

Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice

Viviana Di Capua

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *casus belli*. L'ordinanza del Sindaco di Messina che limita l'attraversamento dello stretto e il suo annullamento ad opera del Governo. – 3. La disciplina del potere governativo di annullamento straordinario: profili storico-evolutivi. – 4. Le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale sulla qualificazione giuridica del potere e la sentenza n. 229 del 1989 quale esito di un itinerario ermeneutico controverso. – 4.1. *Segue*: la riforma del Titolo V della Costituzione e le perplessità sulla legittimità costituzionale dell'annullamento straordinario con riguardo agli atti degli enti locali. – 5. La morfologia del potere governativo di annullamento straordinario *ex art.* 138 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Gli approdi della giurisprudenza amministrativa nel percorso di ricerca di un fondamento costituzionale. – 6. L'annullamento straordinario e l'emergenza sanitaria da Covid-19. Un'occasione mancata per integrare il potere nel rinnovato assetto costituzionale. – 7. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

Si narra che la Fenice fosse un meraviglioso uccello sacro, simile ad un'aquila reale, che avesse un piumaggio dal colore dell'oro e della cremisi, e che giunto all'età di cinquecento anni, termine ultimo della vita concessagli, deponesse le sue membra in un nido di incenso e cannella, costruito in cima ad una palma o ad una quercia e qui vi si adagiasse, lasciando che i raggi del sole l'incendiassero e lo consumassero. Dal cumulo di cenere emergeva poi una piccola larva, che si trasformava rapidamente nella nuova Fenice, più giovane e più vigorosa della prima.

L'elemento ricorrente nelle diverse versioni del mito è rappresentato dal potere dell'uccello di risorgere dalle sue ceneri, compendiato nel brocardo latino "*post fata resurgo*", che letteralmente significa "dopo la morte torno a rialzarmi"¹.

¹ * Ringrazio sinceramente il Prof. Vincenzo Coccozza e il Prof. Giovanni Leone per le preziose osservazioni sulla versione iniziale dello scritto. Rimango naturalmente l'unica responsabile per errori ed omissioni.

Il riferimento è utile per individuare e delimitare le ragioni dell'indagine che avrà ad oggetto il potere governativo di annullamento straordinario, attualmente disciplinato dall'art. 2, comma 3, lett. p), della legge 23 agosto 1988, n. 400², e dall'art. 138 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267³. L'istituto, residuo dello Stato monarchico, è sopravvissuto alla transizione a quello democratico e, dopo la storica sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 1989, è stato depurato della sua funzionalità con riguardo agli atti delle Regioni, sollevando una serie di dubbi di compatibilità con la costituzionalizzazione delle autonomie territoriali e locali risultante dalla riforma del Titolo V.

La prassi rivela che il potere è stato raramente esercitato⁴, inducendo in più occasioni la giurisprudenza e la dottrina a interrogarsi sulla sua vigenza e attualità all'interno di un contesto storico, istituzionale e giuridico profondamente mutato rispetto al passato, in cui è venuta meno qualunque forma di controllo dello Stato sugli atti delle Regioni e degli enti locali.

Tuttavia, l'emergenza sanitaria causata dalla diffusione, dapprima in alcune aree, e successivamente, nell'intero territorio nazionale, del virus SARS-Cov-2, ha ridato nuova enfasi all'istituto, confermandone non solo la perdurante funzionalità, ma anche la rilevanza strategica per riaffermare il primato dell'unità dell'ordinamento e della certezza giuridica in un contesto in cui la sovrapposizione di poteri e di competenze generata dal sistema normativo e amministrativo emergenziale avrebbe rischiato di porre in serio pericolo la garanzia della tutela minima dei diritti civili e delle libertà fondamentali.

Del resto, se è vero che gli assetti costituzionali degli ordinamenti positivi attuali sono il risultato dei rischi sanitari del passato (e anche del presente)⁵, è allora fuor di dubbio che l'emergenza in atto abbia in parte contribuito a ridefinire la morfologia delle relazioni tra centro e periferia⁶, nell'ambito delle quali si inserisce l'annullamento straordinario.

All'analisi preliminare della genesi, delle caratteristiche e dei profili critici dell'istituto, seguirà l'indagine sul parere 7 aprile 2020, n. 735/2020 reso dalla I sezione del Consiglio di Stato nel corso della procedura di annullamento straor-

Per una ricostruzione dei diversi aspetti della storia del mito, anche attraverso una ricca e originale documentazione iconografica, si rinvia a F. Zambon, A. Grossato, *Il mito della fenice in Oriente e in Occidente*, Marsilio, 2004.

² Recante «*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri*».

³ Recante «*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*».

⁴ R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2^{ed.}, Torino, 2017, spec. 656.

⁵ Il riferimento doveroso è a M. Foucault, *Naissance de la biopolitique: Cours au Collège de France (1978-1979)*, Parigi, 2004, trad. it. a cura di M. Bertani, V. Zini, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, ed. 2005.

⁶ Per una disamina della distribuzione del potere tra centro e periferia durante l'emergenza, G. Piperrata, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 318 ss.

dinario, allo scopo di formulare alcune riflessioni sul modo di atteggiarsi del potere nel contesto emergenziale in atto che, se giuridicamente sviluppate, avrebbero condotto ad una sua completa integrazione nel tessuto costituzionale, donandogli un fondamento rinnovato e, forse, finanche più potente e pervasivo rispetto al passato.

2. *Il casus belli. L'ordinanza del Sindaco di Messina che limita l'attraversamento dello stretto e il suo annullamento ad opera del Governo*

Durante la “fase uno” dell'emergenza epidemiologica da Covid-19⁷, il Sindaco di Messina ha adottato, in forza dell'art. 50 del d.lgs. n. 267 del 2000, l'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020, recante: per «chiunque intende fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina» l'obbligo di registrarsi, almeno 48 ore prima dell'orario previsto di partenza, sul portale www.sipassaacondizione.comune.messina.it, disponibile all'interno della pagina web istituzionale del Comune di Messina (fornendo, dunque, una serie di dati identificativi personali e relativi alla località di provenienza, a quella di destinazione e ai motivi del trasferimento), e di attendere poi il rilascio del nullaosta comunale allo spostamento; per «chiunque intende fuoriuscire dalla Sicilia attraverso i collegamenti navali del Porto di Messina», l'obbligo di registrarsi nelle modalità indicate prima dell'imbarco.

L'ordinanza avrebbe dovuto iniziare a produrre effetti dalle ore 00.01 dell'8 aprile 2020 sino al 13 aprile 2020, senonché, il 7 aprile, la Presidenza del Consiglio dei ministri ha sollecitato l'intervento del Consiglio di Stato, in sede consultiva, inoltrando la richiesta di parere del Ministro dell'Interno per l'avvio del procedimento di annullamento governativo straordinario *ex art.* 138 del d.lgs. n. 267

⁷ L'articolazione “in fasi” della gestione nazionale dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 è stata compiuta, per la prima volta, dal d.p.c.m. 26 aprile 2020 (c.d. decreto #IoRestoaDistanza) che, nell'allegato 10, ha individuato complessivamente cinque fasi: la Fase 1 (c.d. *Lock-down*); la Fase 2A (Transizione iniziale); Fase 2B (Transizione avanzata); Fase 3 (Ripristino); Fase 4 (Preparazione). Il testo elenca una serie di criteri la cui sussistenza (parziale o totale) o assenza, accertata attraverso verifiche periodiche, determina, rispettivamente, il mantenimento, il passaggio alla fase successiva o la regressione a quella precedente (ad esempio, la transizione dalla Fase 2A alla Fase 2B è subordinata al ricorrere di una serie di condizioni, tra cui: capacità di monitoraggio epidemiologico; stabilità di trasmissione; servizi sanitari non sovraccarichi; attività di *readiness*; abilità di testare tempestivamente tutti i casi sospetti; possibilità di garantire adeguate risorse per il *contact tracing*, isolamento e quarantena). Risultano così codificate le fasi in cui è stata empiricamente articolata (a causa dell'assenza di uno specifico piano da attuare) la strategia di contenimento dell'epidemia, peraltro notevolmente semplificata sotto il profilo della comunicazione (così, M. Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 282 ss., spec. 289, il quale rileva come «stampa e politica [abbiano] riunito sotto l'unica denominazione di “fase uno” il periodo, caratterizzato dall'attuazione di penetranti misure di contenimento, che va dalla dichiarazione dello stato di emergenza fino all'avvio, il 4 maggio 2020, della c.d. “fase due”, caratterizzato dal progressivo allentamento di tali misure e dalla progressiva riapertura delle attività commerciali, subordinatamente all'adozione di specifiche misure di igiene»).

del 2000 e art. 2, comma 3, lett. *p*), della legge n. 400 del 1988, per la rimozione dell'ordinanza sindacale. A sostegno della richiesta sono stati adottati molteplici profili di illegittimità dell'atto (tra cui, violazione di legge, incompetenza, irragionevolezza, ecc.), nonché la necessità di tutelare l'unità dell'ordinamento giuridico che rischiava di essere compromessa da interventi locali posti in essere al di fuori del perimetro tracciato dagli atti (legislativi e amministrativi generali) nazionali emanati allo scopo di fronteggiare la crisi.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato, in tempi rapidissimi, in senso favorevole sulla richiesta di parere⁸, consentendo al procedimento di concludersi con il decreto del Presidente della Repubblica⁹ del 9 aprile che, recependone integralmente le motivazioni, ha annullato l'ordinanza sindacale.

