ Cfr. G. Avanzini, *Il commissario straordinario*, cit., 65 ss.

³⁶ Il potere sostitutivo è accostabile ad altri istituti tipici dell'organizzazione amministrativa, quali l'avvocazione, la delegazione e la supplenza, tesi a sopperire a possibili disfunzioni, ancorché da questi si discosti in quanto non avviene tra organi ordinari o permanenti.

in un commissario prefettizio. Ad esso sono attribuiti, accanto ai fisiologici poteri sostitutivi che discendono dal venir meno dell'Amministrazione locale (il commissario assume tutti poteri assegnati per legge al sindaco, al Consiglio comunale ed alla Giunta), anche ulteriori poteri di natura straordinaria, volti a fronteggiare esigenze peculiari connesse alla condizione patologica dell'ente. Tra questi, ad esempio, è prevista la possibilità di impiegare temporaneamente presso l'ente, in posizione di comando o distacco, personale amministrativo e tecnico facente capo ad altre amministrazioni ed enti pubblici, anche in deroga alle norme vigenti (art. 145, comma 1 T.U.E.L.). Sotto il profilo della straordinarietà, in tale fattispecie convivono una straordinarietà soggettiva – che si concretizza nella costituzione dell'organo prefettizio come sostituto dell'Amministrazione locale – ed una straordinarietà oggettiva, che riguarda la facoltà riconosciuta ai commissari di emettere atti derogatori rispetto alla legge. Dal punto di vista del potere in senso stretto, invece, ben si distinguono i poteri sostitutivi (che, in questo caso non hanno natura ontologicamente straordinaria, poiché determinano “semplicemente” il passaggio delle ordinarie attribuzioni di legge dagli organi comunali al commissario) dai poteri straordinari, che si qualificano in relazione alla necessità di intervenire in via derogatoria per far fronte alle esigenze del caso concreto, non altrimenti salvaguardabili³⁷.

2.1. Segue: *Il potere straordinario di ordinanza*

Al di là delle figure commissariali (manifestazione soggettiva del potere straordinario) e degli atti c.d. necessitati, esiste una terza, più ampia, intensa e con-

³⁷ Uno specifico potere sostitutivo intrinsecamente straordinario è anche quello riconosciuto dall'art. 39 del d.P.r. n. 380/2001 in capo alle Regioni per l'annullamento dei titoli edilizi illegittimi rilasciati dai comuni. L'esercizio del potere di annullamento regionale è attività ampiamente discrezionale, nella quale l'amministrazione è chiamata a contemperare l'opportunità di caducare l'atto illegittimo con quella di conservarne gli effetti, così come si sono venuti a comporre per effetto dell'atto stesso, in capo al destinatario del medesimo. Tale potere, esercitabile nel termine di dieci anni dall'adozione del titolo edilizio ed alla luce della sussistenza di «gravi motivi di interesse pubblico», è stato espressamente qualificato dalla giurisprudenza come “potere di natura eccezionale” con caratteri “di straordinarietà ed ampia discrezionalità”; esso incide, infatti, «sull'autonomia costituzionalmente garantita del Comune» in modo tale da non poterlo ricondurre all'ordinaria attività amministrativa (cfr. Cons. St., sez. VI, 22 aprile 1997, n. 660, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Tale potere non è, dunque, ascrivibile nel novero delle attività di controllo (cfr. Cons. St., sez. IV, 16 agosto 2017, n. 4008, in *www.giustizia-amministrativa.it*), né assimilabile ai poteri di annullamento in autotutela (in virtù della sostituzione soggettiva). L'esercizio del potere sostitutivo di annullamento regionale, a differenza dei poteri di autotutela del comune, non comporta un riesame del precedente operato, ma è finalizzato a ridelineare l'assetto edilizio, riconducendo le amministrazioni comunali – attraverso l'intervento di un altro soggetto giuridico, ovvero la Regione – alla rigorosa attuazione della normativa in materia, in relazione alla quale l'interesse pubblico all'annullamento è considerato *in re ipsa* (cfr. Cons. St., sez. IV, 16 marzo 1998 n. 443, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

trovera accezione del potere straordinario. Essa fa capo a quella categoria di atti amministrativi qualificati dalla legislazione come “atti di ordinanza”³⁸.

Nel 1948 Massimo Severo Giannini scriveva che, chiedendo agli «esperti di diritto» se taluni atti emanati dal Prefetto o dal Ministero dell'Interno fossero qualificabili o meno come “ordinanze”, se ne avrebbe avuto «senz'altro il consenso»; uguale risultato si sarebbe ottenuto asserendo che tali provvedimenti «attuano uno specifico potere di ordinanza», questione pacifica in particolare nei casi in cui si appalesi la necessità per l'Amministrazione di agire in via straordinaria. Se si fossero, invece, interrogati gli stessi soggetti sul contenuto e la qualificazione del potere di ordinanza, nessuno sarebbe stato «più in grado di rispondere con sicurezza»³⁹. A distanza di più di settant'anni dalle parole dell'autorevole Maestro, le vicende che ruotano attorno a tale tipologia di potere straordinario non si mostrano ancora pienamente lineari.

Il potere di ordinanza (la cui natura di atto amministrativo e non legislativo non è in alcun modo posta in discussione)⁴⁰, quando è preordinato all'emanazione di atti amministrativi puntuali e concreti, si qualifica sempre come potere «monocratico [...] primario e sussidiario»⁴¹. È un potere monocratico poiché viene di norma attribuito ad un organo individuale ed anche quando si colloca tra le attribuzioni di un'Amministrazione complessa, viene esercitato direttamente da un unico soggetto titolare del pubblico ufficio. Quanto alla sua qualificazione in termini di potere primario ovvero sussidiario, l'esempio più efficace di tale possibile diversa configurazione si rinviene nella disciplina del potere di ordinanza sindacale, che può incarnare una potestà propria, *primaria* del sindaco in qualità di capo dell'amministrazione comunale, ovvero concretizzarsi nel potere di un ufficio periferico dell'Amministrazione statale, di cui proietta – “sussidiariamente” – a livello locale le attribuzioni. Il potere di ordinanza è, dunque, fisiologicamente «polimorfo»⁴², atteggiandosi in forme tra loro differenti, anche quando viene esercitato dal medesimo organo. In alcuni casi l'atto di ordinanza è

³⁸ Il potere di ordinanza a cui si fa riferimento è, naturalmente, quello di natura provvedimentoale “puntuale e concreta”. Nel diritto amministrativo italiano la locuzione “ordinanza” non indica, infatti, un singolo istituto giuridico, ma – come osservato dalla dottrina – si riconnette ad una vasta ed eterogenea area di atti e provvedimenti: «oltre ai provvedimenti (puntuali e concreti), il nome è utilizzato sia per atti normativi [...], sia per atti generali attribuiti alla competenza di un organo monocratico (es. ordinanze del sindaco previste dal codice della strada)» (cfr. R. Cavallo Perin, *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo*, aggiornamento 2010, in *Digesto Discipline Pubblicistiche, X Vol.*, 1995, 366 ss.), nonché per determinati provvedimenti resi dall'Autorità giurisdizionale.

³⁹ M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 949.

⁴⁰ La Corte costituzionale e la giurisprudenza pacificamente qualificano i poteri d'ordinanza come poteri amministrativi, sia in senso formale, sia in senso sostanziale: «i provvedimenti in questione hanno il carattere di atti amministrativi, [...] strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale d'ufficio e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico» (cfr. Corte cost., sent. n. 8/1956, in *www.cortecostituzionale.it*).

⁴¹ F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 971.

⁴² F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, cit., 973.

“istituzionalizzato”⁴³ dall’ordinamento: esso si colloca nell’ambito della disciplina organizzativa interna della pubblica amministrazione e si manifesta tanto in atti amministrativi volti a regolamentare determinati settori, quanto in atti più dettagliati che statuiscono singole prescrizioni di comportamento all’interno del sistema organizzativo dell’ente. Non sempre agevole è, sotto questo profilo, la distinzione dell’atto di ordinanza dal provvedimento di ordine.

In via generale può ritenersi che, mentre l’ordine si atteggia come atto vincolato o frutto di discrezionalità tecnica, l’ordinanza consegue invece ad un processo valutativo/discrezionale dell’Amministrazione⁴⁴. In altri casi, il potere di ordinanza acquisisce funzioni di amministrazione attiva, ma non qualificata da elementi di straordinarietà. Il contenuto del provvedimento amministrativo discende da diritti o potestà tipici dell’amministrazione, dei quali costituisce concretizzazione o esercizio ed in relazione ai quali la legge descrive compiutamente tutti gli elementi costitutivi della fattispecie. Così accade, ad esempio, con i provvedimenti sindacali – in forma di ordinanza – che intervengono, ad esempio, sulla chiusura dell’accesso al pubblico a determinate proprietà comunali o regolamentano il traffico cittadino ed il commercio⁴⁵.

Solo una parte degli atti che il legislatore indica con la locuzione *de qua* può, dunque, essere ricondotta al *genus* dei provvedimenti necessitati e, così, essere associata all’esercizio di un potere amministrativo straordinario.

Il provvedimento straordinario di ordinanza può essere sinteticamente qualificato come atto necessitato che si colloca al di fuori dell’esercizio legalmente predeterminato della funzione amministrativa: degli atti necessitati ha il presupposto, rappresentato dall’urgenza di provvedere, ma da essi si discosta in ragione della atipicità derogatoria che lo caratterizza. L’ordinanza acquisisce, dunque, carattere straordinario quando assume le fattezze di un atto autoritativo volto ad imporre, vietare o regolamentare in maniera atipica un determinato comportamento⁴⁶ non predeterminato da una norma, al fine di salvaguardare un pubblico

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 33. Ciò non toglie che nella prassi atti catalogabili come ordini possono essere definiti ordinanze (o viceversa), attesa la disomogeneità nell’uso di tali termini da parte del legislatore.

⁴⁵ Esempio tipico di tale categoria di atti è quello descritto dall’art. 50, comma 7 del TUEL, norma che prevede un potere di ordinanza di natura ordinaria in materia di orari di vendita degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici (in attuazione degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell’ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione). Le ordinanze ordinarie vengono, poi, spesso utilizzate per particolareggiare le forme di contrasto a comportamenti altrimenti qualificati come illeciti, rafforzando gli strumenti di intervento previsti dalla legge o predisponendo più articolate forme di reazione dei pubblici poteri.

⁴⁶ Il provvedimento può riferirsi a soggetti determinati ed individuati, ovvero alla generalità dei consociati. «Le ordinanze contingibili ed urgenti, sia che si rivolgano a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono prov-

interesse generale⁴⁷ ed in ragione del verificarsi di un evento impreveduto. Si tratta di un provvedimento giustificato da una necessità non altrimenti fronteggiabile, il cui contenuto non viene prestabilito dalla legge, ma dalla fonte primaria risulta semplicemente autorizzato e rimesso alla scelta discrezionale dell'amministrazione (per tale ragione tali provvedimenti sono stati anche definiti da parte della dottrina come «ordinanze libere»⁴⁸). Il potere straordinario di ordinanza non ha, in altre parole, contenuti predefiniti. Esso rappresenta la manifestazione del potere straordinario «in senso proprio e pieno»⁴⁹: il provvedimento, in questi casi, «viene di volta in volta determinato con lo stesso atto di ordinanza, restando il relativo potere [...] virtualmente libero di scegliere qualunque oggetto entro quella materia e per quei fini»⁵⁰. In altre parole, la straordinarietà del potere non si manifesta solo nella sua potenzialità derogatoria (prevista in via generale per tutti gli atti necessitati), ma qualifica l'atto per l'indeterminatezza dei suoi contenuti, che si sostanziano in «tutto ciò» che nel caso concreto si renda necessario (anche a livello derogatorio) per il raggiungimento dello scopo prefissato dalla norma⁵¹, attraverso un processo di eterointegrazione. All'Autorità amministrativa viene, in sostanza, conferita la speciale «capacità»⁵² di esercitare, in determinate circostanze imprevedibili e transitorie, ogni tipo di potere che si renda necessario allo scopo, o perché la fattispecie verificatasi non era prevista da alcuna norma o perché quella stessa fattispecie è tale da esigere, a giudizio dell'Amministrazione, una disciplina diversa da quella individuata in astratto.

Le due caratteristiche strutturali tipiche delle ordinanze d'urgenza (o, che dir si voglia, ordinanze emergenziali, di necessità ed urgenza, contingibili ed urgenti) sono, dunque, l'astratta capacità derogatoria rispetto alle norme ordinarie e, soprattutto, l'indeterminatezza degli effetti prodotti, valutati discrezionalmente – di volta in volta – dal soggetto al quale la norma attribuisce il relativo potere.

vedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi». Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 04 gennaio 1977 n. 4, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴⁷ L'interesse non può, in questi casi, mai essere di natura «particolare»: cfr. *T.A.R. Campania, sentenza 08 febbraio 2006 n. 1776*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁸ L'espressione è di G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., 33.

⁴⁹ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Legalità e poteri straordinari*, cit., 353.

⁵⁰ In tali termini, G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, 90 ss.

⁵¹ Come affermato in dottrina, «[a] differenza che nel caso dell'esercizio in via di urgenza di poteri ordinari, qui le deroghe possono essere a loro volta innominate, non previste cioè dalla vigente disciplina; e in via di principio, si identificano come quelle rese necessarie dalla situazione di fatto, dall'esigenza di farvi fronte» (cfr. V. Cerulli Irelli, *Legalità e poteri straordinari*, cit., 355).

⁵² Cfr. V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pub.*, 2007, 2, 354.

Le norme che conferiscono il potere straordinario di ordinanza hanno, senz'altro, natura eccezionale. Tuttavia, a differenza delle norme speciali che prevedono situazioni di urgenza in contesti ordinariamente disciplinati, esse insinuano una sorta di contraddizione nel sistema delle norme e degli atti poiché determinano un'alterazione del principio di legalità dell'azione amministrativa, sotto il profilo della tipicità degli atti emessi dall'Autorità. Tale peculiarità si amplifica considerando l'importanza che gli atti di ordinanza assumono nell'ambito dell'attività amministrativa generale, rappresentando essi, anche in termini "quantitativi", la più rilevante espressione del potere straordinario nel nostro ordinamento.

Del controverso rapporto tra legalità ed ordinanze d'urgenza, nonché delle necessarie limitazioni ad esse applicabili⁵³, la dottrina ha, com'è noto, ampiamente discusso⁵⁴. La deroga al principio di tipicità è stata, così, ritenuta ammissibile solo al ricorrere di specifiche limitazioni ed in relazione a ben definiti presupposti, tutti necessariamente identificati dalla norma attributiva del potere. *In primis*, oltre all'urgenza connaturata a tutte le fattispecie di atti necessitati, risulta necessario il presupposto della contingibilità⁵⁵ della relativa azione e la connessa impossibilità di amministrare attraverso strumenti di natura ordinaria⁵⁶.

Strettamente connessa alla contingibilità è, poi, la provvisorietà degli effetti prodotti, temporalmente limitati alla risoluzione della situazione imprevista ed al "risanamento" dell'ordinario assetto amministrativo⁵⁷. La presenza congiunta di

⁵³ Con riguardo alla riserva di legge, sin dalle sue prime pronunce sul tema, la Corte costituzionale ha evidenziato la distinzione tra «i casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia e i campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge", o altra di eguale significato»: nella prima ipotesi (riserve assolute) è nettamente esclusa la possibilità che possa intervenire il potere di ordinanza; viceversa, nella seconda (riserve relative) il ricorso al potere straordinario di ordinanza è ammesso, a patto che la legge attributiva del potere «indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo al quale il potere è stato attribuito» (cfr. Corte cost., sentenze 20 giugno 1956, n. 8 e 27 maggio 1961, n. 26).

⁵⁴ Si veda, in particolare, anche per una completa ricognizione della dottrina sul punto, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità, passim*.

⁵⁵ Il concetto di contingibilità è associato all'idea della imprevedibilità. È stato, tuttavia, affermato che la situazione su cui interviene l'ordinanza può anche essere già nota all'Amministrazione che agisce in via d'urgenza, «o perché solo attualmente avvertita o perché solo attualmente divenuta improrogabile, come d'altronde può essere in generale prevedibile ma può presentare in certe circostanze caratteri di urgenza e gravità non prevedibili» (in tal senso, testualmente: G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 101).

⁵⁶ Cfr. M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 955: «in tanto vi è bisogno [del potere di ordinanza], in quanto si renda necessario provvedere, per causa di necessità, in modo derogativo (eccezionale) rispetto alla regolamentazione contenuta nelle norme positive: cioè il potere di ordinanza, quanto all'oggetto, è essenzialmente un potere derogatorio necessitato».

⁵⁷ In tale direzione si muove anche l'orientamento del Giudice amministrativo, che ha ben precisato come l'adozione del provvedimento straordinario presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da un'istruttoria adeguata e da una congrua motivazione, in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale. Contestualmente devono essere evidenti: la necessità di provvedere nell'immediatezza per il pericolo per la pubblica incolumità anche se non imminente, quando sussiste una ragionevole probabilità

tali elementi svolge, infatti, la imprescindibile funzione di «specificazione del contenuto dell'imposizione autoritativa, nel senso di consentire alla pubblica amministrazione solo quelle limitazioni indispensabili al perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio per le posizioni soggettive dei destinatari dell'atto»⁵⁸.

Nel nostro ordinamento poteri straordinari di ordinanza sono attribuiti, in via principale, al prefetto ed al sindaco, nonché agli organi del Servizio nazionale della protezione civile (che, invero, rappresenta un settore amministrativo del tutto particolare, per una serie di ragioni che verranno di seguito richiamate).