Avvalendosi di un istituto invero quasi obliterato in un sistema ordinamentale fondato sul «pluralismo istituzionale *paritario*»¹⁰, sull'autonomia e sul decentramento amministrativo, il Governo ha così recuperato la “regia” dell'operazione complessiva di gestione della crisi, scongiurando una limitazione ulteriore (e non giustificata) delle facoltà di godimento dei diritti civili e delle libertà fondamentali già fortemente compressi dalla normativa emergenziale.

In realtà, nonostante il risultato conseguito abbia superato, per efficacia e rapidità, quello ottenibile attraverso la classica tutela cautelare dinnanzi al giudice monocratico, permangono tuttavia alcune incertezze sulla qualificazione giuridica del potere, sui presupposti che ne legittimano l'esercizio e sulla ricerca di un fondamento costituzionale, resa peraltro ancora più urgente dal rafforzamento del sistema di autonomie territoriali e locali realizzato dalla riforma del Titolo V della Costituzione. Aspetti, questi, toccati solo marginalmente dal parere che, forse, a causa dell'urgenza dell'intervento derivante dal particolare momento storico, si è limitato ad “appigliarsi” agli orientamenti giurisprudenziali dominanti in materia, lasciando per l'appunto parzialmente nell'ombra alcuni dei profili più critici e controversi dell'istituto.

⁸ Sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735/2020, sul quale si vedano le notazioni di A. Ruggeri, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello stretto di Messina*, in *ConsultaOnline.it*, 10 aprile 2020; N. Pignatelli, *L'annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non “chiude” lo stretto di Messina*, in *Dir. reg.*, 2020, 1, 555 ss.

⁹ Pubblicato in GU n. 96 del 10 aprile 2020.

¹⁰ M. Cammelli, *Amministrazione (ed interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1273 ss., 1274 (corsivo testuale).

3. *La disciplina del potere governativo di annullamento straordinario: profili storico-evolutivi*

L'istituto, le cui origini risalgono allo Stato monarchico, era originariamente disciplinato dai regolamenti di esecuzione della legge sull'amministrazione comunale e provinciale¹¹. L'art. 107 del regio decreto 8 giugno 1865, n. 2321¹² e l'art. 117 del regio decreto 10 giugno 1889, n. 6107¹³ prevedevano, con formula sostanzialmente analoga, il potere del Governo del Re di dichiarare «in qualunque tempo», con decreto reale, previo parere del Consiglio di Stato, «la nullità delle deliberazioni» del Consiglio comunale, rinviando per i casi specifici alle apposite leggi comunali e provinciali¹⁴. L'attivazione del procedimento poteva avvenire tramite la presentazione di un ricorso o di una denuncia o su iniziativa del Governo.

Lo strumento era stato poi recepito dall'art. 114 del regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2839, di riforma della legge comunale e provinciale, e successivamente, dall'art. 6 del regio decreto 3 marzo 1934, n. 383, recante il testo unico della legge comunale e provinciale, che (salva la trasformazione – essenzialmente formale¹⁵ – di «dichiarare la nullità» degli atti in quella di «annullarli») ne riproduceva, senza variazioni sostanziali, il contenuto. Le previsioni normative, nonostante si uniformassero alla previgente disciplina, recavano tuttavia un'importante innovazione attraverso l'estensione oggettiva del potere a tutti gli «atti o provvedimenti» adottati in «violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali»,

¹¹ Sulla derivazione storica dell'istituto, A.M. Sandulli, *Il potere governativo di annullamento e le Regioni*, in *Dir. e soc.*, 1975, 205 ss.

Sui caratteri del sistema «dualistico» che lo Stato italiano assunse nella sua prima fase, C. Mortati, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto italiano* (ed. 1931), Ristampa inalterata con prefazione di E. Cheli, Milano, 2000, 61 ss.

¹² Regolamento di esecuzione della legge comunale e provinciale di cui all'allegato A, della legge 20 marzo 1865, n. 2248.

¹³ Regolamento di esecuzione della legge comunale e provinciale approvata con regio decreto 10 febbraio 1889, n. 5921.

¹⁴ Rispettivamente, all'art. 227, dell'allegato A della legge n. 2248 del 1865, e all'art. 255, del regio decreto n. 591 del 1889, che prevedevano la nullità «di pien diritto [del]le deliberazioni prese in adunanze illegali o sovra oggetti estranei alle attribuzioni del Consiglio o se si sono violate le disposizioni delle leggi».

¹⁵ In questi termini, E. Tosato, *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, diretto da D. Donati, II, 1937, 13 ss., il quale appunto osserva come «dalla comparazione dei due testi di legge risulta chiaro che non è intervenuta in diritto alcuna modificazione»; P. Bodda, *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi illegittimi*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova, 1933, 91 ss.; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d. (ma 1901), 478 ss.; U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2^{ed}, Milano, 1915, 1184 ss. Tuttavia, nel senso che si sarebbe trattato di una mera «dichiarazione di nullità» e non di un annullamento, si veda lo scritto posteriore di F. Cammeo, *La dichiarazione di nullità dei contratti degli enti locali e la competenza giudiziaria*, in *Giur. it.*, 1932, IV, 1 ss., spec. 3, le cui argomentazioni sono tuttavia rimaste senza seguito.

che diveniva così «espressione di un principio generale implicito»¹⁶ dell'ordinamento. Inoltre, contro il decreto reale era possibile proporre ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato per motivi di legittimità ovvero ricorso straordinario al Re, garantendo in questo modo il controllo sulla decisione di prime cure¹⁷.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel 1948, l'istituto ha continuato a essere disciplinato dall'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, fino a quando ad esso si è sostituito l'art. 2, comma 3, lett. p), della legge 23 agosto 1988, n. 400¹⁸, che, nella formulazione originaria, aveva sottoposto alla deliberazione del Consiglio dei Ministri «le determinazioni concernenti l'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato e, nei soli casi di annullamento di atti amministrativi delle regioni e delle province autonome, anche della Commissione parlamentare per le questioni regionali»¹⁹. La scelta legislativa di introdurre la disciplina di un istituto perfettamente compatibile con le concezioni di accentramento politico-amministrativo dominanti nel periodo precostituzionale²⁰, aveva tuttavia iniziato a sollevare non pochi dubbi di legittimità dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ispirata ai principi dell'autonomia e del decentramento. La disciplina positiva si differenziava, invero, dalla previgente per la presenza di alcune innovazioni riguardanti, innanzitutto, la riferibilità del potere (non più al Governo genericamente inteso ma) al Consiglio dei Ministri e, in secondo luogo, l'estensione espressa dell'ambito oggettivo di applicazione anche agli atti delle Regioni e delle Province autonome; in quest'ultimo caso, occorre il parere della Commissione parlamentare per le questioni regio-

¹⁶ A.M. Sandulli, *Il potere governativo di annullamento e le Regioni*, cit., spec. 206-207, il quale precisa che l'oggetto del potere «non [erano più] soltanto le deliberazioni consiliari, ma tutti i provvedimenti; e non soltanto quelli dei Comuni e delle Province, ma anche quelli di ogni altra autorità amministrativa, così degli enti pubblici come dello stesso Stato». Sulla portata «generale» del potere già A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931, 256 ss.; P. Bodda, *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi illegittimi*, cit., 97; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936, 355; G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 167; V.M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 237 ss.; E. Cannada-Bartoli, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 492.

¹⁷ G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 356, precisa come la norma avesse provveduto a risolvere la disputa dottrinale e giurisprudenziale sull'individuazione dell'autorità competente a decidere sulle controversie cui poteva dar luogo l'impugnativa del decreto di annullamento, visto che, fino a quel momento, il carattere discrezionale dell'atto era ritenuto motivo di esclusione della competenza dell'autorità giudiziaria.

¹⁸ Recante «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri».

¹⁹ L'introduzione della preventiva deliberazione del Consiglio dei Ministri stava dunque ad indicare che la valutazione dell'interesse pubblico attuale all'eliminazione dell'atto illegittimo doveva essere espressione dell'indirizzo unitario del Governo nella sua collegialità. In dottrina, sul punto, G. Canzio, *Spunti in tema di «annullamento governativo»*, in *Riv. giur. ed.*, 1970, 666 ss., spec. 668. In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 6 dicembre 1968, n. 30, in *Cons. Stato*, 1968, I, 1981; sez. V, 24 ottobre 1969, n. 1097, ivi, 1969, I, 1688.