Norma "capostipite"⁵⁹ in materia è l'art. 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), che riconosce al Prefetto «nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica» il potere di «*adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*». Si tratta di un potere di evidente ampiezza, che appare *prima facie* privo di alcuna limitazione, se non quella teleologica, che discende dalla espressa finalità di rimuovere nel modo più sollecito possibile una causa di pregiudizio per l'ordine e la sicurezza pubblica. Il contenuto del potere appare, dunque, assolutamente libero ed infatti sulla norma che lo prevede è intervenuta la nota pronuncia della Consulta che, con nel 1961, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per l'assenza di un espresso riferimento ai principi generali dell'ordinamento quale limite al potere straordinario prefettizio⁶⁰.

che possa verificarsi, se non interviene prontamente, avendone constatato il deteriorato stato dei luoghi; la contingibilità intesa come impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi e l'urgenza come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile; la temporaneità dei loro effetti. Cfr., tra le pronunce più recenti, Cons. di Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; 24 luglio 2016, n. 3369; 22 marzo 2016, n. 1189, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁸ R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 62.

⁵⁹ L'espressione è di G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, *www.rivistaaic.it*, 2010, 9.

⁶⁰ Con una prima sentenza (Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8 in *Foro it.*, 1956, I, 1050) l'art. 2 del T.U.L.P.S. venne ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Corte costituzionale, la quale, peraltro, auspicò una sollecita revisione della norma da parte del legislatore, in modo da evitarne applicazioni o interpretazioni contrarie allo spirito della Costituzione. Nella stessa sentenza, la Corte indicò i criteri ai quali la nuova norma avrebbe dovuto attenersi, e cioè: efficacia limitata dei provvedimenti prefettizi in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicità; conformità del provvedimento ai principi dell'ordinamento giuridico. L'invito della Corte non è mai stato accolto dal legislatore, consentendo, tra l'altro alle Sezioni unite della Corte di cassazione l'affermazione – da collocare a prima vista fra le interpretazioni dell'art. 2 contrarie allo spirito della Costituzione temute dalla Corte costituzionale – secondo cui il prefetto ha il potere di disporre anche dei diritti soggettivi dei cittadini garantiti dalla Costituzione in presenza di circostanze di urgenza o necessità (Cass. Sez. unite 16 giugno 1958, n. 2058, in *Foro it.*, 1958, I, 1092). In considerazione di questa situazione, la Corte costituzionale, con una seconda sentenza di qualche anno successiva (Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26, in *Foro it.*, 1961, I, 888) dichiarò illegittimo l'art. 2 del TUPS nei limiti in cui attribuisce al prefetto il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, «dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino»; precisamente, le ordinanze prefettizie «non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga». In dottrina, si vedano gli autorevoli contri-

Al Prefetto sono attribuiti poteri straordinari di ordinanza anche dal Testo unico delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265). In particolare, l'art. 129 di tale *corpus* normativo stabilisce che «[i]n caso di sospensione o interruzione di un servizio farmaceutico, dipendenti da qualsiasi causa, e dalle quali sia derivato o possa derivare nocumento all'assistenza farmaceutica locale, il Prefetto adotta i provvedimenti di urgenza per assicurare tale assistenza». Questo potere, a differenza di quello generalissimo contemplato nel T.U.L.P.S., si riconnette allo specifico presupposto della sospensione o interruzione del servizio farmaceutico che il legislatore, a monte, ritiene meritevole di una tutela giuridica rafforzata ed atipica, in tutti i casi in cui non sia possibile provvedere in via ordinaria⁶¹.

Il soggetto che utilizza con maggiore frequenza e pervasività i poteri straordinari di ordinanza è, senza dubbio, il sindaco⁶². Com'è noto, il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, D. lgs. n. 267/2000, contiene le due principali norme attributive del potere straordinario d'ordinanza al sindaco, sia in qualità di capo dell'amministrazione comunale, sia quale ufficiale di gover-

buti di L. Mortati, *L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza è conforme a Costituzione?*, in *Democr. e Dir.*, 1960, 72 e V. Crisafulli, *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1961, 886 ss., che giudica contraddittorio il salvataggio operato dalla Corte della norma "in bianco" del T.U.L.P.S. A seguito di questa pronuncia manipolativa, è stato "trasferito" in capo alla Pubblica Amministrazione in prima istanza e, in via successiva ed eventuale, ai giudici di merito l'onere di verificare – nelle singole fattispecie concrete – se l'ordinanza sia legittima in quanto emessa nell'esercizio di poteri conferiti dall'art. 2 del T.U.L.P.S. così come ricostruito dalla Corte, ovvero se sia illegittima, risultando lesiva di diritti costituzionalmente garantiti o comunque collocandosi in materie nelle quali la Costituzione pone una riserva di legge. Ad ogni modo, non può non rilevarsi come, a dispetto dell'ampiezza del modello normativo, nella prassi tali provvedimenti abbiano, soprattutto in tempi più recenti, una applicazione sporadica e limitata a determinati settori, quali lo svolgimento degli incontri di calcio, la circolazione stradale o la vendita di alcolici. L'art. 2 del T.U.L.P.S. deve, inoltre, essere coordinato con il successivo art. 216, a norma del quale «qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda all'intero territorio della Repubblica, il Ministro dell'interno può emanare ordinanze anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica». La disposizione ha evidentemente natura integrativa rispetto a quella che prevede l'attribuzione di poteri straordinari in capo al Prefetto e prevede espressamente il potere di derogare alla legislazione vigente. Secondo parte della dottrina, la circostanza che non si registrino attivazioni della competenza straordinaria successive all'entrata in vigore della Costituzione dovrebbe far concludere per la sua tacita abrogazione (cfr. G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit., 12).

⁶¹ Poteri straordinari in materia sanitaria sono riconosciuti anche al Ministro dell'interno al verificarsi di emergenze epidemiche, attraverso l'attribuzione del potere di «emettere ordinanze speciali per la visita e la disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa» (art. 261 T.U.L.S.). Anche la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, l. 23 dicembre 1978, n. 833, prevede al suo art. 32 in capo al Ministro della sanità un potere di «emettere ordinanze di carattere contingibile ed urgente, in materia di igiene e sanità pubblica o di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più Regioni». Nelle medesime materie, è riconosciuto un analogo ed atipico potere di ordinanza al Presidente della Giunta regionale ed al sindaco, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni ed al territorio comunale.

⁶² Per una più accurata ricostruzione del potere di ordinanza sindacale contingibile ed urgente, sia consentito rinviare a S. Gardini, *Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. Nuovi scenari, nuovi poteri*, in *Federalismi*, 2018, 15.

no⁶³. Si tratta di provvedimenti che vengono definiti dal legislatore “contingibili ed urgenti”, dunque riconnessi all'imprevedibilità ed alla necessità di un intervento immediato e ad effetti temporanei, secondo i già richiamati parametri definiti da dottrina e giurisprudenza.

Quale rappresentante della comunità locale, il primo cittadino ha facoltà, a norma dell'art. 50, comma 5 del T.U.E.L., di utilizzare il potere straordinario di ordinanza «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale»⁶⁴, nonché al fine di «superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana». Il presupposto della “necessità ed urgenza” risulta evidentemente “incanalato” dal legislatore verso specifici obiettivi di amministrazione attiva; la norma, tuttavia, pur individuando i settori all'interno dei quali

⁶³ Al sindaco sono attribuiti poteri straordinari di ordinanza anche da altre norme di natura speciale, collocate al di fuori del T.U.E.L. Tra queste, in particolare si segnala l'art. 258 del già citato Testo unico delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265), secondo cui «qualsiasi cittadino dimorante in un Comune in cui si sia manifestata una malattia infettiva di carattere epidemico, è tenuto nell'interesse dei servizi di difesa contro la malattia stessa, alle prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione delle quali venga richiesto dal Sindaco», nonché dall'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 (cfr. nota 61). Come ben rilevato in dottrina, la previsione espressa di questi poteri risulta oggi superflua, potendo essi ritenersi ricompresi nella ben più ampia previsione (che sarà analizzata *infra*) di cui all'art. 50, comma 5 del T.U.E.L., con riferimento a “emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale” (cfr. G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit., 19). Un'altra norma speciale attributiva di un potere straordinario di ordinanza al sindaco è l'art. 191 del Codice dell'Ambiente, D.Lgs. n. 152/2006, al fine di disporre specifiche forme di gestione dei rifiuti, in deroga alle previsioni dello stesso Codice. In questo caso è da ritenersi prevalente la disciplina contenuta nella legge speciale, in virtù dei maggiori oneri procedurali che gravano sul sindaco, alla luce della sensibilità della materia trattata.

⁶⁴ In occasione della recente emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del virus Covid-19, le ordinanze sindacali volte a contrastare situazioni di emergenza sanitaria si sono moltiplicate. Si tratta di provvedimenti il più delle volte confermativi di disposizioni adottate a livello centrale o regionale, ovvero di misure finalizzate ad inasprire le stesse in ambito locale. Il contenuto di tali provvedimenti è vario. Numerose sono state, ad esempio, le restrizioni della mobilità personale: sono stati vietati l'accesso del pubblico ai parchi, alle aree gioco e ai giardini pubblici, le passeggiate e qualsivoglia forma di attività sportiva, fisica e motoria all'aria aperta, l'uscita con l'animale di compagnia per le sue necessità fisiologiche al di fuori delle immediate vicinanze dell'abitazione, la sosta davanti alle attività commerciali, gli spostamenti in entrata e uscita dal territorio comunale. Ancora, è stata disposta la chiusura dei cimiteri comunali, la sospensione dei tutti gli eventi culturali e sportivi sul territorio comunale e del rilascio di tutte le autorizzazioni per l'esecuzione di lavori; è stato vietato l'ingresso negli esercizi commerciali senza la mascherina o comunque un dispositivo di protezione delle vie aeree, nonché limitata l'apertura degli esercizi commerciali autorizzati nella giornata di domenica (cfr., *ex multis*, ordinanza del Comune di Cagliari, n. 19 del 25 marzo 2020, in www.comune.cagliari.it; ordinanza del Comune di Corigliano Rossano, n. 53 del 20 marzo 2020, in www.comune.corigliano-rossano.cs.it; ordinanza del Comune di Santa Margherita Ligure, n. 20 del 22 marzo 2020, in www.comunesml.it). Il più delle volte le ordinanze recano nell'intestazione il riferimento normativo congiunto agli artt. 50 e 54 del T.U.E.L., individuando dunque una fonte normativa *ibrida*, che dalla tutela della salute si estende fino all'incolumità pubblica ed alla sicurezza urbana. Invero, si tratta di una prassi abbastanza diffusa ed utilizzata anche laddove il potere di ordinanza – come nel caso dell'art. 192 del T.U. ambientale – sia attribuito da una specifica norma di settore. Secondo parte della dottrina, questo ricorso improprio sarebbe addebitabile non solo alla non precisa applicazione delle norme da parte dell'amministrazione, ma anche alla eccedenza di disposizioni che riconoscono al sindaco poteri necessitati di ordinanza (in tal senso, G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit.). Cfr., *infra*, par. 5.

il sindaco può fare ricorso allo strumento straordinario, non elimina la difficoltà qualificatoria delle fattispecie, che discende dalla fisiologica genericità delle finalizzazioni in essa contenute⁶⁵.

Una seconda tipologia di ordinanze – che ha un più ampia rilevanza, anche in virtù della sensibilità degli interessi coinvolti – è quella prevista dall'art. 54 del T.U.E.L. che, nell'individuare le attribuzioni spettanti al Sindaco nelle funzioni di competenza statale, al quarto comma prevede che esso «quale ufficiale del Governo»⁶⁶ possa adottare provvedimenti contingibili e urgenti «al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»⁶⁷. I poteri conferiti appaiono anche in questo caso assai ampi, tanto nei presupposti legittimanti, quanto nelle relative modalità di esercizio. Il riferimento ai «gravi pericoli» incide solo sul *quantum* del *periculum*, mentre la finalità di tutelare la «incolumità pubblica» e la «sicurezza urbana» non è di per sé sufficiente ad escludere la natura generalissima dell'istituto⁶⁸. Anche in questo caso, l'elencazione ora contenuta nel nuovo comma 4-bis dell'art. 54 del T.U.E.L. (che in parte ripropone quanto disposto, a ridosso della precedente riforma legi-

⁶⁵ Nel tutelare la fumosa «vivibilità cittadina», il Sindaco interviene per prevenire e contrastare le più varie situazioni di incuria e degrado, di scadimento della qualità urbana, nonché i fatti o i comportamenti che costituiscono intralcio allo svolgimento delle attività urbane. Si considerino, a titolo esemplificativo, le numerose ordinanze che vietano di bivaccare e mendicare nei centri urbani o che proibiscono tutti quei comportamenti idonei ad alterare il decoro urbano (quali il conferimento dei rifiuti, l'attività dei locali notturni, gli schiamazzi); le ordinanze che pongono il divieto di consumare bevande alcoliche al di fuori dei pubblici esercizi regolarmente autorizzati ovunque oltre un certo orario o, molto più spesso, limitatamente all'utilizzo di bottiglie e/o bicchieri di vetro o di metallo che possano essere successivamente abbandonati nelle vie e piazze del comune, ovvero i provvedimenti che vietano di creare situazioni che intralcino la viabilità, quali la vendita o l'offerta di servizi per le strade (cfr., *ex multis*, ordinanza del Sindaco di Monza, n. 2 del 23 luglio 2014, in www.comune.monza.it; ordinanza del Sindaco di Lodi, n. dell'11 agosto 2017, in www.comune.lodi.it).

⁶⁶ Nei settori individuati dall'art. 54 del T.U.E.L., il sindaco agisce come ufficiale del governo ed esercita, dunque, un potere statale in via delegata. Per tale ragione, l'ordinanza contingibile ed urgente – pur essendo soggettivamente emanata dal sindaco – si configura alla stregua di un atto statale. La subordinazione gerarchica che deriva dal rapporto così configurato comporta la non definitività del provvedimento (che può essere impugnato, in via amministrativa, con ricorso gerarchico al prefetto) e l'instaurazione su di esso di un controllo di merito da parte dell'organo governativo, con i connessi poteri di direttiva, sostituzione ed annullamento. La giurisprudenza ha, però, in alcuni casi negato l'esistenza di un vero e proprio legame gerarchico, prospettato un rapporto di direzione e coordinamento tra enti. La generale scelta del T.U.E.L. di mantenere la qualità di ufficiale del governo in capo al sindaco è stata, peraltro, criticata da parte della dottrina, che ha ritenuto una tale sottoposizione gerarchica troppo lontana dai dettami costituzionali in materia di autonomia, decentramento e sussidiarietà (cfr. W. Giulietti, *Ampliamento delle funzioni del sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, 310).

⁶⁷ Com'è noto, nella sua precedente formulazione, l'art. 54 era stato oggetto di censura da parte della Corte costituzionale che – con la sentenza n. 117 del 4-7 aprile 2011 – ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui comprendeva la locuzione «anche» prima delle parole «contingibili ed urgenti». Per un'analisi di tale sentenza e dell'impatto avuto sulla materia delle ordinanze sindacali, si rinvia P. Cerbo, *Principio di legalità e «nuove ed inedite» fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le regioni*, 2012, 215 ss.; G. Tropea, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 2011, 623 ss.

⁶⁸ Cfr. G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit., 5.

slativa, dal D.M. 5 agosto 2008), non ha valenza tassativa e si limita ad individuare i più diffusi ambiti di operatività della norma.

Vi è, poi, una terza norma attributiva di poteri di ordinanza sindacale definiti dal legislatore “contingibili ed urgenti”. Si tratta del comma 6 del medesimo art. 54 del T.U.E.L. In questo caso il potere straordinario appare ben inquadrato: dal punto di vista dei presupposti, il riferimento è limitato ai casi di emergenza «connessi con il traffico o con l’inquinamento atmosferico o acustico» ovvero a «particolari necessità dell’utenza o per motivi di sicurezza urbana»; sotto il profilo degli effetti, si prevede che il sindaco possa, con provvedimento contingibile ed urgente, modificare «gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici» e – previa intesa con le altre amministrazioni interessate – «gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio». Invero tali provvedimenti, in virtù della minima discrezionalità accordata all’amministrazione nella determinazione del loro contenuto, hanno natura di ordinanze speciali (adottabili in casi tassativamente previsti dalla legge) a contenuto vincolato e non possono essere dogmaticamente ricomprese – malgrado la loro denominazione legislativa – nella categoria dei provvedimenti straordinari di ordinanza. In tali casi sarebbe più corretto parlare di provvedimenti necessitati, secondo la già richiamata distinzione dottrinale⁶⁹.

Il terzo soggetto pubblico a cui la legge riconosce ampia facoltà di esercitare poteri straordinari di ordinanza si colloca all’interno di un sistema amministrativo del tutto particolare: il Servizio nazionale della protezione civile, istituito dalla l. n. 225 del 1992 ed ora disciplinato dal Codice di Protezione Civile (d. lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018). Tale settore, com’è noto, si estrinseca in una struttura multilivello e sussidiaria, diffusa sul territorio e coordinata e gestita a monte direttamente dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Il presupposto per l’attivazione degli organi della protezione civile è individuato dall’art. 7 del d. lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018 nel verificarsi di tre tipologie di possibili emergenze: a) emergenze connesse a eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall’attività dell’uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi da parte dei singoli enti ordinariamente competenti; b) emergenze che per loro natura comportano l’intervento coordinato di una pluralità di enti e amministrazioni e richiedono mezzi straordinari definiti dalle regioni e delle province autonome con propria legge; c) emergenze di rilievo nazionale che per ampiezza e intensità devono essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari durante periodi di tempo delimitati e predefiniti⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. *supra*, par. 2

⁷⁰ In linea con quanto già previsto dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, i grandi eventi sono stati eliminati dall’ambito di applicazione della disciplina emergenziale, come espressamente confermato dall’articolo 16, comma 3 del d. lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018, ai sensi del quale «non rientrano nell’azione di protezione civile gli interventi per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possano determinare criticità organizzative».

Prima del Codice, l'intervento nazionale era subordinato alla dichiarazione dello stato di emergenza. Oggi, lo "stato di mobilitazione", introdotto dall'art. 23 del d. lgs. n. 1/2018, supera questo limite e consente al sistema territoriale di mobilitare le sue risorse e di chiedere il concorso delle risorse nazionali, anche prima della dichiarazione dello stato di emergenza. Se l'evento si tramuta in calamità, si mette in moto la macchina emergenziale; in caso contrario, con un atto unilaterale del Capo Dipartimento si possono riconoscere i costi sostenuti da parte di chi si è preventivamente attivato. Qualora le eccezionali circostanze assumano una rilevanza nazionale (art. 7, comma 1, lett. c), ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei Ministri può deliberare lo *stato di emergenza di rilievo nazionale*, determinando la durata (fino ad un massimo di dodici mesi, prorogabili per il medesimo arco temporale⁷¹) e l'estensione territoriale dello stesso, in relazione alla qualità ed alla natura degli eventi che lo giustificano. La delibera dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri – resa dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio (formulata anche su richiesta del Presidente della regione o provincia autonoma interessata) – rappresenta condizione necessaria di legittimità per il successivo potere straordinario di ordinanza, del quale contiene espresse disposizioni anche in ordine al relativo esercizio⁷².

Dell'emanazione delle ordinanze sono competenti il presidente del Consiglio dei ministri o, per sua delega, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, i quali di regola si avvalgono di appositi commissari straordinari delegati, in relazione ai quali lo stesso provvedimento che reca la delega deve indicare il contenuto, i tempi e le modalità dei poteri ad essi conferiti. All'organo commissariale straordinario si è già fatto cenno nei paragrafi precedenti, venendo esso in luce – nell'analisi generale qui condotta – anche in ragione della straordinarietà soggettiva che esprime. L'organo straordinario in questi casi può essere appositamente costituito con l'esclusivo compito di esercitare i poteri straordinari di ordinanza necessari a fronteggiare la situazione di emergenza (la titolarità in questi casi è in genere conferita a un funzionario dello Stato espressamente deputato all'assunzione di detta titolarità), ovvero può essere individuato in un organo ordinario dell'Amministrazione statale, regionale o locale (il prefetto, il presiden-

⁷¹ Invero, nel pronunciarsi sullo schema del decreto legislativo di riordino della Protezione civile con parere del 19 dicembre 2017, n. 2647, la Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato aveva evidenziato come «l'astratta previsione della possibilità di prorogare lo stato di emergenza per ulteriori 12 mesi appare eccessiva. Si suggerisce di rimodulare i tempi riducendo l'estensione della possibile proroga a non più di sei mesi e prevedendo la necessità di una dettagliata motivazione sulle ragioni che hanno reso necessaria la proroga anche per evidenziare eventuali responsabilità».

⁷² Sul tema, si vedano in particolare: G. Caruso, *Protezione civile e potere di ordinanza*: note sull'art. 5 della legge n. 225/1992, in *Foro Italiano*, 1992, I, 3050 ss.; N. Ali, *Protezione civile. Usi e abusi delle "deroghe ad ogni norma contraria"*, in *Amm. It.*, 1995; F. Pedrini, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in *La prassi degli organi costituzionali*, a cura di A. Barbera, T.F. Giupponi, Bologna, 2008.

te della Regione, il presidente della Provincia o il sindaco del Comune interessato). In quest'ultimo caso, si verifica una situazione peculiare, in virtù della quale sussiste in capo al medesimo soggetto «[...] la titolarità di due organi, l'uno ordinario nell'ambito dell'ente di appartenenza e l'altro straordinario per l'attuazione degli interventi di protezione civile»⁷³. Le ordinanze, per espressa previsione normativa, possono derogare alle disposizioni di legge vigenti, ma nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto che dichiara lo stato di emergenza e, comunque, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Tali atti devono, peraltro, contenere l'indicazione espressa delle principali norme a cui si intende derogare in virtù della straordinarietà dell'intervento e devono essere motivate⁷⁴. Allo scadere dello stato di emergenza viene emanata un'ordinanza "di chiusura" che disciplina e regola il subentro dell'amministrazione competente in via ordinaria e individua il soggetto responsabile, d'intesa con la stessa amministrazione.

Non essendo possibile, in tale sede, esaminare compiutamente il sistema di funzionamento del sistema di protezione civile, basterà ricordare che i poteri di ordinanza attribuiti a tali organi si differenziano rispetto al modello tradizionale di ordinanza emergenziale sotto due profili. Il primo attiene al procedimento prodromico alla emanazione dei provvedimenti straordinari, che richiede la necessaria valutazione e deliberazione di uno stato di effettiva necessità. Il secondo profilo riguarda, invece, la amplissima capacità derogatoria dello strumento, in grado di sottrarre alla disciplina amministrativa ordinaria interi ambiti di amministrazione e non soltanto singoli e circoscritti eventi contingibili⁷⁵.

Da quanto finora detto, emerge con evidenza la particolare caratterizzazione del potere straordinario di ordinanza, che vale a qualificarlo e differenziarlo rispetto a tutte le altre estrinsecazioni di straordinarietà presenti nell'ordinamento. Tale potere manifesta, infatti, un intento diverso da quello della pura e semplice attribuzione ad organi straordinari di poteri formali, ovvero ad organi ordinari di poteri straordinari comunque predeterminati e valutati dal legislatore, mirando piuttosto a prefigurare strumenti atipici in grado di fronteggiare gli sviluppi dell'azione amministrativa in situazioni non assoggettate, né assoggettabili all'ordinario sistema delle norme e degli atti. L'atto di ordinanza discende, così, da una sorta di pro-

⁷³ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 363. La prassi di nominare commissario straordinario un soggetto istituzionalmente preposto all'amministrazione locale coinvolta dall'emergenza è considerato da parte della dottrina come espressione dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione (cfr. M. Francavilla, *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, in *Corr. Giur.*, 2008, 301 ss.).

⁷⁴ Le ordinanze sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e trasmesse ai sindaci dei comuni interessati per la pubblicazione nell'albo pretori. Per la loro emanazione è richiesta, altresì, l'acquisizione preventiva del parere delle regioni territorialmente interessate.

⁷⁵ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 366. Si veda anche S. Cassese, *I paradossi dell'emergenza*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA 2005, Milano, 2006.

cesso di “autoattivazione”, nell’ambito del quale allo stesso organo agente compete il giudizio, ampiamente discrezionale, sull’instaurazione dello stato d’urgenza che, a sua volta, legittima l’esercizio del potere straordinario. E non è forse superfluo evidenziare come in questi casi la questione della “decisione”, intesa come configurazione dell’orizzonte di una “scelta” connessa alla imperatività dell’azione pubblica, debba essere qualificata, con maggior vigore, non in termini di controllo/padronanza da parte dell’Amministrazione, bensì come capacità di modificare e rideterminare un assetto di interessi, di “rimescolare” gli ordinari criteri del bilanciamento in vista di un preminente e sopravvenuto interesse pubblico, in una dimensione di piena valorizzazione della “buona” discrezionalità.

Non sono, invero, mancate ricostruzioni volte ad affermare la sussistenza di un’assoluta contraddizione di fondo tra l’istituto *de quo* ed il supremo principio di legalità dell’azione amministrativa⁷⁶. Certo è che il potere straordinario di ordinanza rappresenta uno dei fattori più evidenti della crisi della legalità tradizionalmente intesa, troppo rigida per poter circoscrivere, in un diritto amministrativo caratterizzato da una crescente “incertezza”, un fenomeno quale quello emergenziale, che per la sua stessa natura tende a sfuggire a qualsiasi inquadramento giuridico. D’altro canto, è incontrovertibile il fatto che anche per l’esercizio dei poteri straordinari siano vigenti e debbano essere rispettati dei limiti giuridici invalicabili che si manifestano *per relationem*, per il tramite di una dimensione apparentemente più blanda del principio di legalità: il rispetto dei principi generali dell’ordinamento⁷⁷.

3. *La formazione del provvedimento straordinario: il “giudizio di necessità”*

Il punto più controverso delle disposizioni che si occupano di straordinarietà, necessità ed urgenza riguarda la particolare vaghezza della norma che delinea

⁷⁶ Cfr. M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, secondo cui «se il principio di legalità è il principio fondamentale dello Stato di diritto, la presenza delle ordinanze di necessità e urgenza significa che l’azione amministrativa non si risolve integralmente nel modello dello Stato di diritto, essendo sempre presente un’eccedenza non integrabile entro lo schema di quella totale giuridicizzazione del potere che costituisce il fine ideale dello Stato di diritto». Cfr., *infra* par. 6.

⁷⁷ Prim’ancora che dalla legge, tale limite generale era stato ben espresso dalla giurisprudenza costituzionale che, a partire dagli anni ’50 del secolo scorso, ha riconosciuto la legittimità delle norme attributive di poteri straordinari di ordinanza purché vincolati ora «ai presupposti dell’ordinamento giuridico» (in tal senso, Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, in *Giur. Cost.*, 1956), ora al «rispetto dei principi dell’ordinamento giuridico» (Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26, in *www.cortecostituzionale.it*). Tali limiti erano stati, in verità, già individuati dalla dottrina amministrativa; agli inizi del ’900 il Cammeo aveva, infatti, chiaramente sostenuto che le ordinanze sindacali contingibili e urgenti non potevano «mai sopprimere il diritto [...] pur potendo regolarlo» (cfr., F. Cammeo, *Sanità pubblica: fonti e organizzazione*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. IV, parte II, Milano, 1907, 213 ss., richiamato da M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, cit.).

i presupposti per l'esercizio dei poteri esercitabili in tali contesti, principalmente in ragione del fatto che allo stesso soggetto pubblico competente all'emanazione dell'atto straordinario spetta il compito di stabilire se si siano verificati l'evento o la condizione che lo abilitano a intervenire, nonché di individuare il contenuto concreto del provvedimento.

La vicenda ha una doppia valenza: da una parte riguarda il profilo della tecnica normativa e, più nello specifico, l'utilizzo di una clausola generale⁷⁸ (o nor-

⁷⁸ In materia di clausole generali, si rinvia alla riflessione compiuta dalla dottrina privatistica, in particolare: A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *Ibidem*, 1986, 5-19; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, *Ibidem*, 21-30; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, *Ibidem*, 1987, 709-733; A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1-20; P. Rescigno, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8; A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss. Il dibattito dottrinale sulle clausole generali – in particolare a seguito della celebre prolusione di Stefano Rodotà del 1967 (S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del Diritto commerciale*, 1967, 85) – ha fin da subito intrecciato un tema di teoria generale, relativo al concetto di clausola generale (ed alla sua collocazione all'interno della teoria della norma giuridica, dell'ordinamento e delle fonti di diritto) ed un tema di politica del diritto, che riguarda il rapporto che si instaura tra legislatore, interprete e giurisprudenza nel processo di "creazione" delle regole giuridiche. Per tali aspetti, vedano in particolare: A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *Ibidem*, 1986, 5-19; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, *Ibidem*, 21-30; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, *Ibidem*, 1987, 709-733; A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1-20; P. Rescigno, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8; L. Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, 373-386, spec. 373-37; A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss. La clausola generale può essere intesa come "porta entropica", ovvero punto di apertura verso l'extra-giuridico, utile ad importare nella fattispecie contenuti necessari per l'applicazione o l'interpretazione della legge (R. Bin, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2913, 220); essa è stata definita come «parte di una disposizione legislativa, costituita da un termine valutativo, la determinazione del cui significato implica il compimento di un giudizio di valore» (G. D'Amico, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 7/2011, 1704 ss.). L'uso di una accezione molto ampia di "clausola generale" è stato, poi, teorizzato da F. Roselli, *Le clausole generali, oggi*, in *Diritto romano attuale*, 10/2003, 37, il quale ha consapevolmente costruito la sua riflessione su una nozione di clausola generale come «disposizione precettiva [...] formulata attraverso espressioni linguistiche indeterminate, sì da esservi implicito il richiamo a regole della morale o del costume oppure proprie di determinate cerchie sociali, o discipline, o arti, o professioni». Altri ne hanno valorizzato la funzione "omeostatica" volta all'*adattamento* delle regole alle esigenze di una realtà non predeterminabile (cfr. M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.). Efficace anche la definizione di E. Fabiani, *Clausola generale*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano, vol. V, 2012, 191, secondo cui le clausole generali sono «termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi (e non, dunque, di interi e compiuti enunciati normativi) il cui utilizzo da parte del legislatore si traduce nel ricorso ad una particolare tecnica (normativa) di costruzione della fattispecie incentrata sull'indeterminatezza della norma, non priva di significative conseguenze sul piano della interpretazione e applicazione della stessa, che mira a salvaguardare la flessibilità dell'ordinamento, il quale, per l'effetto, può: per un verso, mantenersi "attuale" nonostante il passare del tempo; per altro verso, meglio "adattarsi" alle circostanze concrete del caso da decidere di volta in volta». Il tema, con osservazioni estese anche al settore del diritto pubblico, è affrontato, fra gli altri, da P. Rescigno, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. It.*, 2011, 1689 ss., secondo cui, «dopo che sono state abbandonate la tentazione e l'utopia di una minuziosa ed esaustiva disciplina casistica», le clausole generali sono diventate strumento ineliminabile nella tecnica legislativa. Di recente, la Corte di cassazione ha definito le clausole generali come «disposizioni di limitato contenuto, che richiedono di essere concretizzate dall'interprete tramite valorizzazio-

ma elastica, “in bianco”⁷⁹) come strumento regolatorio; dall’altra, è intimamente connessa all’esercizio della discrezionalità amministrativa, che in tale contesto risulta notevolmente accentuata.

In relazione al primo profilo, la consapevolezza dell’impossibilità di poter elencare in maniera dettagliata le situazioni in cui sia necessario ricorrere a poteri straordinari, ha reso inevitabile l’utilizzo di un elemento normativo flessibile, suscettibile di una interpretazione particolarmente ampia da parte dell’amministrazione. Così, dinnanzi all’indeterminatezza consapevolmente voluta dal legislatore, l’individuazione del significato della norma viene delegata all’interprete/amministrazione, che compie un’integrazione valutativa sul fatto⁸⁰, impiegando *standard*⁸¹ comunemente condivisi. Ciò non rappresenta, ovviamente, un’opera di “creazione” normativa, poiché la vicenda (già inquadrata sotto il profilo finali-

ne sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi tacitamente richiamati dalla norma, quindi mediante specificazioni che hanno natura giuridica» (Cass. Civ., sez. lav., 26 marzo 2018, n. 7426).

⁷⁹ Nel lessico della dottrina e della giurisprudenza prevalenti nozioni quali quelle di clausola generale, concetto elastico, termine valutativo, *standard* valutativo o concetto valvola, vengono spesso usate come sinonimi.

⁸⁰ I contorni di tale valutazione non sono, invero, sempre facilmente inquadrabili, poiché si sovrappongono alla ponderazione degli interessi individuati e bilanciati nel caso concreto e, dunque, all’esercizio della discrezionalità amministrativa. Tale incertezza si riflette, come si vedrà *infra*, par. 4, anche sulla qualificazione del sindacato giurisdizionale esercitato sui relativi provvedimenti. D’altro canto, gli studi dedicati alle clausole generali – come pure osservato in dottrina (S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016, 34 ss.) – non fanno alcun riferimento alle vicende dell’interpretazione delle norme giuridiche. Viene, dunque, da chiedersi se la scarsa attenzione riservata all’interpretazione delle clausole generali, in particolare quando ciò avvenga in relazione alla formazione di una decisione amministrativa, sia dovuta all’assenza di un problema interpretativo, ovvero si riconnetta al convincimento che in tali casi si debba prescindere da un’attività di interpretazione in senso stretto, assorbita dall’esercizio della discrezionalità e dall’opera integrativa dei principi generali. Come efficacemente rilevato, «è d’uopo un approccio che non escluda a priori l’interferenza tra i diversi profili che costituiscono il contenuto delle valutazioni amministrative. [...] *In senso lato il fenomeno della discrezionalità va inteso come una delle modalità dell’attività interpretativa*»: in tal senso, L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2017, 93-94.

⁸¹ La nozione di *standard* valutativi, simile a quella angloamericana di *legal standards*, fa riferimento a tutti i modelli generali di comportamento sociale giuridicamente rilevanti, diversi dai modelli particolari dettati dalle comuni norme giuridiche. Sugli *standards* nel diritto amministrativo, si vedano, in particolare, M. D’Alberti, *Mutamenti e destini del recours pour excès de pouvoir*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 300-307; A. Police, *Principi generali dell’azione amministrativa. Commento all’art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 56-61; G. Sala, *Le clausole generali nell’età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1194, secondo cui «[g]li standard di valutazione sono desunti dai modelli di comportamento che sono, sempre in un determinato momento storico, ritenuti ragionevoli in un gruppo sociale o nella società nel suo complesso». Secondo parte della dottrina, gli *standard* valutativi non sarebbero immediatamente condizionabili dal pubblico interesse sotteso all’esercizio del potere, che emergerebbe soltanto in un momento successivo, in sede di specificazione del contenuto del singolo provvedimento. Sul punto, è stato affermato che: «[l]a clausola generale, attribuendo all’interprete l’integrazione dell’enunciato normativo, non pone un fine a parametro di queste disposizioni, poiché in tal caso si identificherebbe con esso. La clausola generale, demandando all’interprete un giudizio sull’azione amministrativa, implica che questo consiste in una valutazione di conformità alle regole che disciplinano la fattispecie. Per cui essa non può consistere in una valutazione di supremazia di un interesse rispetto ad un altro. In altri termini la sua applicazione è incompatibile con una concezione autoritaria dell’azione amministrativa»: così, A. Angeletti, *L’eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. It.*, 2012, 1229 ss.

stico dalla norma attributiva del potere) è legata a determinati vincoli, ermeneutici ed assiologici. In particolare, sotto il profilo ermeneutico, l'utilizzo di *standard* valutativi implica necessariamente la rappresentazione anticipata del risultato che l'interprete suppone come giuridicamente congruo, attraverso la predisposizione di un insieme di «supposizioni ipotetico-provvisorie circa l'esigenza di regolamentare i casi da decidere»⁸². Il vincolo ermeneutico⁸³ viene così ad esprimersi nell'acquisizione del significato "storico" della disposizione, laddove il precedente assume il ruolo di ponte tra il "contesto di scoperta" ed il "contesto di giustificazione" della norma: da una parte, il ragionamento sui precedenti guida l'attribuzione di significato alla regola di diritto che si formulerà; dall'altra, esso pone l'interprete-amministrazione dinnanzi ad una valutazione comparativa, utile a valutare l'attualità di quel significato, ovvero a giustificare – successivamente – eventuali opzioni ermeneutiche innovative.