²⁰ E. Cannada Bartoli, *Aspetti costituzionali dell'annullamento governativo di provvedimenti amministrativi*, in *Giur. cost.*, 1959, 330 ss., 334; G. Guarino-Ciancio, *Memoria difensiva per la regione siciliana nel giudizio di legittimità costituzionale deciso con sentenza n. 58 del 1959*, ivi, 1094 ss., 1103.

nali, in aggiunta a quello del Consiglio di Stato. Le ragioni della scelta legislativa di introdurre l'art. 2, comma 3, lett. p), come rilevato da autorevole dottrina, potevano allora essere con tutta probabilità rinvenute nell'accettazione tacita di un istituto già operante nell'ordinamento positivo, già legittimato dalla giurisprudenza costituzionale e, del resto, perfettamente in linea con il «generale disegno di rafforzamento dell'esecutivo, perseguito nel suo complesso dalla intera [legge]»²¹. Tuttavia, l'aggiunta del parere della Commissione parlamentare per le questioni regionali quando l'annullamento straordinario fosse diretto nei confronti degli atti emanati dalle Regioni (da quelle a Statuto speciale soprattutto), denotava la consapevolezza del legislatore della sua possibile frizione con la costituzionalizzazione dell'autonomia regionale²². Nonostante infatti la dottrina formatasi nella vigenza dell'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934 avesse cercato di far risaltare quel carattere di «potere di vertice»²³, tipico dell'autotutela²⁴, e la natura politica del rimedio, seppure alcune perplessità riguardassero la qualifica di alta amministrazione dell'atto conclusivo²⁵, tuttavia l'effetto immediato

²¹ C. Barbati, *L'annullamento governativo degli atti regionali illegittimi: alla ricerca del «perchè» di una scelta legislativa* (nota a C. cost., 21 aprile 1989, n. 229), in *Le Regioni*, 4, 1198 ss., spec. 1213-1214, la quale considera questa scelta anche come «l'espressione di più generali linee di tendenza che hanno recentemente interessato la configurazione legislativa e giurisprudenziale dei rapporti Stato-autonomie regionali (e provinciali)». Infatti, «molte delle scelte operate in proposito sono caratterizzate dall'attribuzione all'esecutivo del ruolo di interlocutore privilegiato, quando non unico, delle autorità regionali, come tale provvisto di poteri direttivi, più coerenti con un disegno di cooperazione unilaterale, a contenuti determinati dallo Stato Governo, che non con forme di reale «regionalismo cooperativo»».

²² Aderendo alle perplessità manifestate dalla dottrina formatasi nella vigenza dell'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934. Risolve «in senso negativo la questione dell'ammissibilità dell'annullamento governativo per gli atti amministrativi delle Regioni, data l'impossibilità di rinvenire nell'attuale ordinamento positivo una disposizione attributiva della potestà in parola», G. Cugurra, *L'annullamento governativo come atto di «alta amministrazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 2, 604 ss., spec. 617; in senso conforme, G. Berti, *Ordinamento amministrativo, annullamento governativo e autonomia regionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 6, 2818 ss., spec. 2833, secondo cui l'annullamento governativo «è decisamente rifiutato dai presupposti e dai caratteri del nuovo sistema [ordinamentale]». Si vedano anche i contributi di E. Cannada-Bartoli, *Aspetti costituzionali dell'annullamento governativo di provvedimenti amministrativi*, cit., 331 ss.; G. Guarino-Ciancio, *Memoria difensiva per la regione siciliana nel giudizio di legittimità costituzionale deciso con sentenza n. 58 del 1959*, cit., 1094 ss.; G. Treves, *Costituzionalità dell'annullamento governativo degli atti amministrativi nella sfera regionale*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 1009 ss.;

²³ A.M. Sandulli, *Il potere governativo di annullamento e le Regioni*, cit., 214, per il quale, tale connotato era desumibile anche da elementi formali come il parere del Consiglio di Stato e l'adozione attraverso decreto del Re, sostituita nelle altre ipotesi dalla decisione dei Ministri (ad esempio, in materia di ricorsi gerarchici propri e impropri, come stabilito dall'art. 113 del regio decreto n. 2839 del 1923 e, successivamente, dall'art. 5 del regio decreto n. 383 del 1934).

²⁴ Sulla nozione di autotutela, doveroso il rinvio a F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss., *ad vocem*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1781 ss.

²⁵ Sia per la mancata previsione normativa della deliberazione del Consiglio dei Ministri (fin dal decreto 21 dicembre 1980, n. 1122, regolante le attribuzioni del Consiglio dei Ministri, elemento necessario per l'attribuzione della qualifica dell'alta amministrazione) sia per l'ambiguità della stessa categoria (ancora, A.M. Sandulli, *op. ult. cit.*, 214 ss.; in giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 6 dicembre 1968, n. 30; Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 1971, n. 223; Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 1974, n. 7).

A favore della configurazione dell'annullamento straordinario come atto di alta amministrazione, G. Cugurra, *L'annullamento governativo come atto di «alta amministrazione»*, cit., spec. 628-629.

e diretto ad esso ricollegabile si esprimeva in un controllo invasivo e penetrante nella sfera di azione e di organizzazione delle amministrazioni pubbliche. Né le modifiche apportate al testo dell'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988 denotavano un mutamento della morfologia del potere, che rimaneva profondamente ancorato ad una visione monolitica e verticistica dell'apparato statale e, per questo motivo, incompatibile con il rinnovato assetto ordinamentale.

Queste le ragioni alla base dell'impugnazione della norma dinanzi alla Corte costituzionale, per lesione della sfera di autonomia regionale garantita dalla Carta, e della decisione dei giudici di espungere dall'ordinamento la parte relativa all'applicazione dell'istituto nei confronti degli atti delle Regioni e delle Province autonome, rimanendo invece in vigore con riguardo agli atti emanati da altre autorità amministrative²⁶. Sicché l'annullamento straordinario è attualmente contemplato anche dall'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000, collocato nel Titolo IV, dedicato al controllo sugli atti, la cui formulazione letterale recita che: «In applicazione dell'articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità»²⁷.

Sulla discussa categoria degli atti di alta amministrazione, nella letteratura più risalente, imprescindibile il riferimento a A.M. Sandulli, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 749 ss.; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, 10^{ed}, Napoli, 1969, 16 ss. e 219; V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 94 ss.; E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, 160 ss.; G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, e prima ancora Id., *L'annullamento governativo come atto di «alta amministrazione»*, cit., spec. 626, che, aderendo all'orientamento a quel tempo dominante, valorizza «la funzione di indirizzo» di cui essi sono espressione e «l'altissima discrezionalità» che ne caratterizza il processo di emanazione; M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, 2^{ed}, Bologna, 1986, 699 ss., spec. 708 ss. Nella dottrina recente, V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 101 ss., 122-123, che, ponendo l'accento sul profilo soggettivo, e cioè sulla «imputazione [di tali atti] all'autorità politica» piuttosto che su quello oggettivo, costituito dall'«ampia discrezionalità» del contenuto, giunge ad individuare «una [...] collocazione sistematica [...] parzialmente diversa (ma di essa comprensiva) rispetto a quella delineata [...]» dalla dottrina poc'anzi citata. Ad avviso dell'A., «si tratta infatti, di atti amministrativi, ascrivibili, in primo luogo, all'indirizzo politico amministrativo (atti di indirizzo in senso tecnico, direttive, atti generali, atti di programmazione, etc.); [...] in secondo luogo, si tratta di atti puntuali ascrivibili alla direzione politica dell'amministrazione, segnatamente in ordine alla gestione dei rapporti d'ufficio (distinta ovviamente dalla gestione personale), incarichi, nomine, rimozioni, etc.; [...] in terzo luogo, si tratta di atti di amministrazione puntuale, nei quali, dati gli interessi coinvolti, l'indirizzo politico amministrativo si esprime direttamente, cioè in diretta applicazione della legge, senza l'antecedente mediazione (individuazione, specificazione, di fini, obiettivi, etc.) rappresentata dagli atti di indirizzo» (spec. 133).

²⁶ Il riferimento è alla storica sentenza 21 aprile 1989, n. 229, in *Le Regioni*, 1990, 4, 1190 ss., con note di V. Cocozza, *Annullamento governativo e autonomia regionale*, e di C. Barbati, *L'annullamento governativo degli atti regionali illegittimi*, cit. Si rinvia sul punto alle considerazioni che saranno svolte *infra* paragrafo 4.

²⁷ Per un inquadramento generale dell'istituto, nella versione di cui all'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000, R. Villata, *L'atto amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, I, 4^{ed}, Bologna, 2005, 766 ss., spec. 872; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento*

4. *Le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale sulla qualificazione giuridica del potere e la sentenza n. 229 del 1989 quale esito di un itinerario ermeneutico controverso*

La rispondenza dell'annullamento straordinario all'esigenza di garantire la legittimità dell'agire amministrativo, compromessa dalla presenza di un atto invalido, e, al contempo, ad un interesse generale, rappresentato dalla tutela dell'unità dell'ordinamento giuridico, insieme alla mancanza di qualunque termine, hanno costituito la principale ragione delle oscillazioni della giurisprudenza costituzionale sulla qualificazione giuridica del potere. Il dibattito, storicamente concentrato intorno a due momenti principali che possono essere individuati negli anni Sessanta e Novanta del secolo ormai trascorso, è stato invero stimolato dall'urgenza di verificare la coerenza dell'istituto, all'epoca ancora disciplinato dall'art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, con il sistema delineato dall'art. 5 Cost., e in particolare, la legittimità dell'estensione nei confronti degli atti delle Regioni e delle Province autonome che, nel frattempo, erano state istituite dalla Carta.

Nella sentenza n. 24 del 1957²⁸, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione dell'ammissibilità del potere nei riguardi degli atti degli enti locali, conclude per la piena compatibilità con la Costituzione dell'attribuzione di un potere di controllo al Governo, cioè ad un organo diverso da quello titolare della funzione ordinaria, giustificata peraltro dal requisito della eccezionalità. Infatti, pur preferendo la qualificazione in termini di controllo, i giudici ne esaltano il carattere speciale, che ne rende legittimo l'esercizio solo quando, insieme all'illegittimità dell'atto, ricorrono «motivi attuali e concreti d'interesse generale all'annullamento».

Nelle pronunce successive, mutando il proprio precedente orientamento, l'annullamento governativo viene considerato quale «mezzo di autotutela dell'amministrazione pubblica intesa come ordinamento unitario», ritenendo sempre necessaria la contemporanea sussistenza dell'illegittimità dell'atto amministrativo e dell'interesse generale che si intende tutelare attraverso l'esercizio. L'attribuzione all'atto finale della qualifica di alta amministrazione, espressione del carattere unitario dello Stato, fa sì che l'istituto si ponga in armonia con il sistema delineato dall'art. 5 Cost., nel quale il decentramento organico e istituzionale è ordinato in modo da non contrastare con il predetto carattere unitario. In questa prospettiva, l'annullamento governativo si atteggia come potere assolutamente eccezionale, cui si ricorre esclusivamente in presenza di gravi motivi d'interesse genera-

to amministrativo, cit., 654 ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 8^{ed}, Bologna, 2016, 485-486; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 19^{ed} a cura di F. Fracchia, Milano, 2017, 589; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 3^{ed}, Bologna, 2017, spec. 226.

²⁸ C. cost., 26 gennaio 1957, n. 24, in *Giur. cost.*, 1957, 373.

le, non essendo sufficiente il mero interesse a ristabilire il diritto violato²⁹. L'esito di tali argomentazioni coincide con la negazione espressa della configurazione del potere in termini di controllo, sul presupposto che «si caratterizza, rispetto a questo, per la estemporaneità e la discrezionalità, essendo connesso con le mutevoli esigenze e valutazioni dell'interesse pubblico»³⁰.

La sentenza n. 229 del 1989 risente di tale itinerario controverso, nel corso del quale l'elemento comune delle argomentazioni addotte può essere rinvenuto nello sforzo di giustificare la perdurante vigenza e funzionalità di un istituto in un contesto ordinamentale e istituzionale profondamente rinnovato rispetto al passato. Dall'impianto motivazionale risalta la volontà dei giudici di intraprendere un cambio di rotta rispetto ai propri precedenti, chiaramente percepibile dall'affermazione che il problema dell'ammissibilità dell'annullamento straordinario nei confronti degli atti delle Regioni e delle Province autonome «è rimasto sinora, in sede giurisprudenziale, del tutto impregiudicato» e «risolto, in sede legislativa, solo attraverso la norma di cui [all'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988]»³¹, nonchè dalla scelta di ritenere prevalente nella fattispecie il profilo del controllo, in contrasto con gli orientamenti poc'anzi esaminati. In sostanza, è come se la Corte intendesse negare qualunque linea di continuità tra la norma impugnata e il previgente art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, che viene richiamato solo per esaminare la derivazione storica del potere e passare in rassegna le diverse tesi proposte sulla sua natura giuridica. La conferma dell'assunto potrebbe derivare dal riscontro di alcuni elementi innovativi nel testo dell'art. 2, comma 3, lett. p) che escludono il carattere meramente ricognitivo o confermativo di una disciplina previgente o di un diritto vivente ormai consolidato.

La Corte privilegia la configurazione dell'annullamento straordinario in termini di controllo di legittimità sugli atti, ritenendo che l'estraneità del controllo rispetto al plesso di appartenenza del controllato e l'esistenza di un atto affetto da vizi di legittimità attribuiscono netta prevalenza alle garanzie della legalità. Non si esime tuttavia dal riconoscere l'esistenza di elementi di specialità che lo allontanano dalla fattispecie classica, conferendogli una morfologia ibrida e avvi-

²⁹ C. cost., 5 maggio 1959, n. 23, in *Giur. cost.*, 1959, 329; C. cost., 1° dicembre 1959, n. 58, *ivi*, 1901; C. cost., 16 dicembre 1960, n. 73, *ivi*, 1960, 1235.

³⁰ C. cost., 16 dicembre 1960, n. 74, in *Giur. cost.*, 1960, 1242.

³¹ Cfr. paragrafo 3 del considerato in diritto. Per la verità, la giurisprudenza costituzionale, pur in mancanza di una previsione espressa, aveva considerato legittimo l'esercizio del potere nei riguardi degli atti delle Province, oltre che dei Comuni (cfr. C. cost. n. 24/1957; n. 23/1959; n. 73 e 74/1960; 13 luglio 1963, n. 128, *ivi*, 1963, 1411 ss.; C. cost., 13 gennaio 1966, n. 4, *ivi*, 1966, 51 ss.); mentre un accenno marginale alla possibilità di estendere il rimedio agli atti delle Regioni a Statuto speciale era contenuto nella sentenza 28 dicembre 1971, n. 207, la quale aveva riconosciuto il carattere generale dell'annullamento straordinario e l'applicabilità agli atti amministrativi delle Regioni a Statuto speciale dell'art. 6, del regio decreto n. 383 del 1934. Tuttavia, la pronuncia n. 229/1989 aveva ommesso qualsiasi riferimento a tale precedente, richiamando esclusivamente la giurisprudenza costituzionale che non aveva affatto considerato la questione.

cinandolo all'area dell'amministrazione attiva. Dopo aver premesso che la natura costituzionale conferita dall'art. 115 Cost. all'autonomia regionale comporta che sia compito esclusivo della Costituzione disciplinare «il complesso di relazioni tra Stato e Regioni», nonché prevedere l'*an* e il *quomodo* di eventuali forme di ingerenza statale nell'attività degli enti regionali, riconduce l'istituto al controllo di legittimità *ex art.* 125 Cost.³². A causa del carattere tassativo di tale disciplina, che ne impedisce l'estensione con legge ordinaria, i giudici concludono per la dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata, per violazione degli artt. 125, 126 e 134 Cost., nella parte in cui, per l'appunto, introduce «un tipo particolare di controllo di legittimità da esercitare in forma accentrata attraverso il Governo [sugli atti delle Regioni e delle Province autonome]», in palese contrasto con le disposizioni richiamate che, al contrario, ne prevedono l'esercizio esclusivamente da parte di un organo dello Stato in forma decentrata³³.

È interessante osservare che l'adesione alla tesi del controllo non si dimostra del tutto salda. I giudici si fanno infatti carico di evidenziare che anche una eventuale configurazione del potere in termini di autotutela o di alta amministrazione non potrebbe condurre ad esiti differenti, rafforzando per questa via la dichiarazione di incostituzionalità parziale della norma e precludendo in radice la possibilità di un futuro ritorno ai propri precedenti per giustificare la conformità dell'istituto al testo costituzionale.

Eguale è significativo che, mentre la qualificazione come strumento di autotutela appare incompatibile con il disegno pluralista tratteggiato dalla Carta, presupponendo una visione monolitica dell'amministrazione ormai del tutto superata, al contrario, la tesi dell'alta amministrazione viene respinta poiché espressione di un potere connotato da amplissima discrezionalità, facoltativo e del tutto svincolato da qualsivoglia tipizzazione dei contenuti o degli interessi generali da affermare in sede di adozione del provvedimento demolitorio³⁴. Rovesciando i termini del problema, le argomentazioni della Corte sembrerebbero lasciare spazio ad una soluzione differente, e quindi a ritenere ammissibile l'annullamento straordinario anche nei confronti degli atti delle Regioni e delle

³² V. Cocozza, *op. ult. cit.*, 1195, osserva, in proposito, come il «merito principale della decisione sia quello di aver sgombrato il campo da qualsivoglia equivoco sul modo in cui è da intendere l'ordinamento costituzionale». Non vi è infatti alcuna «tentazione verso l'unità politica che trova l'espressione di sintesi nel Governo, ma un disegno pluralista che compiutamente si realizza nel sistema dell'articolazione territoriale regionale».

³³ Cfr. paragrafo 5 del considerato in diritto.

Sul tema dei controlli sugli enti territoriali nel quadro costituzionale antecedente alla riforma del Titolo V, A.M. Sandulli, *I controlli sugli enti territoriali nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 2, 575 ss.; e, nello specifico, sulle Regioni, F. Benvenuti, *I controlli amministrativi dello Stato sulla Regione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 2, 587 ss., ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., 2999 ss.

³⁴ Cfr. paragrafo 6 del considerato in diritto.

Province autonome in presenza di un futuro intervento legislativo di tipizzazione degli interessi generali³⁵.

Se ne trae che la preferenza per la tesi del controllo non vale a dirimere in via definitiva le perplessità sulla natura giuridica del potere, convivendo in esso profili differenti che lo rendono difficilmente inquadrabile all'interno di una categoria giuridica unitaria.

4.1. *Segue: la riforma del Titolo V della Costituzione e le perplessità sulla legittimità costituzionale dell'annullamento straordinario con riguardo agli atti degli enti locali*

Le perplessità manifestate dalla dottrina circa la compatibilità dell'annullamento straordinario con il modello complessivo delle relazioni tra Stato e autonomie, invero già sollevate con riguardo agli atti delle Regioni e delle Province autonome prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale, con sentenza n. 229 del 1989, dell'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988, si sono ripresentate con riferimento agli atti degli enti locali, subito dopo l'entrata in vigore del nuovo disegno pluralistico delineato dalla riforma del Titolo V della Costituzione³⁶. Il riconoscimento pieno in sede costituzionale dell'autonomia di tali enti (art. 114 Cost.), insieme all'abrogazione degli artt. 125 e 130 Cost., e al conseguente superamento del modello degli «eterocontrolli», basato nella sostanza sul controllo (preventivo) di legittimità degli atti³⁷, ha infatti indotto una par-

³⁵ Questa eventualità era stata rilevata da R. Bin, *Annullamento governativo degli atti amministrativi regionali: è proprio l'ultima parola?*, in *Giur. cost.*, 1989, 987 ss., in part. 991: «si può davvero escludere qualsiasi ripensamento della Corte un giorno che il legislatore nazionale prevedesse casi di annullamento d'ufficio di atti amministrativi regionali, non come strumento generale e generico, ma specificamente previsto dalla legge per la difesa di interessi "tipizzati", o meglio, per ipotesi "tipizzate" dell'interesse nazionale?».