Sotto il profilo assiologico, invece, nella decisione amministrativa straordinaria emerge con rafforzato vigore il ruolo direttivo dei principi generali. La qualificazione del fatto e della sua regola, seppur slegata dal rispetto di una disposizione legislativa puntuale e concreta, deve, infatti, ben collocarsi nell'ambito delle direttrici del sistema giuridico/regolamentativo all'interno del quale si inserisce la decisione. Così, il "vincolo assiologico" che discende dai valori dell'ordinamento giuridico⁸⁴ (di cui i principi sono primaria espressione) impedisce la formulazione di una regola concreta che con tali valori appaia in contrasto⁸⁵; ed in tale ottica bene

⁸² G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, 164.

⁸³ Il vincolo ermeneutico richiama il concetto di "precomprensione", tematizzato – com'è noto – da J. Esser (*Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, 1983, spec. 136 ss.) e poi affrontato anche negli studi di ermeneutica di H.-G. Gadamer, in particolare in *Verità e metodo*, Milano, 1986. Sul punto, si veda L. Benvenuti, *Lingua e potere nel diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 83 ss., che, richiamando gli studi gadameriani, definisce la precomprensione come «nozione di cerniera tra passato e presente, tra tradizione e attualizzazione del disposto normativo», intendendola come accostamento preliminare alla realtà oggetto dell'indagine interpretativa, entro il quale si stabiliscono metodi e strutture del procedimento logico.

⁸⁴ L'opportunità di un'indagine concernente il rapporto tra clausole generali e valori è sostenuta da S. Mazzamuto, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 2011, 7, che offre una panoramica delle diverse visioni dottrinali con riguardo alla natura intrasistemica ovvero extrasistemica delle clausole generali.

⁸⁵ Nel dibattito in materia di "concretizzazione delle clausole generali" (sul concetto di "concretizzazione": L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1997, 7 ss.; parla invece di "interpretazione-applicazione" della clausola generale F. Roselli, *Clausole generali. Iuris novit curia. Contraddittorio*, in *Giur. It.*, 2011, 1704 ss.), esiste anche una corrente di pensiero, «definita in termini di "giuspositivismo moderato"» che ritiene che l'interpretazione delle clausole generali debba avvenire «non, come prevalentemente si afferma, con criteri "extragiuridici", bensì in primo luogo, con criteri di interpretazione sistematica, cioè ricorrendo a principi e valori riconosciuti dall'ordinamento positivo [...]; così «l'interpretazione sistematica (cioè il ricorso a fonti, e in particolare a disposizioni di principio, di diritto positivo) dovrebbe essere «il criterio fondamentale di integrazione delle "clausole generali in senso lato", lasciando un ruolo residuale «ai criteri di "etero integrazione", cioè facenti capo a idee e convincimenti tratti dal costume sociale o da discipline tecnico-scientifiche extragiuridiche». Cfr. M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., 121.

si comprende l'inderogabile obbligo per l'Amministrazione di rispettare i principi generali, fin da subito rimarcato dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁶ e, in determinati settori, anche espressamente disposto dalla norma attributiva del potere⁸⁷.

Si è detto che l'Amministrazione titolare del potere, prim'ancora di assumere la decisione amministrativa straordinaria⁸⁸, ha il compito di stabilire se si siano verificati l'evento o la condizione che la abilitano a intervenire. Il rapporto tra il fatto emergenziale e il provvedimento straordinario non è dunque diretto, poiché richiede sempre la mediazione di una valutazione prodromica all'atto, relativa tanto alla straordinarietà della fattispecie sottoposta alla sua azione (e dunque alla impossibilità di reperire una regola giuridica che possa disciplinarla), quanto alla individuazione delle forme e delle finalità dell'intervento.

In dottrina è stato evidenziato come il processo decisionale dell'amministrazione si presenti come una "successione di scelte" che riguardano la selezione dei valori e degli obiettivi da perseguire ("momento assiologico") e le modalità di realizzazione degli stessi ad opera del provvedimento ("momento del ragionamento")⁸⁹. Nel caso del potere straordinario, a tali valutazioni si antepone un terzo "momento", imperniato proprio sulla qualificazione della straordinarietà del fatto. In altre parole, l'approccio dell'amministrazione alla norma non prevede la semplice riconduzione del fatto nella fattispecie astratta, ma contempla la preventiva espressione di un'apposita valutazione sul fatto in questione. Il meccanismo della sussunzione opera, dunque, alla rovescia, poiché è il giudizio sul fatto (prevalentemente espresso in conformità a canoni extralegali) a riempire di contenuto la norma⁹⁰ e non la norma a qualificare in astratto il fatto.

⁸⁶ Cfr. *supra*, nota 77.

⁸⁷ Così avviene, ad esempio, in materia di ordinanze contingibili ed urgenti per la gestione dei rifiuti urbani, dall'art. 191 del D.Lgs. n. 192/2006.

⁸⁸ Con il termine "decisione" si fa qui riferimento non soltanto al momento finale di emanazione di un provvedimento, «quanto a tutto il processo di formazione della decisione che va dal momento iniziale della prospettazione del problema amministrativo alla fase di conclusione della istruttoria, momento in cui l'Amministrazione, dopo aver acquisito tutti gli elementi di fatto ed aver dato ascolto a tutte le voci intervenute per la prospettazione degli interessi coinvolti nella decisione, ne opera una sintesi, una ponderazione da cui scaturisce il provvedimento finale» (A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 86). Non ci si riferisce, invece, a quella dottrina che parla di "decisione" come *species* contenziosa degli accertamenti amministrativi (M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, cit.).

⁸⁹ Cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 95.

⁹⁰ Cfr. G. D'Amico, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, 446. Si ha «prima il fatto che viene valutato secondo lo standard, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto di decisione». Cfr. M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, II, 1989, 319.

Tale giudizio – in dottrina definito “giudizio di necessità”⁹¹ – si articola a sua volta in un’operazione deduttiva complessa, caratterizzata da un’ampissima discrezionalità, attraverso cui l’Amministrazione è chiamata a riempire di contenuto (attraverso parametri tratti dall’esperienza e dalla realtà delle vicende sociali) la disposizione normativa; ciò allo scopo di definire – tenendo conto dei noti requisiti qualificatori, ampiamente discussi dalla giurisprudenza, della gravità, imprevedibilità, attualità⁹² ed imminenza⁹³ del pericolo – taluni fatti come situazione *straordinaria* e non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione. Il prefigurarsi di una effettiva necessità (e della corrispondente carenza regolamentativa interna) rappresenta, infatti, l’unico elemento capace di rendere operativo e legittimo il potere straordinario, collegando logicamente l’emanazione del provvedimento al verificarsi di un fatto non previsto dall’ordinamento. Solo a seguito di tale valutazione, l’intervento straordinario diviene potere funzionalizzato, poiché condizionato dalla precisa finalità di affrontare e superare l’emergenza e di rendere sé stesso non più indispensabile.

Il giudizio di necessità può, dunque, essere inteso, innanzitutto, come giudizio sulla sussistenza dei *presupposti* dell’agire straordinario. Il concetto giuridico di “presupposto” è stato tradizionalmente definito dalla dottrina come quella condizione oggettiva e di carattere preliminare che, pur non costituendo un elemento integrante dell’atto, si pone come “punto di partenza” al fine della valida adozione del provvedimento⁹⁴. Partendo da tale

⁹¹ In tali termini, G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, 161: «il giudizio di necessità rappresenta il momento effettivamente costitutivo dell'emergenza giuridica, perché è proprio in questa fase che un certo evento viene qualificato come “emergenza” e si assume la decisione di aprire una parentesi giuridica straordinaria».

⁹² L’attualità, in particolare, in virtù del labile ed oscillante confine concettuale tra *pericolo futuro* e *pericolo presente*, non può però essere intesa in senso assoluto, ovvero come rapporto di assoluta immediatezza tra la situazione di pericolo e l’intervento straordinario, ma deve essere intesa come esistenza, secondo una valutazione *ex ante* (che tenga conto di tutte le circostanze concrete e contingenti di tempi e di luogo) del tipo di conseguenze temute e della loro possibile prevenzione, della ragionevole minaccia di una causa imminente e prossima di danno.

⁹³ Sul punto, la giurisprudenza è ampia. Basti qui rilevare che, in via generale, il fatto o l’evento grave e non altrimenti fronteggiabile (pur potendo essersi manifestato da tempo) deve presentarsi come concreto ed attuale, non potendo rilevare quei pericoli la cui minaccia risulti solo potenziale. Si veda, tra le sentenze più recenti, Cons. St., n. 5150/2019, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui è legittima l’ordinanza sindacale contingibile e urgente di sgombero di un immobile a rischio crollo anche se la situazione di pericolo perdura da tempo, atteso che ai fini della corretta applicazione dell’articolo 54 del testo unico degli enti locali rileva esclusivamente la dimostrazione dell’attualità del pericolo e della idoneità del provvedimento ordinario a porvi rimedio. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia con cui il T.a.r. Campania aveva accolto il ricorso proposto per l’annullamento dell’ordinanza con la quale il Comune aveva intimato lo sgombero di un edificio pericolante e aveva diffidato la proprietaria (già destinataria di analoghe ordinanze alle quali non aveva mai ottemperato) a mantenere l’intero manufatto libero da persone, onde non metterne a repentaglio l’incolumità.

⁹⁴ A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 45, evidenzia che la funzione del presupposto consiste nella determinazione di quella situazione rispetto alla quale un certo evento può assumere nel

considerazione, si può allora intendere il presupposto del provvedimento straordinario – ovvero l'accertamento della presenza di una situazione di necessità ed urgenza – come concetto di “relazione”, che mette in rapporto tra loro determinati accadimenti con la titolarità e l'esercizio del potere.

Solo nell'equilibrio di tale relazione risiede la legittima attivazione della competenza amministrativa straordinaria.

Sotto il profilo pratico, l'amministrazione deve compiere un giudizio di natura prognostica che si colloca idealmente nel momento in cui il fatto potrebbe verificarsi, ovvero le conseguenze di un fatto già verificatosi potrebbero prodursi o reiterarsi. Il giudizio riguarda tanto l'*an*, ossia la probabilità dell'avverarsi dell'evento dannoso non altrimenti fronteggiabile (e, dunque, la necessità di un intervento *extra ordinem*), quanto il *quando*, ovvero il momento in cui ciò si è verificato o si può supporre che si verificherà. Soltanto all'esito di tale ricostruzione, il titolare del potere straordinario fa acquisire significato alla norma, connettendo l'individuato accadimento all'attivazione del potere. Il rapporto di stretta strumentalità che intercorre tra il fatto emergenziale ed il potere straordinario deve essere, pertanto, il più possibile valorizzato attraverso un'accurata istruttoria procedimentale, tanto in funzione limitativa delle relative competenze amministrative, quanto in costante sintonia con la ragionevolezza dell'azione amministrativa⁹⁵, attraverso la quale la p.a. è chiamata ad esprimere l'argomentazione giuridica idonea a giustificare l'adozione di misure non ordinarie.

Il giudizio di necessità, a seguito dell'emanazione del provvedimento straordinario, andrà infatti a costituirne la motivazione.

mondo del diritto una determinata qualificazione giuridica. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 321, definisce il presupposto come un fatto giuridico che, nel momento in cui si avvera, consente l'adozione del provvedimento, inserendolo, quindi, nella problematica dei fatti giuridici, ossia di quelle evenienze idonee, a secondo della qualificazione normativa, a produrre tanto effetti giuridici di titolarità di situazioni soggettive, quanto effetti incidenti sull'esercizio di situazioni soggettive.

⁹⁵ Il canone della ragionevolezza – qui inteso non soltanto come consequenzialità logica di una serie di atti o decisioni, ma anche come criterio volto alla «ricerca e valutazione dei fatti costituenti i presupposti dell'intervento decisionale, all'individuazione, ponderazione, raffronto e temperamento degli interessi rilevanti», nonché «all'adeguamento della finalità astrattamente prevista dalla legge alle peculiarità del caso concreto» (F. Astone, *Il principio di ragionevolezza*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 376) – non rappresenta da solo il momento fondativo dell'opera di concretizzazione della norma, che, come già ricordato, è riconducibile ad un insieme di parametri anche extra-giuridici. Tale circostanza, come si vedrà *infra*, si riflette anche, con qualche problematica, sul sindacato del giudice amministrativo sui relativi provvedimenti.

Segue: *La guida normativa dei principi generali ed il “giudizio di proporzione”*

Nell’ambito del processo di formazione del provvedimento amministrativo straordinario, al giudizio di necessità segue il momento più strettamente decisivo, che concerne l’individuazione del contenuto del provvedimento straordinario: esso implica un giudizio che può essere definito *di proporzione*, attinente cioè alla specifica rilevanza giuridica del provvedere nel caso concreto. In tal senso, la decisione si proietta non sul versante dell’accertamento della sussistenza dei presupposti che legittimano intervento straordinario, ma sulla necessità di emanare un determinato provvedimento *extra-ordinem*, dotato di determinate caratteristiche ed, eventualmente, in deroga a determinate disposizioni di legge.

Mentre la qualificazione del fatto – attraverso la verifica dei presupposti, effettuata con il giudizio di necessità – opera muovendo lungo un *asse verticale* che collega il fatto emergente *dal basso* (idoneo a fungere da presupposto applicativo) alla norma attributiva del potere che, *dall’alto*, pone astrattamente il fine da realizzare, il bilanciamento proprio del giudizio di proporzione si muove lungo un *asse orizzontale* che collega fra loro i vari oggetti del bilanciamento stesso, compiendo un confronto parallelo fra diritti ed interessi (oltre che fra principi e valori giuridici posti a supporto di questi) che qualificano la fattispecie⁹⁶. In altre parole, mentre in giudizio di necessità si radica sull’*an* ed il *quando* del pericolo, “materializzando” il contenuto della norma, il giudizio di proporzione si estrinseca nelle valutazioni relative al *quomodo* dell’evento dannoso (e, dunque, di riflesso dell’intervento provvedimentale straordinario volto a contrastarlo), definendone i contenuti specifici attraverso il bilanciamento degli interessi in gioco.

A ben vedere, la prima tappa di tale giudizio riguarda necessariamente l’individuazione di una scala di valori a cui, in assenza di un riferimento di diritto positivo puntuale e concreto, l’Amministrazione dovrà fare riferimento. Si badi, nel compiere tale operazione – che si colloca tra l’emersione dell’evento (già qualificato come) emergenziale e l’operatività materiale del potere straordinario – l’Amministrazione è chiamata non all’individuazione di un interesse “nuovo” (l’interesse da perseguire è, infatti, già individuato dalla norma attributiva del potere), bensì alla predisposizione di nuove modalità, *straordinarie*, al fine di garantire la soddisfazione di interessi preesistenti all’emergenza stessa, ma non fronteggiabili attraverso l’utilizzo degli schemi ordinari del provvedere. Essa, come già ricordato, non compie una *creazione* giuridica in senso formale, ma pone in essere la *costruzione* di una regola concreta, utilizzando gli elementi che l’ordinamento ha già predisposto ed individuato: l’interesse da perseguire contenuto nella norma attributiva del

⁹⁶ Cfr. S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 70.

potere (elemento finalistico) ed i principi generali (elemento strutturale) che qualificano il potere nei suoi caratteri essenziali ai fini della sua legittimità.

Che i principi generali – scritti o non scritti che siano⁹⁷ – operino in tale momento come fattore limitativo⁹⁸ e regolativo ai fini dell’emanazione del provvedimento straordinario, incidendo in via diretta sull’azione decisoria, è questione pacifica⁹⁹. Quel che più in tale sede rileva è il modo in cui essi vengono utilizzati dall’Amministrazione, in assenza di una prescrizione normativa puntuale e concreta. Così, considerando che la generalità del principio, «qualità graduabile»¹⁰⁰, deve essere bilanciata dall’interprete rispetto alla situazione concreta e che tale bilanciamento, ai fini dell’individuazione della regola di condotta, presuppone che i principi appartengano al medesimo livello normativo, può essere utile chiedersi a quali principi l’Amministrazione debba far riferimento nell’emissione del

⁹⁷ Caduta da tempo la pregiudiziale del giuspositivismo legalista, che collegava necessariamente la positività del principio alla sua incorporazione in un testo scritto, è ormai acquisito che siano norme vincolanti anche i principi *sans texte formel*. In tal senso, acute e lungimiranti sono state le osservazioni di M.S. Giannini, secondo cui il principio inespreso non è norma diversa dalle altre, dal momento che a principi e regole è da riconoscere un’identità nella determinazione astratta degli effetti giuridici (cfr. M.S. Giannini, *Analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, II, 49). Tale affermazione è, d’altro canto, confermata anche da orientamenti concreti del giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato considera, ad esempio, ammissibile un ricorso anche quando il ricorrente non indichi le fonti da cui desumere il principio posto alla base della violazione (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 28 maggio 1986, n. 365, in *www.giustizia-amministrativa.it*). La dottrina, da parte sua, ha sempre ritenuto che il vizio di violazione di legge sia ravvisabile non solo nella violazione di norme di legge, regolamenti o statuti, ma anche «dei principi generali del diritto risultanti dal complesso della legislazione» (U. Borsi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1933, 46).