³⁶ R. Cameli, *Poteri sostitutivi del governo ed autonomia costituzionale degli enti territoriali (in margine all'art. 120 cost.)*, in *Giur. cost.*, 2004, 5, 3389 ss., spec. 3402, osserva, in proposito, che il pieno riconoscimento dell'autonomia degli enti locali all'interno del novellato testo costituzionale (art. 114 Cost.) porta a ritenere «non [...] più ammissibile un generale potere di annullamento governativo: la medesima *ratio* che condusse ad escludere la legittimità del potere in oggetto in capo al Governo nei confronti delle Regioni, oggi infatti dovrebbe essere estesa alla dinamica dei rapporti tra enti locali ed esecutivo centrale e, dunque, indurre ad escludere l'applicabilità dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000». Prima ancora, F. Pinto, *Diritto degli enti locali*, I, Torino, 2003, spec. 388; in senso conforme, E. Balboni, *Le garanzie esterne per la sana gestione finanziaria e le esigenze di una loro armonizzazione*, in G.C. De Martin, *Autonomie locali, garanzie di legalità e sana gestione*, in *www.astrid-online.it*, spec. 61.

³⁷ Sulle conseguenze derivanti dall'abrogazione, ad opera dell'art. 9, comma 2, della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, sul sistema di controlli previsto dal Titolo VI del d.lgs. n. 267 del 2000, si veda F. Pinto, *Il testo unico degli enti locali dopo la riforma: tra incertezze statali e incertezze regionali*, in *Quad. cost.*, 2002, 2, 291 ss., spec. 304 ss.

Sul tema dei controlli amministrativi, per un inquadramento generale, E. Guicciardi, *I controlli amministrativi e giurisdizionali sull'attività dell'amministrazione*, Brescia, 1951; G. Berti, L. Tumiati, *Controlli ammi-*

te della dottrina a dubitare della vigenza dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 nel sistema attuale³⁸, intravedendovi «una forma speciale di controllo sugli atti»³⁹; ricostruzione che risulterebbe peraltro corroborata dalla collocazione della norma nell'ambito del Titolo VI del d.lgs. n. 267 del 2000, dedicato proprio al controllo sugli atti degli enti locali.

Perplessità sostanzialmente analoghe sono state sollevate dalla stessa giurisprudenza amministrativa che, in occasione delle richieste di parere avanzate in sede di procedimento di annullamento straordinario, non ha esitato a rilevare alcuni profili di incompatibilità della norma con l'assetto dei rapporti tra centro e autonomie ridefinito dalla riforma costituzionale, soffermandosi in particolare sull'«indeterminatezza del presupposto [che ne] farebbe [...] uno strumento caratterizzato da così ampia discrezionalità da risultare lesivo dell'autonomia degli enti locali avente fondamento nella Costituzione»⁴⁰.

Il tema manifesta, con tutta evidenza, una difficoltà oggettiva che impone un esame accurato dei connotati peculiari della disciplina e della casistica in argomento.

5. *La morfologia del potere governativo di annullamento straordinario ex art. 138 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Gli approdi della giurisprudenza amministrativa nel percorso di ricerca di un fondamento costituzionale*

La lettura dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000, paradigma normativo di riferimento, insieme all'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988, del

nistrativi, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 289 ss., *ad vocem*; M.S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 4, 1263 ss.; A. Crosetti, *Controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 69 ss., *ad vocem*; F. Trimarchi Banfi, *Il controllo di legittimità*, Padova, 1984; O. Sepe, *Controlli. I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, 1 ss., *ad vocem*; M. De Benedetto, *Controlli. II) Controlli amministrativi*, *ivi*, 2006, 1 ss., *ad vocem*; U. Allegretti (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995.

³⁸ Esprime qualche «riserva sull'attuale vigenza di tale potere nei confronti degli atti dei Comuni e delle Province», P. Cavaleri, *Diritto regionale*, Padova, 2003, 210; in senso conforme, A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1305 ss., spec. 1324, il quale, dopo aver rilevato che «appare incerta la sorte del potere di annullamento straordinario del Governo nei confronti degli atti degli enti locali», conclude tuttavia che, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, «appaiono sicuramente più numerosi e forti gli argomenti a sostegno della incostituzionalità anche con riguardo a Comuni e Province».

³⁹ In questi termini, C. cost., n. 229/1989, paragrafo 5 del considerato in diritto, secondo cui «il fatto che il potere [di annullamento] venga esercitato da un soggetto esterno all'amministrazione che ha posto l'atto da annullare e nei confronti di atti comunque viziati nella legittimità induce a ritenere prevalenti, nella fattispecie, le garanzie della legalità che si ricollegano al controllo di legittimità sugli atti, pur con tutte le connotazioni speciali che tendono ad avvicinare il potere stesso all'amministrazione attiva, in relazione 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» (corsivo nostro).

⁴⁰ In questi termini, Cons. Stato, sez. I, parere 16 marzo 2005, n. 9771/2004.

potere governativo di annullamento straordinario, evidenzia un disposto normativo piuttosto sintetico dal quale è tuttavia possibile estrapolarne i presupposti, il profilo finalistico-causale e le fasi in cui si articola la procedura.

L'attivazione del procedimento, d'ufficio o su denuncia, è demandata alla formulazione di una proposta del Ministro dell'Interno, cui segue la consultazione del Consiglio di Stato e la deliberazione del Consiglio dei Ministri, recepita dal decreto del Presidente della Repubblica. Il potere, esercitabile «in qualunque tempo», assolve alla funzione di rimuovere gli atti illegittimi degli enti locali che possano pregiudicare «l'unità dell'ordinamento» giuridico.

La genericità della formulazione normativa ha indotto la giurisprudenza amministrativa a tentare di specificare quali stati patologici fossero idonei a determinare l'attivazione del potere. Non può invero non suscitare una certa perplessità la scelta del legislatore di espungere qualsiasi riferimento ai classici vizi di legittimità dei provvedimenti che, al contrario, compariva nel previgente art. 6 del regio decreto n. 383 del 1934, il quale appunto menzionava l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di leggi o di regolamenti, e di introdurre un generico riferimento agli «atti illegittimi», rievocando una categoria di cui la dottrina prevalente aveva cercato di disfarsi o quantomeno, in aderenza al dato normativo, sostituire con le nozioni di invalidità, annullabilità e nullità⁴¹. Un rinvio legislativo al Capo IV-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241⁴², recante la disciplina generale dell'invalidità degli atti amministrativi, avrebbe di certo reso meno arduo il compito dell'interprete di stabilire quali vizi rientrassero nell'illegittimità menzionata dall'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000.

L'analisi della giurisprudenza amministrativa in argomento rivela, in effetti, una certa restività dei giudici a ritenere sufficienti i classici vizi indicati dall'art. 21-*octies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ovvero incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, e al contrario a richiedere un *quid pluris*, una particolare gravità dello stato patologico dell'atto, tale da pregiudicare quell'unità dell'ordinamento alla cui tutela è diretto l'istituto. Si fatto così riferimento al

⁴¹ Come ricorda M.S. Giannini, *Illegittimità*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 131 ss., 132, *ad vocem*, secondo cui «nei giovani studiosi sembra si vada facendo strada una diversa concezione, che sta molto più aderente al diritto positivo, con la quale la illegittimità viene raffigurata come uno stato viziato tipico degli atti dei pubblici poteri, costituiti dagli atti normativi e dagli atti amministrativi». In realtà, nei manuali di diritto amministrativo e negli studi monografici sul provvedimento attuali, continua a comparire la nozione di illegittimità intesa come «stato patologico tipico del provvedimento [...] data dalla [sua] non conformità [...] ad un modello legale ampiamente inteso, comprensivo come tale della disciplina dell'attività e della funzione, e si scompone nei noti vizi di eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge»; così R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 446; in senso analogo, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 468-469, secondo cui l'illegittimità identifica «la condizione patologica tipica dell'atto amministrativo».

⁴² Introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*».

«difetto assoluto di competenza» o di «incompetenza assoluta per materia»⁴³ o, in senso più generico, ad «un vizio in qualche modo “qualificato”»⁴⁴ dell'atto o alla «violazione significativa di un principio dell'ordinamento generale o di settore»⁴⁵.

L'elemento comune delle teorizzazioni proposte può essere rinvenuto nel duplice tentativo di “agganciare” la gravità del vizio al profilo finalistico-causale del potere, ricostruendo il primo in termini di idoneità (seppur potenziale o ipotetica) ad arrecare una lesione all'unità dell'ordinamento, e al contempo, di circoscriverlo nell'area dell'illegittimità, essenzialmente per ragioni di aderenza al dato normativo (ove compaiono le locuzioni «atti illegittimi» e «annullare»).

L'esame della casistica giurisprudenziale rivela peraltro che la gravità richiesta non riguarda tanto la tipologia di vizio, quanto la sua *attitudine* a pregiudicare l'unità dell'ordinamento: in altre parole, anche un atto affetto da violazione di legge potrebbe essere cassato in sede di annullamento straordinario, qualora sia idoneo a produrre una simile conseguenza.

Nonostante i dubbi di costituzionalità, l'orientamento prevalente dei giudici è sempre stato proteso a “scriminare” l'istituto attraverso la promozione di un'interpretazione costituzionalmente orientata, fondata essenzialmente sulla sua riduzione entro margini di operatività che, da un lato, assicurassero la salvaguardia delle prerogative costituzionali degli enti locali e, dall'altro, il costante collegamento ad interessi e valori garantiti dalla Carta, tra i quali l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, la cui cura compete, in via prioritaria, allo Stato⁴⁶. Per questa via, si è giunti a ritenere legittimo l'esercizio del potere esclusivamente per rimuovere quei provvedimenti emanati dagli enti locali in materie riservate dalla Costituzione alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, «all'evidente fine di assicurare, nei settori ad esse corrispondenti, l'unitarietà e la coerenza dell'ordinamento giuridico»⁴⁷. In buona sostanza, gli artt. 5 e 117, comma 2, Cost., in combinato disposto, sono stati elevati a fondamento costituzionale dell'istituto.

⁴³ Cons. Stato, sez. I, parere 2 aprile 2003, n. 1313/2003. È interessante notare che le categorie di invalidità proposte precedono la codificazione dello statuto patologico del provvedimento amministrativo, avvenuto ad opera della legge 11 febbraio 2005, n. 15, attraverso l'introduzione del Capo IV-*bis* nel *corpus* della legge n. 241 del 1990, intitolato «*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*».

⁴⁴ Cons. Stato, sez. I, parere 17 giugno 2009, n. 1675/2009.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. II, parere 22 novembre 2000, n. 921/2000, reso nel procedimento per l'annullamento straordinario del decreto 21 gennaio 2000 emanato dal Rettore dell'Università “La Sapienza” di Roma, che aveva disposto, a decorrere dal 27 ottobre 1999, l'inquadramento nel ruolo dei ricercatori universitari del personale di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 502 del 1992 (tecnici laureati medici), che svolgeva funzioni assistenziali.

⁴⁶ In questi termini, Cons. Stato, sez. I, parere n. 9771/2004.

⁴⁷ Ancora Cons. Stato, sez. I, parere n. 9771/2004.

L'esame dei provvedimenti di annullamento straordinario intervenuti a cassare atti illegittimi degli enti locali conferma l'esistenza di un *collegamento di tipo oggettivo* fondato sulle materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tra quelli intervenuti negli ultimi anni, è possibile ricordare: il d.p.r. 13 agosto 2010, che ha disposto l'annullamento straordinario ai sensi dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 della modifica dell'art. 12 dello Statuto del Comune di Caulonia (Reggio Calabria), approvata dal Consiglio comunale con

Se il percorso logico-argomentativo è, in linea di massima, condivisibile,

deliberazione n. 36 del 29 giugno 2009, nella parte in cui aveva attribuito il diritto di elettorato attivo e passivo nelle elezioni comunali agli apolidi e agli stranieri legalmente soggiornanti in Italia e residenti nel Comune che fossero in possesso della carta di soggiorno o che avessero risieduto legalmente ed abitualmente in Italia nei due anni precedenti le elezioni; il d.p.r. 13 febbraio 2009, che ha disposto l'annullamento straordinario dell'art. 20, comma 2, dello Statuto del Comune di Casalmaggiore (Cremona), approvato con deliberazione consiliare n. 84 del 28 settembre 2007, nella parte in cui aveva esteso il diritto di elettorato nell'elezione del Sindaco e del Consiglio comunale ai cittadini non appartenenti all'Unione europea residenti nel comune da almeno cinque anni; il d.p.r. 21 febbraio 2008, che ha disposto l'annullamento straordinario dell'art. 4-*bis* dello Statuto del Comune di Asti, introdotto dalla deliberazione consiliare n. 1 del 16 gennaio 2007, che aveva esteso il diritto di elettorato attivo e passivo nell'elezione del Sindaco, del Consiglio comunale e dei Consigli circoscrizionali ai cittadini non appartenenti all'Unione europea soggiornanti in Italia e residenti nel comune; il d.p.r. 16 gennaio 2008, che ha disposto, sulla base dei pareri del Consiglio di Stato, sez. I, 24 gennaio 2007, n. 4852/2006, 6 giugno 2007, n. 1707/2007, 10 ottobre 2007, n. 1707, l'annullamento straordinario dell'art. 10, commi 6, 7, 8 e 9, e l'art. 25, commi 3, 4 e 5 dello Statuto del Comune di Pisa, introdotti con la deliberazione consiliare n. 44 dell'8 giugno 2006, nella parte in cui aveva riconosciuto «il diritto di elettorato attivo e passivo nell'elezione del Consiglio comunale e del Consiglio circoscrizionale agli apolidi e agli stranieri "non comunitari" legalmente soggiornanti in Italia e residenti nel comune»; il d.p.r. 5 ottobre 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario dell'art. 20 dello Statuto del Comune di Acquapendente, approvato con delibera consiliare n. 2 del 31 gennaio 2005, che ha riconosciuto agli stranieri e agli apolidi residenti nel Comune, in possesso di valido titolo di soggiorno e residenti da almeno due anni nel territorio del comune, il diritto di elettorato attivo e passivo nelle elezioni comunali. Per ragioni analoghe, sono stati adottati: il d.p.r. 8 settembre 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario di alcune disposizioni degli Statuti dei Comuni di Cesena, della Spezia e di Perugia; il d.p.r. 11 luglio 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario di alcune disposizioni degli Statuti della Provincia di Pisa e dei Comuni di Bassano Romano e di Jesi; il d.p.r. 18 luglio 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario di alcune disposizioni degli Statuti dei Comuni di Firenze, Calenzano e Ragusa; il d.p.r. 3 aprile 2006, che ha esercitato il potere nei confronti dello Statuto del Comune di Ancona; il d.p.r. 20 marzo 2006, che ha disposto l'annullamento straordinario di alcune disposizioni dei Comuni di Ancona e Torino. Si noti che in precedenza il Consiglio di Stato, sez. II, con parere 28 luglio 2004, n. 8007/2004, si era espresso favorevolmente circa la possibilità per gli stranieri di esercitare il proprio diritto di voto limitatamente all'elezione delle circoscrizioni di decentramento comunale. Si prosegue con il d.p.r. 13 giugno 2005, che ha invece disposto l'annullamento straordinario, previo parere del Consiglio di Stato, sez. I, 22 febbraio 2005, n. 12060/2004, dell'art. 1, comma 3, dello Statuto della Città di Venezia (adottato con delibera consiliare n. 119 del 23 luglio 2003), il quale prevedeva testualmente che: «[i]n caso di mancata costituzione della città metropolitana, i confini della città metropolitana coincid[essero] con l'attuale circoscrizione territoriale del Comune di Venezia». Il procedimento per la costituzione delle «Città metropolitane» è disciplinato dagli artt. 22 e 23 del d.lgs. n. 267 del 2000; l'art. 22, comma 2, prevede in particolare che: «su conforme proposta degli enti locali interessati la regione procede entro centottanta giorni dalla proposta stessa alla delimitazione territoriale dell'area metropolitana. Qualora la regione non provveda nel termine indicato, il Governo, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, invita la regione a provvedere entro un ulteriore termine, scaduto il quale procede alla delimitazione dell'area metropolitana». L'art. 23, commi 2 e 3 dispone poi che: «il comune capoluogo e gli altri comuni ad esso uniti da continuità territoriale e da rapporti di stretta integrazione [...] possono costituirsi in città metropolitane ad ordinamento differenziato». La disposizione dello Statuto del Comune di Venezia era dunque palesemente in contrasto con il quadro normativo tratteggiato e perciò passibile di annullamento straordinario. Si segnala altresì il d.p.r. 23 aprile 2003, che ha disposto l'annullamento straordinario, previo parere del Consiglio di Stato, sez. I, 2 aprile 2003, n. 1313/2003, dell'ordinanza n. 32 del 20 marzo 2003, adottata dal Sindaco del Comune di Falconara Marittima, che, durante la guerra tra Stati Uniti e Iraq, aveva imposto *ex art.* 54, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000 il divieto di atterraggio agli aerei militari delle parti belligeranti nell'aeroporto del Comune di Falconara Marittima. Si pensi, infine, al d.p.r. 24 novembre 2000, che ha disposto l'annullamento straordinario, delle deliberazioni delle Giunte dei Comuni di Segusino, di Biassono, di Calco, di Riese Pio X, di Ponzano Veneto, di Campo San Martino, nella parte in cui, attraverso una modifica del regolamento per l'organizzazione degli uffici e dei servizi, avevano attribuito, nella valutazione dei titoli, punteggi preferenziali ai cittadini residenti.

non poche perplessità si nutrono tuttavia sull'esito cui perviene, in quanto la compatibilità dell'annullamento straordinario con il rinnovato assetto costituzionale viene fondata essenzialmente su di un parametro *statico*, quale appunto quello del criterio di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni delineato dall'art. 117 Cost.