⁹⁸ I principi, al pari di tutte le altre norme, sono «regole di condotta imperative, bilaterali e coercibili»: V. Crisafulli, *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1944, I, 180. Dello stesso avviso S. Bartole, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 500. Secondo la dottrina, la forza precettiva dei principi risulta, peraltro, maggiore proprio quando essi svolgono una funzione *limitativa*. Cfr. N. Bobbio, *Principi generali di diritto*, in *Nss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 117; R. Guastini, *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV, Torino, 1996, 351 ss.; S. Bartole, *Principi generali del diritto*, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir. XXXV*, Milano, 1986, 514 ss. Essi non costituiscono in senso stretto la «disciplina degli elementi del singolo atto amministrativo», ma assumono la funzione di «disciplina dell’attività amministrativa che si esercita per quell’atto» e, dunque, appaiono come condizione di legittimità della funzione amministrativa nel suo complesso, così come esercitata in una determinata fattispecie (A. Police, *La Predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 276).

⁹⁹ L’analisi del potere *extra ordinem* nel suo dialogo con i principi generali consente, peraltro, di cogliere la flessibilità del principio di legalità, individuandone nel rispetto dei principi stessi la “dose minima”, l’eterolimita mai trascurabile nell’esercizio del potere. Tale eterolimita assume un significato ancor più pregnante se si considera che, nella dialettica del sistema amministrativo, la maggior parte dei principi generali ha una funzione garantista e gioca a favore del potenziamento dei diritti e delle libertà degli amministrati nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Cfr. A. Bartolini, A. Pioggia, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, 90; M. D’Alberty, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D’Alberty, Bologna, 2010. L’A. evidenzia come nella finalizzazione al potenziamento dei diritti e degli interessi degli amministrati si identifichi il senso più profondo della storia dei principi generali nel diritto amministrativo.

¹⁰⁰ R. Guastini, *Sui principi del diritto*, in *Dir. e soc.*, 1986, 63.

provvedimento straordinario, in particolare con riferimento al coordinamento tra i diversi livelli normativi in cui essi trovano collocazione.

Sul punto, la dottrina più autorevole è concorde nell'affermare un'applicazione "a moto ascensionale", a partire dai principi relativi alla materia in cui si colloca l'azione amministrativa (ed è lo stesso legislatore, in determinati casi, a farvi espresso riferimento), passando per i principi generali del diritto amministrativo, fino a giungere infine, purché non vi ostino ragioni di incompatibilità, ai principi generali del diritto comune¹⁰¹. Così, l'Amministrazione dovrà procedere dapprima alla individuazione di direttrici nel sistema normativo settoriale in cui la fattispecie da regolamentare si colloca e, solo successivamente, potrà proseguire in via ascendente, fino a giungere a quella che autorevole dottrina ha definito «interpretazione sistematica allargata», che conduce all'adeguamento costituzionale della regola¹⁰².

La funzione di questo tipo di intervento è quella di adeguare l'ordinamento vigente, rilevatosi lacunoso ed inadeguato, alla sopravvenuta situazione straordinaria, estendendo alla situazione di anormalità la tutela di valori ordinariamente riconosciuti dal sistema giuridico, con lo scopo di impedire o contenere gli effetti antigiusdici del fatto emergenziale e di ripristinare le condizioni per la più corretta regolamentazione della fattispecie.

All'esito di tale ricostruzione assiologica, l'Amministrazione individuerà il provvedimento straordinario specifico che sarà emanato per fronteggiare la situazione di emergenza, atto che potrà porsi in tensione o addirittura in contraddizione con altre norme ordinarie. Centrale è, ovviamente, la corretta applicazione del principio di proporzionalità, che raggiunge proprio nell'ambito dei procedimenti preordinati all'emanazione di atti straordinari la sua massima incisività. Il *modus operandi* del principio non si discosta, invero, dalla sua ordinaria applicazione, che richiede all'Amministrazione di giungere, attraverso l'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, all'emanazione del provvedimento che comporti il minor sacrificio possibile degli altri interessi o diritti incisi dall'azione amministrativa, secondo i noti criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza della misura¹⁰³. La peculiarità riguarda, invece, i termini di bilanciamento, non fon-

¹⁰¹ Cfr. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 91 ss.; M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit. 107; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1984; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo: Principi generali*, Padova, 1937, 76.

¹⁰² «L'interprete deve guardare al di là del sistema normativo ordinario e metter in rapporto la norma ordinaria, come ricostruita sistematicamente nella prima fase, con i principi costituzionali. Questo articolato processo interpretativo conduce all'adeguamento costituzionale della norma ordinaria»: A. Falzea, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, 479.

¹⁰³ In dottrina (A. Sandulli, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, Vol. V, 4645) si afferma che, pur essendo scomponibile in tre elementi costitutivi, questi ultimi non sono scindibili tra loro, ma soltanto distinguibili. In proposito, si parla di "teoria dei tre gradini".

dati su dati tecnici o empirici di certa percezione, ma incardinati principalmente sulla valutazione prognostica della manifestazione o reiterazione di un'urgenza socialmente rilevante. La *proporzione* si instaura, così, tra il sacrificio determinato dal provvedimento – tanto in relazione alle norme primarie derogate, quanto con riguardo ad altri diritti o interessi compromessi dalla misura straordinaria – ed il danno che si ritiene si potrebbe altrimenti verificare se l'intervento necessitato fosse omesso, nonché sotto il profilo temporale, vincolando l'amministrazione nell'individuazione di una congrua durata del provvedimento straordinario (che è, per sua natura, provvisorio)¹⁰⁴.

La discrezionalità amministrativa, come già accennato, raggiunge in tale contesto la sua massima espansione. Ed è proprio la sua corretta estrinsecazione e manifestazione, attraverso l'iter logico che si è qui tentato di ricostruire, a rappresentare il nodo cruciale della legittimità del provvedimento straordinario.

4. *Alcune riflessioni sul sindacato del Giudice amministrativo sui provvedimenti amministrativi straordinari*

Nel caso di norme che attribuiscono poteri straordinari l'effetto più immediato sul piano pratico si rinviene nella dilatazione del ruolo dell'interprete. Tale profilo, nella dottrina privatistica, è stato sintetizzato nell'assegnazione al giudice (da parte della legge) del potere di determinare concretamente il contenuto delle norme elastiche o "in bianco" (tra cui le clausole generali)¹⁰⁵. Diversa è la situazione nel diritto amministrativo, laddove il contenuto di tali disposizioni viene ad essere individuato in prima istanza dall'autorità pubblica, con una volizione di natura discrezionale. In altre parole, mentre il giudice ordinario procede in via autonoma all'applicazione della norma al rapporto controverso, il giudice amministrativo si trova ad esaminare la validità un'integrazione valutativa che, attraverso l'esercizio della discrezionalità, l'Amministrazione ha già effettuato con l'adozione del provvedimento impugnato.

¹⁰⁴ Cfr. Corte cost., 26 giugno 2007, n. 237, in *Foro amm.*, *CdS*, 2007, 1721.

¹⁰⁵ «Nelle clausole generali vi è una delega al giudice perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono». In esse opera «la delega a ricercare "valori" fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo»: P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1. In giurisprudenza: «quando una disposizione di limitato contenuto (ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali) delinea un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa [...] tale attività di precisazione e integrazione è censurabile in sede di legittimità al pari di ogni giudizio fondato su norme giuridiche, atteso che, nell'esprimere il giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma elastica, il giudice compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma, dando concretezza a quella parte mobile della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico-sociale ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili a priori» (Cass. civile, sez. I, 07.07.2017, n. 16847).

La formazione della decisione straordinaria ed il provvedimento amministrativo che da essa discende devono certamente essere scandagliati dal giudice sotto il profilo della loro ragionevolezza, riconducendo «la verifica del rispetto dei canoni riconosciuti come clausole generali dell'azione amministrativa nell'ambito della legittimità»¹⁰⁶. Ciò che non è del tutto chiaro è se i poteri cognitori del Giudice debbano arrestarsi alla disamina dell'iter logico seguito dall'Amministrazione o se possano riguardare invece il controllo dei fatti e delle valutazioni extragiuridiche da questa compiute. In altre parole, il *punctum dolens* della vicenda sta nella verifica della capacità del Giudice di stabilire autonomamente se il fatto possa rientrare o meno nella previsione astratta di “necessità ed urgenza”, premessa legale del potere straordinario, così stabilendo se la valutazione sulla corrispondenza dell'atto al modello “in bianco” desunto dalla norma attenga alla legittimità o al merito dell'Amministrazione.

Occorre premettere che le pronunce del Giudice amministrativo sui provvedimenti straordinari sono numerosissime ed il tentativo di sistematizzazione della relativa casistica giurisprudenziale patisce, da una parte, l'ampiezza e l'eterogeneità dei relativi poteri e, dall'altra, le fisiologiche complicazioni che discendono dalla natura atipica e residuale di tali atti: ciascun provvedimento deve, infatti, essere considerato alla luce del giudizio di necessità effettuato in quella determinata fattispecie di urgenza. Da tali provvedimenti non si possono, quindi, ricavare interpretazioni estensive o deduttive¹⁰⁷ e le pronunce giurisdizionali che li riguardano difficilmente possono assumere una valenza generale, slegata dalla specifica situazione emergenziale.

Ad ogni modo, nel tentativo di chiarire quali siano i limiti del sindacato giurisdizionale su tali atti, il primo elemento da considerare è che la cognizione del Giudice sul provvedimento straordinario non ha come punto di riferimento un

¹⁰⁶ Cfr. G. Sala, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, cit., 1191 ss. L'A., distinguendo tra principi e clausole generali nel diritto amministrativo, ha operato tale partizione anche al fine di precisare i confini tra due vizi di legittimità: la violazione di legge (con riferimento alla violazione di principi) e l'eccesso di potere (con riguardo alla violazione di clausole generali. Sul punto si veda anche S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. It.*, 2012, 5, 1197-1213. La valutazione di “legittimità” dell'azione amministrativa ricomprende senz'altro anche il rispetto delle clausole generali, ed anzi proprio «l'utilizzo delle clausole generali permette [...] di svolgere un sindacato incisivo sulla ragionevolezza delle decisioni unilaterali» (G. Sigismondi, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, a cura di A. Travi, Napoli, 2014, 147 ss.). Pure è stato affermato che le stesse figure sintomatiche dell'eccesso di potere debbano essere ricondotte alla violazione di clausole generali; in tale ottica, l'eccesso di potere «si traduce (si riduce) nell'inadempimento dell'obbligo dell'amministrazione di comportarsi secondo le clausole generali, che rende la sua condotta illegittima (contra ius) ed, eventualmente, illecita» (C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008).

¹⁰⁷ «Né tantomeno condurre a legittimare nessi di causalità o addebiti di responsabilità non espressamente contestati nella ordinanza stessa» (Cons. Stato, sez. III, 1° aprile 2015, n. 1727, in www.giustizia-amministrativa.it).

preciso parametro legislativo sul quale calibrare il controllo di legittimità dell'azione amministrativa, che si concentra *in primis* sulla qualificazione di un evento come fattore legittimante l'esercizio del potere. D'altro canto, però, il sindacato del Giudice amministrativo – in quanto sindacato di legittimità e non di merito¹⁰⁸ – non dovrebbe estendersi alla valutazione dei presupposti di adozione dell'atto (*rectius*, dei presupposti del giudizio di necessità), che è rimessa all'apprezzamento dell'Amministrazione (c.d. "riserva di amministrazione"¹⁰⁹), se non per la presenza di manifesti vizi di logicità.

La contraddizione appare evidente. Ed, in effetti, analizzando le pronunce, è facile verificare come, in materia di provvedimenti contingibili ed urgenti, il Giudice amministrativo, pur non potendo valutare l'opportunità e la convenienza delle scelte adottate, operi di fatto – attraverso la più ampia utilizzazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere – un penetrante controllo sulla sussistenza e corretta valutazione dei presupposti dell'atto, senza arrestarsi agli apprezzamenti ed alle valutazioni compiute a monte dall'Amministrazione¹¹⁰. In altre

¹⁰⁸ Lo è stato, in parte, in passato. Infatti, prima dell'adozione del codice sul processo amministrativo, le ordinanze contingibili e urgenti emesse dal Sindaco in qualità di ufficiale del Governo rientravano proprio tra i casi di giurisdizione estesa al merito. Tali provvedimenti potevano, dunque, essere pienamente sindacati non soltanto con riferimento a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche con riferimento ai profili relativi all'opportunità, convenienza ed equità delle determinazioni adottate. Ha rilevato, a tal proposito, il T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 22 aprile 2011, n. 264, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che «dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 il sindacato del giudice amministrativo sulle ordinanze sindacali contingibili e urgenti [...] non è più esteso anche al merito; l'art. 134 del Codice non include infatti tali atti fra quelli relativamente ai quali la cognizione è estesa anche al merito, per cui detti provvedimenti non possono più essere pienamente sindacati dal giudice amministrativo con riferimento non solo a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche ai profili relativi alla sufficienza e alla attendibilità delle disposte istruttorie e alla convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate». Ancora, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 23 aprile 2012 n. 423, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «[l]'art. 134 c.p.a., a differenza del previgente art. 7 della l. n. 1034 del 1971, non include le ordinanze contingibili ed urgenti fra i provvedimenti relativamente ai quali la cognizione è estesa anche al merito, per cui si deve ritenere che esse siano sindacabili soltanto sotto il profilo della legittimità e non anche in relazione ai profili di merito, concernenti la veridicità dei presupposti di fatto considerati, la sufficienza e l'attendibilità delle disposte istruttorie e/o la convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni assunte».

¹⁰⁹ «[L]a competenza esclusiva della pubblica amministrazione nella scelta fra più soluzioni astrattamente possibili secondo le varie manifestazioni della problematica delle clausole generali, dei concetti giuridici indeterminati e del rinvio a norme non giuridiche» (F. Merusi, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1 ss.). Sulla riserva di amministrazione, cfr., D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, spec. 85 ss.

¹¹⁰ Le sentenze in materia, più che sui vizi procedurali, s'incardinano principalmente sulla violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, nonché sulla carenza dei presupposti e sull'insufficiente istruttoria; anche la deroga alle norme che disciplinano i poteri tipici, operata con il provvedimento straordinario, è quasi sempre valutata non come violazione di legge, ma in correlazione al grado dell'urgenza ed al dovere di darne sufficiente motivazione, associando, dunque, la relativa condizione patologica al vizio di eccesso di potere. L'emanazione di un provvedimento contingibile ed urgente, secondo il Consiglio di Stato, discende dalla «necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile far fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento, nonché besistenza e l'indicazione nel provvedimento impugnato di una situazione di pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso nel caso in cui l'Amministrazione non intervenga prontamente» (Cons. Stato, Sez. II, 22 gennaio

parole, il sindacato si rivolge sì ai profili di logicità, congruenza, proporzionalità e coerenza del provvedimento, ma lo fa in relazione alla veridicità dei suoi presupposti di fatto, che ne costituiscono lo stesso fondamento legittimante¹¹¹.

Di certo, la necessità di un sindacato “sostanziale” sui provvedimenti che discendono da norme elastiche, come quelle di cui si discute, appare fondamentale, poiché esso ha ad oggetto atti idonei – in virtù della loro natura derogatoria – a comprimere situazioni giuridiche soggettive ordinariamente non comprimibili, attraverso l'utilizzo di poteri non tipizzati dalla norma giuridica.

Se, infatti, la situazione di fatto da cui i provvedimenti straordinari traggono legittimazione non fosse pienamente conoscibile in sede di giudizio, si aprirebbe la via ad inique situazioni di arbitrio. Di conseguenza, l'obbligo di rendere giustizia ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale impongono, in

2020, n. 538). I presupposti per l'esercizio del potere straordinario sono, dunque, pacificamente rintracciati dalla giurisprudenza nella concorrenza di un grave pericolo, nell'impossibilità di differire l'intervento e nella ragionevole previsione di un danno incombente e non altrimenti fronteggiabile. Usando ancora le parole del Consiglio di Stato, tali presupposti riguardano «la sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento, nonché la provvisorietà e la temporaneità dei suoi effetti, nella proporzionalità del provvedimento, non essendo pertanto possibile adottare ordinanze contingibili ed urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità (Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369). [...] [I]l potere di ordinanza di cui si discute presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione, e in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189; 25 maggio 2015, n. 2967; 5 settembre 2015, n. 4499)» (Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2017 n. 774). Sovente, dunque, la ricostruzione dei presupposti si estende al giudizio di proporzione, con riferimento alla provvisorietà e temporaneità degli effetti del provvedimento, alla proporzionalità del medesimo ed all'obbligo di motivazione. Si vedano anche, *ex multis*: T.A.R. Napoli, Campania, Sez. V, 3 giugno 2019, n. 3003; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 29 giugno 2017, n. 1072; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 21 aprile 2017, n. 535; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 21 settembre 2016, n. 1056 («[i]l potere di ordinanza del Sindaco presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione»); T.A.R. Puglia Lecce Sez. I, 12 gennaio 2016, n. 69 («[u]n incisivo potere di ordinanza sindacale [...] soggiace all'inderogabile disciplina secondo la quale la motivazione deve operare una compiuta valutazione e ponderazione degli interessi in gioco, con riferimento puntuale alla sussistenza di tutti i suddetti elementi, da considerare presupposti indefettibili all'esercizio del potere straordinario attribuito al Sindaco»); T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 18 gennaio 2016, n. 79 («[s]olamente una approfondita indagine istruttoria da parte della P.A. può giustificare il ricorso allo strumento extra ordinem di emissione dell'ordinanza contingibile e urgente»; «[d]eve ritenersi illegittima l'ordinanza comunale che non indica, come invece avrebbe dovuto fare, le ragioni per le quali ai pericoli temuti non si potesse fare fronte mediante ricorso agli ordinari strumenti»). Tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Significativa è, inoltre, la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, del 2002, n. 6280, in merito alla generica attribuzione ai commissari di «funzioni amministrative relative alla gestione rifiuti», con la quale il Giudice d'appello ha ritenuto che non fosse compatibile con il concetto di emergenza un intervento di durata pluriennale.