Rimane in sostanza sullo sfondo la questione dei presupposti che giustificano il legittimo esercizio del potere, la cui precisazione si rivela invece decisiva in un sistema pluralistico che tollera ingerenze dello Stato nelle sfere d'azione riservate alle autonomie solo quando lo richiedano esigenze imperative connesse alla tutela dell'interesse nazionale. Poiché infatti il sistema costituzionale è regolato da un delicato complesso di equilibri, diventa allora essenziale compiere un'operazione di *integrazione* dell'annullamento straordinario con le componenti di quel sistema, fare in modo che ne diventi manifestazione tipica e non, al contrario, un elemento di rottura⁴⁸.

Un contributo in questo senso potrebbe derivare dal nuovo art. 120, comma 2, Cost., che attribuisce al Governo la facoltà di «sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali», prescrivendo poi che sia la legge a definire «le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione»⁴⁹. Seguendo questa via, l'annullamento straordinario cesse-

⁴⁸ Si rivela ancora attuale il pensiero di G. Cugurra, *L'annullamento governativo come atto di «alta amministrazione»*, cit., spec. 612.

⁴⁹ Alla disposizione costituzionale è stata data attuazione con la legge 18 ottobre 2003 (c.d. Legge La Loggia), il cui art. 8, comma 1, prevede che: «Il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento». Il successivo comma 4 stabilisce che: «nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'art. 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame». Mentre il secondo capoverso successivo prescrive che «i provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite».

La disciplina costituzionale del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost. ha sin da subito suscitato l'interesse della dottrina. Tra i numerosi contributi sul tema, C. Mainardis, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e «molte» ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1357 ss.; G.U. Rescigno,

rebbe di atteggiarsi a «strumento generale e generico»⁵⁰ nella piena disponibilità del Governo, per ancorarsi ai presupposti elencati dall'art. 120, comma 2, Cost., che, pur riferiti a un intervento di sostituzione, possono assumere questa capacità espansiva per interventi di tipo demolitorio (di un comportamento commissivo dell'ente medesimo)⁵¹.

A ben vedere, non sono mancati riferimenti alla connessione tra l'annullamento straordinario e l'art. 120, comma 2, Cost.⁵², ma essi risultano per la verità non troppo approfonditi. L'orientamento prevalente ha infatti continuato a ruotare intorno all'art. 117, comma 2, Cost., ritenendo ammissibile l'esercizio del potere esclusivamente avverso atti illegittimi degli enti locali lesivi di interessi afferenti alle materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato⁵³. Non si può del resto nascondere come sviluppare tale connessione, peraltro sospinta da una lettura dell'art. 120, comma 2, Cost. proposta dalla Corte costituzionale⁵⁴,

Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato, ivi, 2002, 4, 729 ss.; G. Veronesi, *Il nuovo regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, ivi, 2002, 5, 733 ss.; G. Scaccia, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, ivi, 2004, 4, 833 ss.; A. D'Atena, *Poteri sostitutivi e konkurrierende Gesetzgebung*, in www.associazionedicostituzionalisti.it, 13 gennaio 2003; M. Belletti, *Potere sostitutivo straordinario e "ordinario" dopo la sentenza n. 43 del 2004. La Corte propone la quadratura del cerchio della riforma del Titolo V*, ivi, 9 marzo 2004; G. Marazzita, *I poteri sostitutivi tra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2005, 5, 819 ss.; A. De Michele, *L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo*, ivi, 2008, 5, 619 ss.; V. Cocozza, *Il potere sostitutivo «configura» l'autonomia: qualche riflessione sul più recente percorso giurisprudenziale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, I, Napoli, 2008, 599 ss.

⁵⁰ R. Bin, *Annullamento governativo degli atti amministrativi regionali*, cit., 991.

⁵¹ G. Sciullo, *Il controllo sugli enti locali e la riforma costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 8, 899 ss., spec. 904-905, il quale giunge per questa via ad affermare che «l'annullamento straordinario, in linea di principio, trova ormai fondamento costituzionale nei confronti degli atti amministrativi di tutte le autonomie territoriali. L'inciso ("in linea di principio") sta a significare che la disciplina con legge ordinaria dell'istituto, per essere pienamente conforme alla previsione costituzionale, è necessario che, sul piano sostanziale, vincoli l'uso del potere di annullamento al perseguimento delle sole finalità in questa contenute e, sul piano procedurale, garantisca il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione anch'esso menzionato dall'art. 120 c. 2 Cost. Ne deriva che la formula dell'art. 138 Tuel, mentre soddisfa senz'altro il primo requisito, può corrispondere al secondo mediante una sua interpretazione adeguatrice». In senso analogo, A. Pitino, *Il potere governativo di annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi. Riflessioni a margine dell'annullamento disposto dal Governo delle norme dello Statuto del Comune di Genova riguardanti l'elettorato attivo e passivo degli stranieri*, in *Le Regioni*, 2006, 6, 1127 ss., spec. 1148 ss. In senso difforme, tuttavia, A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, cit., spec. 1324-1325, secondo cui, nonostante «l'assonanza tra la funzione che l'art. 138 T.U. degli enti locali assegna all'annullamento governativo e la "tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica" che il 2° comma del nuovo art. 120 assume tra le finalità dei poteri sostitutivi del Governo», tuttavia, quest'ultima disposizione «prevede quei poteri a garanzia dell'unità», a nulla rilevando «che alla finalità in questione vada assegnato un valore legittimante qualsivoglia tipologia di interventi». Al contrario «si tratta [...] di norma di chiusura che, in quanto contempla uno strumento straordinario ed eccezionale per far fronte all'esigenza indicata, insieme porta ad escluderne l'ammissibilità di altri».

⁵² Cfr. Cons. Stato, sez. I, parere n. 12068/2005; sez. I, n. 4145/2005; sez. I, n. 4146/2005.

⁵³ Cfr. Cons. Stato, sez. I, n. 551/2006; sez. I, n. 553/2006; sez. I, n. 554/2006.

⁵⁴ C. cost. 27 gennaio 2004, n. 43, secondo cui tale disposizione non esaurisce, «concentrandole tutte in capo allo Stato, le possibilità di esercizio dei poteri sostitutivi», ma, al contrario, «prevede solo un potere sostitutivo straordinario in capo al Governo da esercitarsi sulla base dei presupposti e per la tutela degli interes-

sarebbe stato di non poco interesse e avrebbe consentito di considerare la norma come parte integrante dei poteri predisposti dalla Carta a protezione di un sistema autonomistico e, al contempo, unitario⁵⁵, dirimendo le perplessità sulla sua legittimità costituzionale con un sistema di garanzia nei confronti del potere.

6. *L'annullamento straordinario e l'emergenza sanitaria da Covid-19. Un'occasione mancata per integrare il potere nel rinnovato assetto costituzionale*

Le considerazioni appena svolte definiscono la cornice entro cui inserire il parere n. 735/2020, emanato dalla I sezione del Consiglio di Stato nel corso del procedimento di annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina, allo scopo precipuo di esaminarne le ragioni, di soffermarsi su alcuni profili critici dell'*iter* logico-argomentativo e sul concreto atteggiarsi del potere nel contesto emergenziale ancora in atto.

Nonostante l'urgenza di intervento richiesta dalla situazione fattuale, è comunque desumibile dal parere la volontà dei giudici di prendere posizione, anche attraverso il richiamo di precedenti giurisprudenziali, sulla qualificazione giuridica del potere, sui presupposti legittimanti l'esercizio e sul relativo fondamento costituzionale.

Innanzitutto, trova conferma la morfologia ibrida dell'istituto, risultato della commistione tra controllo di legittimità, amministrazione attiva e alta amministrazione, nonché ribadita la sua funzione straordinaria o, più precisamente, di chiusura del sistema, che ne giustifica il ricorso solo in casi eccezionali⁵⁶. Uno

si ivi esplicitamente indicati, mentre lascia impregiudicata l'ammissibilità e la disciplina di altri casi di interventi sostitutivi, configurabili dalla legislazione di settore, statale o regionale, in capo ad organi dello Stato o delle Regioni o di altri Enti territoriali, in correlazione con il riparto delle funzioni amministrative da essa realizzato e con le ipotesi specifiche che li possano rendere necessari» Secondo tale interpretazione, «il fatto che la Costituzione abbia previsto il potere sostitutivo del Governo in relazione alle ipotesi ivi contemplate non sembra possa escludere che possano essere introdotti poteri sostitutivi cd. Ordinari, che trovano il loro fondamento giuridico in disposizioni costituzionali diverse dall'art. 120, comma 2, Cost. Il potere sostitutivo introdotto dalla norma costituzionale è definito straordinario ed aggiuntivo: nulla vieta perciò che il legislatore statale e quello regionale possano prevedere e disciplinare ulteriori ipotesi di poteri sostitutivi diverse da quella ivi contemplata» (così, A. De Michele, *L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Istituzioni del federalismo*, cit., spec. 630; G. Marazzita, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, cit., spec. 830-831, il quale rileva come, secondo l'interpretazione proposta, si arrivi a negare l'esistenza di «una riserva statale in materia di sostituzione»). Tale orientamento trova conferma e consolidamento nelle successive sentenze costituzionali 2 marzo 2004, n. 69; 6 aprile 2004, n. 112; 15 giugno 2004, n. 173.

⁵⁵ Per una lettura dell'art. 120, comma 2, Cost. come norma garantista delle autonomie costituzionali, per tutti, V. Cocozza, *Il potere sostitutivo «configura» l'autonomia: qualche riflessione sul più recente percorso giurisprudenziale*, cit., *passim*.