¹¹¹ F. Astone, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 2018, 17, 12 ss. rileva che, per comprendere se la scelta dell'amministrazione sottoposta al suo esame sia logica, il Giudice non può che guardarla nel più ampio tratto d'azione amministrativa nella quale essa si colloca, accertando dunque se la fattispecie sia stata conosciuta e valutata in modo adeguato dalla pubblica amministrazione.

casi come questi, un ampliamento dei tradizionali spazi del sindacato giurisdizionale¹¹². Sotto diverso profilo, peraltro, l'indeterminatezza della norma non può di per sé comportare che la sua applicazione diventi *quaestio facti* non sindacabile, ma anzi rende più forte l'esigenza di un controllo pieno, che consenta di dare coerenza alla eterogenea prassi applicativa che essa discende¹¹³.

Resta, tuttavia, chiaro che un sindacato sostanziale di logicità e ragionevolezza, pur implicando l'estensione dei poteri cognitori del Giudice ai fatti che costituiscono i presupposti dell'atto¹¹⁴ e l'accentuazione del risvolto "soggettivo" del controllo giudiziale, tale da distinguerlo dal controllo di mera legalità¹¹⁵, è cosa ben diversa da un sindacato di merito, poiché esso non può esprimere un giudizio che si sostituisca a quello compiuto dall'Amministrazione, sulla base di un'autonoma valutazione delle vicende che hanno dato origine al provvedimento¹¹⁶.

¹¹² «L'obbligo di rendere giustizia in situazioni di incertezza [...] amplia i tradizionali spazi del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, valorizzando al contempo gli istituti processuali idonei ad assicurare una tutela rapida ed effettiva»: A. Barone, *Il diritto del rischio*, cit., 194.

¹¹³ Così rileva puntualmente M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, cit., 125.

¹¹⁴ F. Astone, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 2018, 17, 12 ss.

F. Astone, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 376. Il sindacato di ragionevolezza, pur allontanandosi dal mero controllo di legittimità, è cosa ben diversa dal sindacato di merito (che sfocia in un più pregnante controllo di "opportunità" delle scelte amministrative); esso risulta, infatti, sempre ancorato a criteri di valutazione oggettiva della non arbitrarietà delle scelte amministrative.

¹¹⁵ A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. Amm.*, 2008, 547: «[i]l tratto caratteristico e distintivo di questo sindacato [di ragionevolezza], in termini generali, è che il parametro alla cui stregua è effettuata la valutazione non è costituito da disposizioni che prescrivono o vietano un certo contenuto della decisione [...], ma direttamente da uno o più principi».

¹¹⁶ «È forte quel controllo che consente al giudice di sostituire la propria cognizione e volontà a quella dell'amministrazione, cui pure compete, in prima battuta, la titolarità del potere decisionale. È debole quel controllo che lascia invece all'amministrazione le valutazioni finali e che devolve al giudice una cognizione sì piena, ma finalizzata a un vaglio di attendibilità e ragionevolezza della scelta ultima che l'amministrazione abbia fatto, senza un potere-dovere di tipo sostitutivo»: F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica, mercato*, Milano, 2005, 11. Secondo la dottrina, dinanzi al controllo di ragionevolezza «si può parlare [...] di "preferenza" (anziché di "riserva") di amministrazione: nel senso che la decisione ragionevolmente assunta dall'autorità amministrativa va comunque preferita (al di fuori dei casi di sindacato di merito) alle decisioni, anch'esse egualmente ed in pari misura "ragionevoli", suscettibili di essere assunte sulla base delle medesime risultanze procedimentali». Diversamente, con il controllo di merito «il controllore può "disapprovare" la misura disposta dalla decisione della p.a., anche se questa, valutata sulla base delle risultanze della procedura concretamente svolta, appare intrinsecamente ragionevole, e ritenere invece preferibile altra e diversa misura (ancorché questa non risulti oggettivamente prevalente per intrinseca adeguatezza e congruità)». A. Romano Tassone, *ult. op. cit.*, 549-550. Il sindacato di merito, dunque, oltre che eminentemente *soggettivo*, è anche radicalmente *sostitutivo*. Sul finire degli anni '30 del secolo scorso, proprio sulla fondamentale questione dei rapporti tra merito e legittimità si accese, com'è noto, lo storico dibattito tra Massimo Severo Giannini e Costantino Mortati. L'idea del Mortati eliminava ogni distinzione concettuale tra merito e legittimità, tra discrezionalità e interpretazione, riconducendo l'esercizio del potere nell'ambito dell'eteronomia, della controllabilità e della piena sindacabilità giurisdizionale (cfr., C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora anche in Id., *Scritti giuridici. III. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 997). All'opposto, la dottrina gianniniana considerava le regole che disciplinano la sfera discrezionale come «regole non giuridiche, le quali quindi non possono aver rilievo diretto che in

Certo, la qualificazione di una situazione in termini di “necessità ed urgenza” dev’essere innanzitutto valutata come *ragionevole* e non meramente *condivisibile* e, di conseguenza, in sede di giudizio l’*opinabilità* della scelta tra diverse opzioni valutative non deve essere confusa con l’*opportunità* della medesima¹¹⁷. Ciononostante, l’accertamento giudiziale sull’idoneità dell’evento a giustificare il ricorso a poteri straordinari può sconfinare nel merito amministrativo ogni qual volta il Giudice concluda in senso diverso rispetto all’Amministrazione, sostituendosi sostanzialmente ad essa nella valutazione del fatto. Questa ambiguità, come già rilevato, si manifesta anche nell’atteggiamento della giurisprudenza che, da una parte, afferma espressamente di non poter sindacare in modo pieno tali provvedimenti e, dall’altra, tende ad esercitare nella prassi un controllo pregnante sui relativi presupposti¹¹⁸.

un giudizio di merito. Ove questo non ci sia, la loro osservanza rimane incontrollabile» (M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 83, ora anche in Id., *Scritti*, Vol. I, Milano, 2000). La polemica tra i due autorevoli giuristi si sviluppò sulle pagine della rivista “Stato e diritto”, dove Mortati accusò Giannini di aver elaborato un concetto di merito «arbitrario, ed in ogni caso non utile alla comprensione del diritto positivo» (C. Mortati, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, II, 1941, 135). Giannini, in risposta, imputò a Mortati l’intenzione di voler «considerare giuridiche non solo le norme morali [...], ma ogni regola dell’agire umano di un uomo equilibrato» (M.S. Giannini, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, II, 1941, 440). Mortati replicò ancora, ribadendo che le regole non giuridiche poste alla base della discrezionalità divengono «imperativo giuridico nel momento stesso in cui l’inosservanza» di queste «venga a ripercuotersi con propri effetti nel mondo del diritto», dunque a seguito dell’accertamento giudiziale (C. Mortati, *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, III, 1942, 49). Qualche anno dopo Giannini non esitò a definire «non priva di comicità» l’opinione di chi aveva ritenuto «che nella discrezionalità vi sia un rinvio a norme o regole non giuridiche, la cui osservanza verrebbe imposta all’agente dalla norma» (M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 94-95 e 98). Per un’analisi approfondita, si veda il lavoro di G. Azzariti, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, 1989. Sul tema della discrezionalità, si rinvia all’autorevole contributo di F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, 1045 ss.

¹¹⁷ Un sindacato di ragionevolezza presuppone sempre l’esistenza di più scelte ragionevoli, tra le quali non risulta possibile imporne una in particolare all’amministrazione; il giudizio di merito, al contrario, ha come parametro di giudizio una sola soluzione opportuna, su cui si incardina la valutazione del Giudice: «[...] una delle specialità di quella competenza [di merito] consisterebbe nella mancanza di una stregua assoluta ed obiettiva cui confrontare il punto controverso, il quale va risolto non in un senso che sia imposto dalla legge o dal rispetto di un diritto subiettivo, ma nel senso reso più consigliabile da motivi di convenienza, di opportunità, di equità»: V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, a cura di V. E. Orlando, Milano, 1907, 825.

¹¹⁸ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 20 dicembre 2016, n. 1132, che annulla il provvedimento straordinario poiché «non risulta essere stata effettuata alcuna effettiva ponderazione della concreta situazione di fatto». Sul punto, rilevante è anche T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, m. 1070/2010, confermata da Cons. Stato, Sez. II, 22 gennaio 2020, n. 539, che annulla un’ordinanza contingibile ed urgente sul presupposto che essa non contempli l’esistenza «e l’indicazione di una situazione di concreto pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso nel caso in cui l’Amministrazione non intervenga prontamente: in altri termini il collegamento con le esigenze di protezione dell’igiene e della salute pubblica, che costituisce presupposto necessario per giustificare il ricorso al potere ordinatorio è condizione necessaria, ma non sufficiente, ove non sussistano gli ulteriori particolari requisiti di urgenza e, quindi, di pericolo per la pubblica incolumità». Ancora, T.A.R. Basilicata n. 557/2012, (tutte in www.giustizia-amministrativa.it), che, sempre in materia di ordinanze contingibili ed urgenti, dispone che «anche sulla scorta di una valutazione di mera legittimità» si possa rilevare il mancato

Escluso che con il giudizio di necessità l'Amministrazione ponga in essere un'attività meramente interpretativa¹¹⁹, il problema, a ben vedere, si lega al fatto che i confini tra legittimità e merito non sono, in questo contesto, sempre definibili in modo netto, poiché le valutazioni oggetto del giudizio di necessità hanno natura ibrida e mutevole. Pertanto, su di esse – pur rimanendo centrale la necessità di un sindacato “forte” del Giudice amministrativo, che sappia far fronte alla particolarità delle vicende sottese all'esercizio del potere straordinario e che consenta di vagliare a fondo la coerenza dell'analisi compiuta dall'Amministrazione – l'estensione del margine di valutazione giudiziale appare strettamente connessa alla specificità del caso concreto e, dunque, al ragionevole *self-restraint* del giudice amministrativo.

rispetto dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere e, in particolare, la mancanza di un «pericolo concreto, attuale ed imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, da non poter essere affrontato con gli ordinari mezzi previsti dalla normativa vigente». In dottrina, si veda sul punto G. Tropea, *Spigolature in tema di sicurezza urbana*, in *Giustamm.it*, 2011, 16.

¹¹⁹ Non appare, infatti, corretto ritenere che, nel caso di norme contenenti clausole generali o disposizioni “in bianco” ed elastiche, sia l'interpretazione (sulla quale il Giudice ha piena cognizione, poiché «essa consente di dedurre dal concetto indefinito un unico specifico significato»: S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 284) e non già l'esecuzione della norma a caratterizzare il giudizio di necessità. Tale giudizio è, infatti, caratterizzato da un'integrazione valutativa realizzata attraverso la tecnica del bilanciamento (cfr. V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 77) ed è, dunque, espressione di discrezionalità. L'attività interpretativa ha, invece, rispetto alla norma un compito di mera integrazione che si realizza laddove l'incertezza non sia voluta dal legislatore, ma emerga comunque dal dettato normativo. In dottrina è stato, infatti, rilevato che quando il legislatore impiega volutamente concetti indeterminati, esso «attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale». In tal senso, S. Perongini, *ult. op. cit.*, 284, che richiama lo studio di W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 36 ss. Walter Jellinek fu il primo a distinguere tra concetti attributivi di potere discrezionale (*unbestimmte Begriffe*) e concetti che vincolano il soggetto ad un approccio meramente interpretativo (*unbestimmte Rechtsbegriffe*): nel primo caso è richiesto all'interprete un intervento di precisazione soggettiva, che implica un giudizio di valore; nel secondo caso i concetti sono, invece, meramente descrittivi ed immediatamente conoscibili sulla base dell'esperienza. La stessa teoria è stata, poi, ripresa dalla dottrina italiana e, in particolare, da F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 254 ss. L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 172, afferma che «il discrimine, sotto il profilo concettuale, tra interpretazione e discrezionalità, sarebbe costituito dalla presenza, nel secondo caso, di valutazioni in funzione della scelta finale, assente nelle ipotesi di attività meramente interpretative, in cui sussisterebbe un rapporto soggettivo, ma mancherebbe un momento dispositivo in senso proprio». Anche la giurisprudenza, dal canto suo, non ha mancato di evidenziare che la decisione di adottare un provvedimento *extra ordinem* presenta profili di discrezionalità amministrativa in merito alla contingibilità ed urgenza dell'intervento, soprattutto quando si tratti di percepire la lesione di interessi pubblici definiti con clausole generali: «[i]l provvedimento impugnato [...] è frutto di un'autonoma valutazione del Sindaco rispetto alla quale la pretesa insufficienza istruttoria si palesa irrilevante in considerazione del fatto che la decisione di adottare un'ordinanza *extra ordinem* presenta profili di discrezionalità amministrativa che superano gli accertamenti tecnici, soprattutto quando si tratti di percepire la lesione di interessi pubblici definiti con clausole generali quali, nel caso di specie, il degrado urbano o lo scadimento della qualità urbana». Così: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 luglio 2019, n. 1527, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

5. *Un'appendice doverosa: le nuove declinazione del potere straordinario al tempo dell'emergenza sanitaria "Covid-19"*

L'emergenza sanitaria scoppiata nel febbraio 2020, a causa della diffusione del virus SARS-CoV-2, ha avuto un impatto molto forte sul sistema giuridico ed amministrativo del nostro paese. I provvedimenti straordinari si sono susseguiti a grande velocità, a distanza di pochi giorni l'uno dall'altro, rimbalzando tra diversi sistemi normativi e concretizzandosi in atti di natura eterogenea.

Il "meccanismo" è stato attivato dalla deliberazione dello stato di emergenza da parte Consiglio dei Ministri, intervenuta il 31 gennaio 2020. I primi rilevanti provvedimenti¹²⁰ sono stati adottati, però, in un quadro normativo diverso dal d. lgs. n. 1/2018, ovvero ai sensi dell'art. 32 della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, l. 23 dicembre 1978, n. 833, norma che attribuisce al Ministro della salute (nonché al Presidente della giunta regionale ed ai sindaci, nei rispettivi territori di competenza) il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica¹²¹.

Le ordinanze hanno, però, presto ceduto il passo ad una diversa tipologia di provvedimenti straordinari, individuata dal d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020, poi convertito in legge 5 marzo 2020, n. 13. Il decreto legge conferiva alle autorità competenti una sorta di delega "in bianco", che consentiva di emanare, al di fuori dei provvedimenti espressamente indicati dall'art. 1, anche «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» (art. 2)¹²² ed individuava come stru-

¹²⁰ Ordinanze di Protezione civile sono state emesse a partire dal 3 febbraio 2020 con riguardo all'acquisto straordinario di materiale medico-sanitario in deroga alla normativa in tema di appalti ed all'incremento del personale medico, attraverso la proroga dei contratti in essere e la stipula di nuovi contratti di collaborazione coordinata e continuativa per il periodo dell'emergenza (cfr., in particolare, Ordinanze del 21 e del 22 febbraio 2020).

¹²¹ La norma è stata già richiamata nel paragrafo 2, nota 61. Una prima – più blanda – ordinanza era stata, invero, emanata dal Ministero della salute il 1° febbraio 2020, stabilendo l'interdizione del traffico aereo dalla Cina, area in cui si era sviluppata la prima trasmissione epidemica del virus. L'ordinanza del 21 febbraio, ad efficacia nazionale e con validità di novanta giorni, ha imposto alle autorità sanitarie di applicare la misura della quarantena, con vigilanza attiva e per quattordici giorni, a chiunque avesse avuto contatti con persone infette. Il medesimo provvedimento stabiliva altresì l'obbligo per tutti gli individui che, negli ultimi quattordici giorni, avessero fatto ingresso in Italia da una delle zone della Cina colpite dalla malattia, di segnalare tale circostanza alle autorità sanitarie territorialmente competenti, al fine della messa in atto delle dovute precauzioni. Il 23 febbraio, appena due giorni dopo, venivano emanate ben cinque ordinanze, d'intesa con i Presidenti delle Regioni Lombardia, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna, Piemonte e Veneto, in cui ricadevano i territori interessati dal focolaio. Con tali provvedimenti si stabiliva la sospensione di tutte le attività educative, culturali, ludiche e sociali, di tutte le procedure concorsuali e la disinfezione giornaliera dei treni regionali e di tutto il trasporto pubblico locale. Il 24 febbraio seguiva analoga ordinanza d'intesa con il Presidente della Regione Liguria.

¹²² L'art. 1 del decreto legge individua una serie di provvedimenti inibitori adottabili, evidentemente non in via tassativa. Tra questi: divieto di accesso e di allontanamento dai comuni; sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche e private; sospensione dei servizi educativi e culturali; applicazione della misura della quarantena ai soggetti provenienti da zone a rischio epidemiologico.

mento attuativo di tali misure il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri¹²³ (art. 3). La norma, in sostanza, ha delegato ad un atto amministrativo (o para-normativo) di natura atipica¹²⁴ – non riconducibile alla normativa in materia di Protezione civile, né in senso stretto alla categoria delle ordinanze contingibili ed urgenti – l’attuazione di una serie di misure indefinite ed indefinibili.

I DD.P.C.M. si sono, peraltro, susseguiti con un crescendo d’intensità delle misure restrittive, tanto con riguardo all’area di applicazione, giungendo ad interessare omogeneamente tutto il territorio nazionale, quanto sotto il profilo contenutistico, spingendosi a disporre la chiusura di tutte le attività produttive e commerciali (ad eccezione di quelle espressamente elencate) ed il divieto per chiunque di muoversi liberamente, se non per comprovate esigenze lavorative, di salute o di assoluta necessità. E non pochi dubbi sono stati sollevati in merito alla legittimità di tali atti.

Il 25 marzo 2020 è stato emanato il Decreto legge n. 19 (convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n. 35), che ha “corretto il tiro”, circoscrivendo in maniera più dettagliata ed opportuna il potere *extra ordinem*. L’art. 1, comma 1 del d.l. n.19/2020 ha, infatti, stabilito che le misure adottabili fossero esclusivamente quelle tassativamente elencate dal comma 2 della medesima norma¹²⁵, rimuovendo la problematica “delega aperta” disposta dal d.l. del 23 febbraio. I provvedimenti straordinari sono stati rinforzati anche sotto il profilo strutturale attraverso l’ampliamento della platea dei soggetti a cui è riconosciuto il potere di impulso ai fini dell’emanazione dei provvedimenti governativi¹²⁶ e la previsione

¹²³ Su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell’interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell’economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso di provvedimenti relativi una sola o più regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome, nel caso di provvedimenti a valenza nazionale.

¹²⁴ Cfr. B. Mameli, *La successione delle fonti atipiche del Governo e il principio del contrarius actus*, in *Giur. It.*, 2012, 11; N. Lupo, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 12, 1209.

¹²⁵ Le misure sono state definite anche sotto il profilo temporale, stabilendone la durata per periodi non superiori a trenta giorni, reiterabili fino al 31 luglio 2020 (termine finale dello stato di emergenza, così come individuato dalla Deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020).

¹²⁶ Con il nuovo Decreto legge è stata ampliata la platea dei soggetti a cui è riconosciuto il potere di impulso ai fini dell’emanazione dei decreti per Presidente del Consiglio. Il Governo ha, di fatto, “sottratto” alle regioni rilevanti poteri in materie di potestà concorrente, quali la salute, il commercio, l’istruzione, il turismo e le politiche culturali ed il principio di leale collaborazione, a maggior ragione dinanzi ad una chiamata in sussidiarietà di poteri regionali, imponeva allo Stato di coinvolgere il più possibile le regioni. Sul punto, si veda la recente sentenza della Corte costituzionale, 2 dicembre 2019, n. 246, in *www.cortecostituzionale.it*, che – pur riconoscendo che «in caso di calamità di ampia portata, riconosciuta con la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è possibile la chiamata in sussidiarietà di funzioni amministrative mediante la loro allocazione a livello statale (in generale, sentenza n. 303 del 2003)» – evidenzia come la Regione non possa comunque considerarsi “estranea” alle relative vicende, «giacché [...] occorre che essa stessa fornisca l’intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica» (sentenza n. 8 del 2016, in *www.cortecostituzionale.it*). Il Decreto n. 19/2020 ha, così, espressamente incluso tra i proponenti i Presidenti delle regioni interessate ed il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome nel caso di

della emanazione preventiva di un parere da parte di un “Comitato tecnico-scientifico”. La presenza del parere tecnico – pur non essendo obbligatoria¹²⁷ – appare rilevante: essa determina, infatti, accanto al netto miglioramento dell’istruttoria (che si riflette, poi, direttamente sull’adeguatezza delle misure adottate), anche un’implementazione dell’eventuale controllo giurisdizionale sui relativi provvedimenti¹²⁸. Il d.l. n. 19/2020 ha poi confermato, quale strumento attuativo delle misure straordinarie da esso disposte, il D.P.C.M. (art. 2, comma 1)¹²⁹, preferendo ancora una volta tale atto atipico alle ordinanze tradizionalmente intese.

Com’è noto, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è stato in passato qualificato dalla giurisprudenza amministrativa come «atto amministrativo generale “con struttura scindibile”»¹³⁰, ma, come i decreti ministeriali, può avere anche contenuto normativo nel dare attuazione a norme o varare i regolamenti di cui all’articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400¹³¹. Nel caso in esame, i DD.P.C.M. non hanno, ovviamente, natura regolamentare e sono dunque emanati senza che sia necessaria una delibera del Consiglio dei ministri e senza il parere del Consiglio di Stato¹³². Si tratta certamente di uno strumento snello e duttile, in ragione della celere ed immediata modalità di approvazione. Il suo inquadramento nel contesto del diritto dell’emergenza rimane, però, complesso. In particolare, con riferimento alla compressione (seppur temporanea) di diritti costituzionalmente tutelati, a differenza di quanto avviene con la decretazione

provvedimenti che interessino l’intero territorio nazionale, soggetti che nella precedente formulazione legislativa potevano soltanto essere “sentiti”. Ad ogni modo, pare corretto ritenere che la proposta non sia vincolante.

¹²⁷ Il decreto legge specifica che il parere tecnico è reso “di norma”, lasciando intendere, invero con una formulazione non pienamente felice, che tale passaggio procedimentale possa essere eluso in virtù di specifiche valutazioni del caso, che si suppone siano legate alla necessità di ridurre i tempi di emanazione del provvedimento.

¹²⁸ Il sindacato del Giudice, infatti, rivolgendosi alla discrezionalità tecnica dell’organismo preposto al suo rilascio, non è limitato al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità, ma si estende alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza.

¹²⁹ Il Decreto legge del 25 marzo ha stabilito, altresì, al comma 2 del medesimo art. 2, che in casi di estrema necessità ed urgenza e nelle more dell’adozione dei Decreti, le misure possono essere adottate con ordinanza del Ministro della salute ai sensi dell’art. 32 della l. n. 833/1978, con efficacia temporale limitata all’entrata in vigore del D.P.C.M.

¹³⁰ Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 12 aprile 2018, nn. 2201 e 2203, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹³¹ Anche se è relativizzata da una parte della dottrina, la distinzione tra atti amministrativi generali e atti regolamentari è ancora presente a livello giurisprudenziale. In dottrina, sui confini sfumati tra regolamenti e atti amministrativi generali, si vedano: G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Torino, 2000, 172 ss.; G. Morbidelli, *Il Tar del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *Istituzioni mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 405 ss.; G. Clemente di San Luca, *L’atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, 115 ss.; C. Padula, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 365 ss., spec. 403 ss.; M. Ramajoli, B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2013, 1-2, spec. 59.

¹³² Sull’utilizzo eccessivo di tale categoria di atti sono state espresse perplessità, tanto da parlare di «*fuga dal Consiglio di Stato*». Cfr. V. Di Porto, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, 2. L’A. evidenzia come il Comitato per la legislazione di Montecitorio abbia in passato invitato il legislatore «a non assegnare a fonti atipiche compiti di tipo normativo che l’ordinamento riserva alle fonti secondarie del diritto».

d'urgenza, assoggettata ai controlli previsti dalla Costituzione (approvazione delle due Camere, promulgazione del Presidente della Repubblica, eventuale sindacato da parte della Corte Costituzionale), il D.P.C.M. sfugge a qualsiasi controllo da parte del potere pubblico e costituzionale, se non quello del possibile sindacato dinanzi al giudice amministrativo, entro lo stringente termine decadenziale¹³³.

Secondo parte della dottrina, pur non contenendo un esplicito riferimento alla contingibilità ed urgenza delle misure adottate, i DD.P.C.M. potrebbero nel caso di specie essere ricondotti al *genus* delle ordinanze d'urgenza, acquisendo così la capacità derogatoria riconosciuta a tale categoria di provvedimenti¹³⁴. Invero, questo accostamento non appare pienamente convincente, poiché non si comprende per quale motivo sarebbe stato necessario estendere a tali provvedimenti la funzione già riconosciuta dalla legge e dalla giurisprudenza agli atti di ordinanza, pure emanabili ed emanati dal Governo durante gli ultimi due mesi. Sembra forse preferibile ritenere, come pure rilevato¹³⁵, che la scelta del D.P.C.M. come principale strumento attuativo delle misure emergenziali sia stata dettata dalla necessità di accentrare in capo ad un unico soggetto – il Presidente del Consiglio dei ministri – le decisioni e le relative responsabilità, utilizzando con una veste nuova uno strumento dai contenuti evidentemente flessibili ed atipici, nonché di più semplice e veloce emanazione. I DD.P.C.M. sono, infatti, provvedimenti assai meno complessi delle ordinanze di protezione civile, dal momento che prevedono la necessaria intesa soltanto tra il soggetto cui compete l'atto di proposta ed il Presidente del Consiglio che adotta l'atto.

È la sostanza che prevale sulla forma, nel polimorfismo dell'emergenza.

Peraltro, se letti alla stregua di ordinanze contingibili ed urgenti, i DD.P.C.M., in particolare prima dell'entrata in vigore del d.l. 19/2020¹³⁶, avrebbero presentato una assoluta contraddizione con uno dei pilastri più delicati ed importanti su cui poggia il regime giuridico delle ordinanze stesse, ovvero il rispetto della riserva di legge¹³⁷. Ciò perché, come già evidenziato nel corso del

¹³³ Non sono mancate, in dottrina, aspre critiche anche al *quomodo* di attuazione delle recenti misure emergenziali. In particolare, è stato rilevato che il decreto legge è una fonte primaria a cui non si può dare esecuzione con un atto amministrativo, poiché esso stesso, ai sensi dell'art. 15 della l. n. 400/1988, dovrebbe dettare norme di immediata applicazione. Cfr. L.A. Mazzarolli, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 20.

¹³⁴ In tal senso, M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 5. Concorde S. Prisco, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 4.

¹³⁵ M. Cavino, *ult. op. cit.*, 7.

¹³⁶ Il decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 non forniva, come già rilevato, una disciplina limitativa del contenuto dei DD.P.C.M. successivamente adottati, conferendo al Governo, di fatto, una delega "in bianco".

¹³⁷ Cfr., *supra*, nota 53. Come puntualmente rilevato, è peraltro dubbio che la sanatoria delle misure adottate in attuazione del d.l. n. 6, operata dall'art. 2, comma 3, del d.l. n. 19, possa mettere al riparo dall'an-

presente studio, mentre nel caso di riserve assolute la Corte costituzionale ha nettamente escluso la possibilità che possa intervenire il potere di ordinanza, in presenza di riserve relative il ricorso a tale potere straordinario è stato ammesso solo a patto che la legge attributiva del potere «indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo al quale il potere è stato attribuito»¹³⁸. Ed in passato, anche quando il Giudice amministrativo ha ritenuto non preclusiva all'esercizio del potere di ordinanza l'assenza di precise delimitazioni legislative alla discrezionalità dell'autorità che lo esercita, la riserva relativa è stata "assorbita" dalla legalità sostanziale: essa ha dismesso le vesti di limite esterno del potere *extra-ordinem*, per assumere quella di limite interno e conformativo del contenuto dell'atto, alla luce degli stessi principi tutelati dalla riserva di legge, nonché delle norme ordinarie che non fossero state dichiarate dal legislatore espressamente cedevoli¹³⁹.

Il problema della riserva di legge si è presentato anche con riguardo alle ordinanze regionali e sindacali, che pure sono state emanate in rapida successione, spesso prevedendo misure più restrittive rispetto a quelle individuate dai decreti legge e dai provvedimenti governativi di attuazione. Come lo stesso Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare, «per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona – dal libero movimento, al lavoro, alla privacy – in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica», messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio¹⁴⁰.

La tensione tra libertà individuali e divieti a tutela della salute pubblica si è manifestata, in particolare, a seguito dell'emanazione dell'ordinanza della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020, con la quale è stato vietato lo svolgimento di qualsivoglia attività sportiva all'aperto. Il provvedimento è stato impugnato dinnanzi al T.A.R. Campania, che – pronunciandosi in via cautelare – non ha tuttavia ritenuto illegittima la compressione della situazione azionata, riconoscendo prevalenza, ad una prima analisi, alle misure approntate dalla Regione

nullamento (o disapplicazione) giurisdizionale anche le "ulteriori" misure previste dal già richiamato art. 2: «se e il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo viola), l'art. 2 del d.l. n. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti» (M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, www.giurcost.it, 2020, 3).

¹³⁸ Corte cost., sentenze 20 giugno 1956, n. 8 e 27 maggio 1961, n. 26.

¹³⁹ Cfr. l'analisi compiuta da A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., 306-307 e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁴⁰ Cfr. Cons. di Stato, Sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553, in www.giustizia-amministrativa.it.

per la tutela della salute pubblica¹⁴¹. Di certo, in assenza di ragioni di “specialità” legate al contesto territoriale, un provvedimento che ponga delle limitazioni ulteriori rispetto a quelle già previste a livello nazionale da altro atto non legislativo (nello specifico, il D.P.C.M. dell’11 marzo 2020), a sua volta emesso in vigenza dell’ambiguo d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 e dunque in assenza di una solida base normativa, non può che sollevare dubbi sulla sua legittimità alla luce della riserva di legge prevista dall’art. 16 della nostra Costituzione (sulla quale, ad ogni modo, il Tribunale amministrativo regionale deve ancora definitivamente pronunciarsi in sede di merito). La validità del provvedimento potrebbe, tuttalpiù, essere argomentata facendo riferimento all’art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, che pure assegna un potere straordinario al Presidente della regione in caso di emergenze a carattere sanitario. Il problema, in questo caso, si porrebbe in relazione alla corretta ricostruzione della sussistenza di una effettiva necessità alla luce del principio di proporzionalità, difficilmente giustificabile in presenza di una disciplina amministrativa nazionale meno restrittiva.

Le brevi considerazioni svolte valgono, naturalmente, anche per gli altri, numerosi, provvedimenti che a livello locale sono stati emanati come diretta proiezione e nell’ottica dell’inasprimento delle misure statali¹⁴² prima dell’entrata in vigore del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. L’art. 3, comma 1 del d.l. n. 19 ha, infatti, opportunamente regolamentato anche il potere straordinario regionale, individuando dei vincoli finalistici e contenutistici per i relativi provvedimenti e fornendo agli stessi una più solida base normativa. È stato, infatti, disposto che le regioni, esclusivamente nell’ambito delle loro competenze e nelle more dell’emanazione dei D.P.C.M., possano emanare misure ulteriormente restrittive¹⁴³

¹⁴¹ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, Decreto 18 marzo 2020, n. 416, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁴² Si pensi, ad esempio, alla discussa ordinanza 20 marzo 2020 del Presidente della Regione Veneto che ha, tra le altre cose, disposto anche la chiusura di tutti gli esercizi commerciali – pure autorizzati all’apertura dai provvedimenti del Governo – nella giornata di domenica. Noto è, poi, il contrasto che si è creato tra la Regione Marche ed il Governo, sfociato nell’impugnativa dell’ordinanza regionale n. 1 del 25 febbraio 2020 che aveva disposto la chiusura delle scuole e dei luoghi della cultura e la sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche e dei pubblici concorsi prima che la stessa misura fosse disposta sull’intero territorio nazionale: l’ordinanza, impugnata dal Governo, è stata poi sospesa in via cautelare dal Tar Marche (cfr. ordinanza n. 63 del 5 marzo 2020, in *www.giustizia-amministrativa.it*), che ha ritenuto assente il presupposto di legge individuato dal d.l. n. 6/2020 (ovvero il riscontro di almeno una persona positiva al coronavirus sul territorio regionale, di cui all’art. 1, comma 1 del medesimo decreto). Invero, in quest’ultimo caso l’accoglimento dell’istanza cautelare sospensiva effettuato dal Tribunale amministrativo regionale mal si concilia con il potere straordinario previsto dall’art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, norma pure richiamata nell’epigrafe del provvedimento, la cui operatività non poteva – in un momento storico in cui non erano ancora operativi provvedimenti estesi a tutto il territorio nazionale – considerarsi limitata.

¹⁴³ Leggendo la norma *a contrario*, è evidente che le regioni non possano emanare provvedimenti meno restrittivi rispetto a quelli statali. Si veda, tra tutti, il caso della Regione Calabria e dell’ordinanza che – in contrasto a quanto disposto dal D.P.C.M. del 26 aprile 2020 (che aveva disposto la sospensione delle attività dei servizi di ristorazione e, in via di eccezione, consentito esclusivamente i servizi con consegna a domicilio e di

rispetto a quelle statali soltanto in caso di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario [...] nel loro territorio»¹⁴⁴. Le misure emanabili sono, poi, state circoscritte a quelle già previste dall'art. 1, comma 2 del medesimo decreto legge con riferimento all'emanazione dei D.P.C.M.

Per quanto riguarda, invece, i provvedimenti straordinari sindacali, è stato posto il divieto di emanazione di misure che risultino contrastanti con quelle statali o che eccedano i limiti posti dal medesimo art. 1, comma 2 (cfr., art. 3, comma 2, d.l. n. 19/2020). Le ordinanze sindacali (a differenza di quelle regionali, che possono inasprire, per comprovate ragioni, le restrizioni già previste dagli atti governativi) devono, dunque, rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale e porsi esclusivamente *secundum legem* (o, meglio, *secundum decretum*¹⁴⁵), non potendo in alcun modo svolgersi a livello locale un bilanciamento degli interessi in gioco diverso da quello indentificato dal legislatore statale. Il decreto ha utilizzato, con riguardo al divieto di contrasto con le misure statali, la locuzione “a pena di inefficacia”, che evoca una sorta di nullità-inesistenza degli atti di ordinanza, al comprensibile fine di delinearne un regime di più semplice eliminazione¹⁴⁶.

Proprio alla luce di quest'ultima previsione, il Governo ha fatto ricorso ad una particolare e poco utilizzata tipologia di provvedimento straordinario, risalente al periodo post-unitario – l'annullamento straordinario degli atti degli enti locali – allo scopo di rimuovere l'ordinanza del sindaco del Comune di Messina n. 105 del 5 aprile 2020, con la quale, contravvenendo alle disposizioni del d.l. 19/2020, era stato imposto a chiunque intendesse fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina l'obbligo di registrarsi, almeno 48 ore prima della partenza, su un portale on-line e di attendere il rilascio da parte del Comune del nulla osta allo spostamento¹⁴⁷.

asporto) – aveva autorizzato la ristorazione con servizio al tavolo. Il provvedimento regionale, a seguito dell'impugnazione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, è stato annullato dal T.A.R. Calabria, con sentenza breve n. 841 del 9 maggio 2020, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴⁴ Tra recentissime pronunce, si segnala T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 17 aprile 2020, n. 458, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si legge che non può essere sospesa l'ordinanza del Presidente della regione che reitera il divieto «di ogni attività motoria all'aperto anche in forma individuale, comprese quelle dei minori accompagnati dai genitori, e ciò in quanto l'art. 3, comma 2, d.l. n. 19 del 2020 vieta tassativamente ai soli Sindaci di provvedere “in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1”, mentre analogo, tassativo, divieto non risulta essere sancito per gli organi di livello regionale».

¹⁴⁵ Cfr. M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., 22.

¹⁴⁶ Secondo il Consiglio di Stato, però, la sanzione di inefficacia prevista dal d.l. n. 19/2020 non farebbe venir meno l'interesse dello Stato al tempestivo annullamento dell'ordinanza, viste le esigenze di «chiarezza e univocità dei precetti a cui i cittadini devono attenersi»: cfr. Cons. St., parere 7 aprile 2020, n. 735 in www.giustizia-amministrativa.it, sul quale cfr. *infra*.

¹⁴⁷ L'annullamento straordinario è stato disposto con d.P.R. del 9 aprile 2020, rilevata la «sussistenza di ragioni di estrema urgenza *ad horas*», nonché il superamento «dei chiari limiti entro cui l'articolo 3 del decre-

A livello normativo, l'istituto *de quo* è disciplinato, com'è noto, dall'art. 138 del T.U.E.L. (che, a sua volta, dà attuazione all'art. 2, comma 3, lett. *p*) della l. n. 400 del 1988)¹⁴⁸ ed è strumento volto all'annullamento in via diretta da parte del Governo, in qualunque tempo ed a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti degli enti locali viziati da illegittimità¹⁴⁹. Si tratta, dunque, di un potere straordinario¹⁵⁰, certamente "di chiusura", per l'esercizio del quale devono sussistere due condizioni: l'illegalità dell'atto amministrativo che si intende annullare (da qui l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi, tra le altre cose, sull'illegittimità del provvedimento) e l'esistenza di un interesse generale connesso all'art. 5 della nostra Costituzione da tutelare, evidentemente, nell'immediatezza.

Un ulteriore profilo problematico, emerso dall'applicazione delle disposizioni poste dal d.l. n. 19/2020, è quello relativo alla legittimità delle ordinanze sindacali in contrasto con le misure statali, ma in armonia con quelle regionali che delle prime siano (legittimamente) derogatorie. Secondo parte della dottrina, l'armonia con i provvedimenti regionali sarebbe idonea a sanare il contrasto con

to-legge 25 marzo 2020, n. 19, circoscrive il potere comunale di ordinanza in relazione all'odierna emergenza sanitaria».

¹⁴⁸ Viene adottato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno e sentito il Consiglio di Stato.

¹⁴⁹ La giurisprudenza è pacifica nell'ammettere la perdurante vigenza dell'istituto, anche a seguito della riforma della Costituzione del 2001, in quanto compatibile con le prerogative riconosciute agli enti locali dal nuovo Titolo V, se applicate nelle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato (si vedano, tra gli altri, i pareri del Consiglio di Stato, Sez. I, n. 1588 del 2010, n. 1675 del 2009, n. 1796 del 2008, n. 1707 del 2007, n. 1481 del 2006, n. 9771 del 2005, n. 1313 del 2003).

¹⁵⁰ In dottrina sono state proposte diverse ricostruzioni giuridiche del potere di annullamento straordinario. Con riferimento alla previgente previsione di cui all'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, tale potere era stato inteso come una speciale forma di autotutela basata sulla «supremazia governativa di un sistema accentrato» e rispondente ad un interesse proprio del Governo: E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. del diritto*, 1958, II, 487; F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. del diritto* 1959, IV, 544. Altri avevano, invece, valorizzato la discrezionalità dell'intervento, riconducendolo all'attività di "alta amministrazione" o di "indirizzo politico" (M. Ali, *Osservazioni sull'annullamento di ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. di dir. pubbl.* 1966, 534). Più di recente l'annullamento straordinario è stato accostato all'art. 120 Cost.: in tal senso, sia pure solo in via assertiva, G. D'Auria, *Appunti sui controlli amministrativi dopo il nuovo titolo V (parte II) della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm.* (suppl.), 2002, 90, secondo il quale il nuovo titolo V non avrebbe travolto l'annullamento straordinario degli atti illegittimi da parte del Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento ex art. 138 d.lgs. n. 267/2000, che, anzi, troverebbe «specifico fondamento nel nuovo art. 120, comma secondo, Cost.». La Corte costituzionale, dal canto suo, ha in passato evidenziato che l'atto in questione rechi in sé sia elementi e profili propri del controllo di legittimità sugli atti, sia elementi e profili di amministrazione attiva, legati «sia alla facoltatività dell'annullamento, sia all'inesistenza di un limite temporale per il suo esercizio, sia all'ampia discrezionalità della valutazione relativa alla presenza di un interesse attuale di carattere generale in grado di giustificare l'intervento straordinario del Governo» (cfr., sentenza n. 229 del 1989. Sul punto si vedano anche le sentenze n. 24 del 1957, n. 23 del 1959, nn. 73 e 74 del 1960, n. 128 del 1963, n. 4 del 1966, tutte in www.cortecostituzionale.it).

quelli statali¹⁵¹; tuttavia, come pure rilevato¹⁵², il tenore testuale dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 non parrebbe lasciar spazio ad interpretazioni estensive, conducendo all'iniqua circostanza in cui due provvedimenti – uno regionale ed uno sindacale – dall'identico contenuto, sarebbero diversamente valutati con riguardo alla loro legittimità. Certo è, comunque, che in presenza di una disciplina amministrativa regionale, il provvedimento comunale di eguale contenuto risulterebbe superfluo, alimentando anzi quell'ipertrofia amministrativa che, soprattutto in situazioni di emergenza, per nulla giova all'efficacia dell'azione amministrativa.

6. Conclusioni

Come si è avuto modo di evidenziare a più tratti nel corso del presente lavoro, uno dei profili più problematici relativi ai provvedimenti amministrativi straordinari riguarda il controverso rapporto di tali atti con la tipizzazione dell'attività amministrativa richiesta dal principio di legalità¹⁵³. Ciò perché, dinnanzi ad un evento di natura emergenziale, la dialettica tra legittimità e potere segue schemi del tutto particolari: l'emergenza è, infatti, innanzitutto una situazione di fatto anomala ed è dal "fatto" che nasce la norma e non viceversa. Così, da un lato, l'ordinamento deve reagire nel modo più immediato ed efficace possibile, instaurando un diverso regime giuridico capace di gestire l'evento eccezionale, dall'altro, i principi e le disposizioni costituzionali mantengono il compito di *restringere* l'operatività del potere straordinario, incastonandolo in una logica di sistema.

¹⁵¹ A. Ruggeri, *Il Coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto costituzionale e la crisi, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online, Studi*, 2020, 1, 211.

¹⁵² M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., 23.

¹⁵³ Cfr., *supra*, quanto rilevato con specifico riguardo al potere di ordinanza, par. 2.2. Sul rapporto fra principio di legalità e potere di ordinanza *extra ordinem*, v. R. Ferrara, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la "storia infinita" delle tutele ambientali "extra ordinem"*, in *Foro Amm. T.a.r.*, 2007, 9, 2910 ss. Secondo parte della dottrina, la legittimazione del potere di ordinanza – fondata «sulla necessità e non sulla legalità» – renderebbe palese il verificarsi «non di una semplice deroga al principio di legalità, ma un diverso modello di giuridicità dell'azione amministrativa rispetto a quello fondato sul principio di legalità». In tal senso, M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in A.A., *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 735 ss.

Considerando che legalità e tipicità¹⁵⁴ non sono concetti coincidenti¹⁵⁵, si pone in luce la rafforzata necessità per l'Amministrazione che esercita il potere straordinario di osservare la legge «nella sua lettera e nel suo spirito»¹⁵⁶, trovando legittimazione in un principio di legalità che, privo di una forma statica¹⁵⁷, contempla anche una legittimità sostanziale fondata sulle norme di principio sistematicamente connesse alle linee di fondo dell'ordinamento¹⁵⁸. La decisione risulta, così, modellata «sull'impronta della situazione ed in conformità ai valori incorporati nell'ordinamento»¹⁵⁹, garantendo l'ampia flessibilità richiesta dalla fattispecie emergenziale.

Il vero “problema” del potere straordinario emerge, invece, sul versante della proporzionalità, poiché l'Amministrazione manifesta da tempo la tendenza a farvi ricorso non solo in casi di urgenza ed effettività necessità, ma anche al fine

¹⁵⁴ È interessante rilevare come, secondo parte della dottrina, alla visione tradizionale e prevalente – che vede nel sistema delle ordinanze d'urgenza una deroga al principio di tipicità dell'azione amministrativa – può essere affiancata anche una differente prospettiva di analisi. La tipicità non imporrebbe, infatti, uno schema identico per ogni atto amministrativo, poiché non determinerebbe «necessariamente una regolazione assoluta e completa della fattispecie», né «che tutti gli elementi fondamentali di un provvedimento debbano trovare una loro disciplina nella norma». La constatazione della varietà delle norme attributive del potere porterebbe, così, «a concludere che vi siano diverse condizioni di tipicità, poiché il rapporto tra legge-amministrazione si attegga in maniera peculiare in relazione ad ogni specifico potere amministrativo e ad ogni singolo tipo di atto». In tal senso, M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, cit., 737. L'A., a sua volta, richiama lo studio di M.S. Giannini, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 319 ss., ora in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006, 453 ss. Sottolinea l'attuazione modulata del principio di legalità rispetto alla tipicità, tra gli altri, A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, in Aa.Va., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 68, richiamato da M. Brocca, *L'altra amministrazione*, cit., 36, secondo cui «[l']intento è di superare quella lettura della legalità nel significato di conformità dell'atto alla norma attributiva del potere, che appare insoddisfacente in tutti i casi in cui manca nella norma attributiva una predeterminazione del contenuto e con essa la delimitazione del potere stesso».

¹⁵⁵ Che il principio di tipicità non sia confondibile con quello di legalità emerge anche in relazione alla diversa copertura costituzionale riservata ai due principi: mentre il principio di legalità viene considerato a fondamento costituzionale, si tende a negare la medesima rilevanza al principio di tipicità, sulla base della constatazione che non è rinvenibile nella Costituzione alcuna norma che obblighi il legislatore a predeterminare il contenuto degli atti amministrativi (cfr. M. Brocca, *L'altra amministrazione*, cit., 41).

¹⁵⁶ Cfr. Corte Cost., 7-20 ottobre 1983, n. 319, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁵⁷ Cfr. F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ripubblicato in Id. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 236, secondo cui la legalità dell'amministrazione «si articola su di un arco che va dalla semplice attribuzione del potere, senza la disciplina dei presupposti per il suo esercizio, all'analitica disciplina dei presupposti di fatto propria della riserva di legge c.d. assoluta. Lo spazio intermedio può ben essere riempito da principi generali del diritto».

¹⁵⁸ I principi sono proiezione logica ed assiologica del diritto legislativamente posto: G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 249. Così, il principio di legalità risulta rispettato anche quando ad operare siano quei «principi di diritto (ad esempio la logicità, la proporzionalità e la congruità, dell'azione amministrativa, ecc.), che non solo non trovano un espresso fondamento nella legge, ma non sono neanche sanciti da norme positive, perché si traggono dall'ordinamento complessivo». In tal senso, S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Tomo I, Milano, 2000, 204.

¹⁵⁹ F. Ledda, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 243.

di regolare determinati ambiti che di urgente e straordinario hanno ben poco. Nell'opzione legislativa è, infatti, totalmente assente una chiara delimitazione tra ciò che è straordinario e ciò che non lo è¹⁶⁰. L'amplissimo margine di valutazione che, in tale ambito, è conseguentemente riconosciuto all'Amministrazione determina, però, anche conseguenze "patologiche", nella misura in cui tanto la creazione di figure organizzative straordinarie, quali i commissari, quanto l'emana- zione di provvedimenti *extra ordinem*, spesso non discende da un corretto processo decisorio che – secondo lo schema esaminato nel presente lavoro – ne limiti l'utilizzo a situazioni di effettiva necessità. La tendenza, negli ultimi anni, è stata in effetti quella di impiegare strumenti straordinari non solo per affrontare situa- zioni di reale emergenza, ma anche per cercare di risolvere condizioni di pericolo derivanti da un cattivo esercizio dei poteri amministrativi¹⁶¹ o, peggio, per esercitare un peso politico. Si è visto, poi, come un'emergenza di ampia portata, come quella recente dovuta al diffondersi del virus Covid-19, abbia addirittura messo in crisi il sistema, anche e soprattutto in relazione alla validità costituzionale dei provvedimenti straordinari adottati ed al caos normativo scaturito dall'ipertrofia regolamentativa¹⁶². A maggior ragione in questa circostanza, la disinvoltura che alcuni amministratori locali hanno dimostrato nel concreto esercizio del potere di ordinanza, pur in presenza di provvedimenti statali, pare pericolosamente rispon- dere all'ansia dell'autorità di dimostrare la propria "rilevanza" politica, attraverso l'adozione compulsiva di provvedimenti a volte ripetitivi di quelli già emanati da enti di livello superiore, altre volte ben più restrittivi di questi ultimi o comunque in contrasto con quanto consentito¹⁶³.

In quest'ottica, appare fondamentale che all'eterolimito della legge si affian- chi l'autolimito¹⁶⁴ della pubblica amministrazione, inteso principalmente come

¹⁶⁰ A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 175.

¹⁶¹ S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa"*, a cura di S. Staiano, Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2006, 659.

¹⁶² Come rilevato, durante la recente emergenza sanitaria «si è profilata una fattispecie decisoria a for- mazione progressiva, strutturalmente incline alla confusione, nel sovrapporsi di prescrizioni e disposizioni [...] temporalmente circoscritte», che ha imposto un continuo e significativo sforzo di aggiornamento, «anche solo per comprendere, giorno per giorno, di fronte all'abuso della tecnica di rinvio ad altre fonti ed all'ipertrofia dei testi, quali siano entrate in vigore, quali siano ancora vigenti e quali risultino abrogate (esplicitamente o impli- citamente)». Cfr. F. Siciliano, *Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, 56.

¹⁶³ È stato rilevato che l'indecisione relativa al livello istituzionale (statale, regionale, comunale) sul quale baricentrare l'organizzazione degli strumenti di contenimento dei contagi è, d'altro canto, un riflesso dell'en- demica incertezza del regionalismo italiano, segnato da una confusa commistione di modelli diversi e dalla mar- cata tendenza all'«uso congiunturale dell'autonomia»: A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coro- navirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, 2020, 1, 527.

¹⁶⁴ Con l'espressione "autolimito" la dottrina fa riferimento, in generale, a quei limiti che l'Ammini- strazione pone a se stessa nella manifestazione della propria discrezionalità. Sull'argomento si rinvia a P.M.

coerenza e responsabilità¹⁶⁵ nell'esercizio della discrezionalità, attraverso il massimo rispetto degli schemi procedurali e la piena valorizzazione del giudizio di effettiva necessità, al fine di garantire l'equilibrio tra efficacia, adeguatezza e proporzionalità del provvedimento¹⁶⁶.

Quando ciò non avviene, come paventava Beck, lo «stato di emergenza minaccia di diventare normalità»¹⁶⁷ ed i poteri straordinari diventano la risposta più semplice per affrontare i limiti che derivano dalla crisi della decisione, nella logica dell'eccezione che diventa sistema e con il rischio di normalizzazione di quella *deminutio* di libertà che spesso costituisce la fisiologica contropartita dell'esercizio di poteri straordinari.

Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, *passim*.

¹⁶⁵ Come recentemente affermato, doverosità, responsabilità e solidarietà sono dimensioni che – benché poco valorizzate – assumono un ruolo centrale dinanzi all'amministrazione dell'emergenza, «sia dal lato passivo dei destinatari delle misure emergenziali, sia dal lato attivo di coloro sui quali incombe la responsabilità (in primis politica) di adottare siffatte misure». Così, P. Pantalone, M. Denicolò, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'Economia*, 2020, 1, 157.

¹⁶⁶ Sul piano formale, una garanzia che meriterebbe di essere implementata nel procedimento di adozione dei provvedimenti straordinari è il parere obbligatorio di organi tecnici, che ha dato buona prova nell'evitare abusi durante l'esperienza maturata sull'art. 191 del Testo unico ambientale. La presenza del parere tecnico, come già rilevato, determina infatti, oltre al miglioramento dell'istruttoria, anche un'implementazione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica degli organismi preposti al suo rilascio, non limitato al mero controllo formale dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì esteso alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, tramite verificazioni e consulenze tecniche d'ufficio. Come ha, infatti, avuto modo di chiarire il Consiglio di Stato, «il sindacato sulla discrezionalità tecnica è ammesso non soltanto attraverso un controllo estrinseco, attuato mediante massime di esperienza [...] ma anche attraverso un controllo intrinseco che, consentendo al giudice di avvalersi di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla stessa scienza specialistica e ai modelli di giudizio applicati dall'Amministrazione, risulta volto a verificare direttamente l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo. Non è, però, ammissibile un controllo definito di "tipo forte", con il quale l'autorità giudiziaria sostituisce "sic et simpliciter", avvalendosi eventualmente di un consulente tecnico, la valutazione tecnica svolta dall'Amministrazione con una propria e diversa determinazione. Questa operazione è impedita dal principio di separazione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale» (Cons. di Stato, Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3445, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁶⁷ U. Beck, *La società del rischio*, Roma, 2002, 31.

Note sui poteri amministrativi straordinari

Il saggio analizza le diverse declinazioni del potere amministrativo straordinario. Partendo dalla mappatura normativa dei poteri commissariali, necessari ed *extra ordinem* e delle loro principali caratteristiche, il lavoro ricostruisce le fasi del processo decisionale compiuto dall'Amministrazione nell'emanazione dei provvedimenti che da tali poteri discendono e si sofferma su alcuni aspetti inerenti al relativo sindacato giurisdizionale. Un'appendice finale è dedicata all'analisi del modo in cui il potere straordinario è stato plasmato ed esercitato dinanzi alla recente emergenza sanitaria determinata dal diffondersi del virus SARS-CoV-2.

Notes on special administrative powers

The essay analyses the various declensions of special administrative powers. Starting from the normative mapping of the commissioning powers – both necessary and *extra ordinem* – and their main characteristics, the work reconstructs the phases of the decision-making process carried out by the administration in the issuing of the measures deriving from these powers, and dwells on some of the aspects inherent to the relative judicial review. A final appendix is dedicated to the analysis of the way in which special powers were formed and exerted in the face of the recent health emergency caused by the spread of the SARS-CoV-2 virus.