⁵⁶ Cons. Stato, sez. I, parere n. 735/2020, paragrafo 5 del considerato in diritto, ove si legge: «Nell'atto di cui trattasi convivono [...] elementi propri dell'ordinario controllo di legittimità insieme ad elementi di

degli aspetti più rilevanti del parere in questione è proprio l'aver valorizzato il carattere straordinario del rimedio, quasi obliterato in più di una pronuncia⁵⁷, cui è possibile ricorrere nelle situazioni in cui gli ordinari metodi di tutela della legalità si rivelino insufficienti o inadatti per il perseguimento dell'interesse generale che si vuole tutelare. Tale prospettiva spiega, in effetti, le ragioni del richiamo alla sentenza n. 229 del 1989 che, nonostante abbia optato per la ricostruzione dello stesso in termini di controllo di legittimità sugli atti, non ha tuttavia tralasciato di evidenziarne la natura polimorfa, a testimonianza dell'impossibilità di incasellarlo entro un'unica categoria giuridica predefinita. La straordinarietà del rimedio è infatti ben simboleggiata da «un'evidente prevalenza [dell'elemento finalistico] sull'elemento [...] oggettivo della rilevazione di vizi di illegittimità dell'atto da annullare», che si manifestano «soprattutto e naturalmente (ma non solo) sotto il profilo dell'incompetenza territoriale dell'ente locale, funzionale e/o territoriale, in termini di esorbitanza dai fisiologici limiti di attribuzione dell'ente locale medesimo» e che rilevano «solo in quanto mezzo o strumento attraverso il quale si attua la lesione dell'unità dell'ordinamento giuridico, la cui tutela costituisce il fine precipuo dell'istituto straordinario in esame»⁵⁸.

Nel caso di specie, l'ordinanza n. 105 del Sindaco di Messina viene giudicata (non solo illegittima ma addirittura) «abnorme» sotto una pluralità di profili: in primo luogo, perché dotata di un'efficacia extraterritoriale del tutto priva di un fondamento normativo, posto che «è [...] inconfigurabile, nel vigente ordinamento giuridico, un potere del Sindaco di un Comune di dettare norme che possano trovare applicazione ed avere efficacia obbligatoria al di fuori del perime-

straordinarietà della misura che, per essere preordinata primariamente a tutela dell'unità dell'ordinamento e per essere rimessa alla decisione dei vertici istituzionali dello Stato (delibera del Consiglio dei ministri) e alla emanazione del Capo dello Stato, che rappresenta l'unità della Repubblica in tutte le sue articolazioni e manifestazioni istituzionali, si pone su un piano di alta amministrazione e richiede, per il suo esercizio, che gli elementi di illegittimità che viciano l'atto assumano una connotazione e una rilevanza tali da costituire una lesione concreta e attuale all'unitarietà dell'ordinamento giuridico nazionale».

⁵⁷ Sul punto, ancora Cons. Stato, sez. I, parere n. 9771/2004, il quale, ancorando l'esercizio del potere di annullamento straordinario al solo parametro oggettivo del riparto di competenze stabilito dalla Costituzione, finisce per obliterare la natura straordinaria del rimedio che, al contrario, viene considerato uno strumento quasi ordinario nelle mani del Governo a tutela dell'unità dell'ordinamento. Il parere si conclude, infatti, stabilendo che nel caso del Comune di Genova, sussistono i presupposti che legittimano l'annullamento della delibera consiliare n. 105 del 27 luglio 2004, poiché le modifiche apportate allo Statuto comunale incidono in una materia, quella elettorale, che l'art. 117, comma 2, lett. p), Cost. riserva alla competenza legislativa statale esclusiva e che, in virtù del parallelismo dell'art. 117, comma 6, si estende anche alla competenza regolamentare. In senso analogo, Cons. Stato, sez. I, n. 4145/2005; sez. I, n. 4146/2005; sez. I, n. 551/2006; sez. I, n. 553/2006, sez. I, 554/2006, nei quali i giudici ricordano come la Costituzione abbia stabilito una riserva di legge statale in materia elettorale escludendo, pertanto, che sulla medesima vi possa essere una competenza degli Statuti comunali. Sul punto, A. Pitino, *Il potere governativo di annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi*, cit., 1154, *sub* nota 51.

⁵⁸ Cons. Stato, sez. I, n. 735/2020, paragrafo 5 del considerato in diritto.

tro della propria circoscrizione territoriale»⁵⁹; in secondo luogo, imponendo al richiedente di dichiarare di aver assolto gli obblighi informativi del Comune di destinazione, attribuisce ai rispettivi Sindaci «un nuovo, atipico, dovere funzionale, consistente nel rilascio, a richiesta, [...] [del] nulla osta»⁶⁰.

In realtà, è nella violazione della normativa emergenziale che i giudici ravvisano l'idoneità dell'atto a ledere l'unità dell'ordinamento giuridico, rilevando dunque l'esistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere. Il complesso sistema normativo e amministrativo imbastito dal Governo per gestire l'emergenza sanitaria scaturita dalla diffusione, dapprima in alcune aree, poi nell'intero territorio nazionale, della malattia Covid-19, ha infatti regolato le modalità di intervento delle autorità regionali e locali, allo scopo di coniugare la dimensione nazionale dell'emergenza con la differente concentrazione territoriale del contagio e di assicurare, così, una reazione tempestiva ad eventuali criticità sorte nei rispettivi ambiti⁶¹. Più in particolare, il d.l. 25 marzo 2020, n. 19⁶², rimediando almeno in parte ai «veri e propri sfregi costituzionali della prima fase dell'emergenza»⁶³,

⁵⁹ Cons. Stato, sez. I, n. 735/2020, paragrafo 6.1. del considerato in diritto.

⁶⁰ Cons. Stato, sez. I, n. 735/2020, paragrafo 6.2. del considerato in diritto.

⁶¹ Il profilo è colto da A. De Siano, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 15 aprile 2020, spec. 5.

⁶² Recante «*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*».

⁶³ G. Silvestri, *Covid e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020, spec. 4, che si riferisce specificamente al d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza*», convertito, con modificazioni, in legge 5 marzo 2020, n. 13. Sul punto, S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 531 ss., spec. 540, il quale rileva come il d.l. n. 19 del 2020 sia intervenuto «a rimuovere i più evidenti esiti di lesione del principio di legalità e delle riserve di legge a tutela dei diritti fondamentali implicati, a partire dalla libertà di circolazione ex art. 16 Cost., cui ha condotto il primo decreto-legge»; F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 6 aprile 2020.

Per un'analisi delle criticità del decreto-legge e dei d.p.c.m. attuativi, emanati in sequenza spasmodica, si rinvia alle osservazioni di S. Cassese nell'intervista su «*Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*», rilasciata a Radio Radicale il 6 marzo 2020, e disponibile all'indirizzo web *www.radioradicale.it*; nonché nell'intervista rilasciata a P. Armaroli e pubblicata ne *Il Dubbio*, il 14 aprile 2020; 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.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 23 marzo 2020; G. De Giorgi Cezzi, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in *Federalismi.it*, 2020, 6; G.L. La Gatta, *Coronavirus, limitazione dei diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *www.sistemapenale.it*; E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2; M.A. Simonelli, *Il Covid-19 e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, in *laCostituzione.info*, 28 marzo 2020; A. Ruggieri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 368 ss.

Per una ricostruzione puntuale delle fasi della gestione emergenziale, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 558 ss.; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 109 ss.; A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, 2; M. Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, cit.; G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 18 marzo 2020.

prevede che le misure di contenimento del contagio debbano essere adottate, in via ordinaria, dal Presidente del Consiglio dei ministri, con uno o più decreti, su proposta del Ministro della Salute, sentiti i Ministri dell'Interno, della Difesa, dell'Economia e delle Finanze, gli altri competenti per materia e, a seconda che riguardino il territorio regionale o nazionale, anche dal Presidente della Regione interessata o dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, cui spetta peraltro anche un potere d'iniziativa (art. 2). Tuttavia, in via d'urgenza, le Regioni possono usufruire di uno spazio d'intervento a determinate condizioni: l'esercizio del potere d'ordinanza regionale, limitatamente all'adozione di misure più restrittive rispetto a quelle in vigore, può avvenire solo «nelle more» dell'emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e con efficacia limitata sino a tale momento, nonché al ricorrere di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel [...] territorio [regionale] o in una parte di esso» ed esclusivamente nell'ambito delle attività di rispettiva competenza, senza incidere ulteriormente sulle attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale. Tali limitazioni si applicano anche ai poteri d'ordinanza attribuiti alle Regioni in materia di sanità pubblica da ogni disposizione di legge previgente (comma 1), evidenziando così la volontà legislativa di serrare ogni eventuale varco aperto all'esercizio di poteri regionali da ulteriori disposizioni normative non espressamente richiamate dal decreto⁶⁴.

Recependo poi le prescrizioni dell'ormai abrogato art. 35 del d.l. n. 9 del 2020⁶⁵, si ribadisce il divieto dei Sindaci di adottare «ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali»⁶⁶ o eccedenti i limiti di cui al comma 1, valevoli per le ordinanze regionali (art. 3, comma 2).

Quali sono, dunque, le ordinanze sindacali legittime in quanto non «in contrasto» con le misure statali e regionali? La risposta impone di esaminare preliminarmente cosa debba intendersi con la locuzione «in contrasto», per poter poi stabilire in concreto quando lo spazio d'intervento delle autorità sindacali si mantenga entro i confini della legittimità. Un'interpretazione aderente all'«orientamento centripeto» sotteso al disegno normativo, «determinato dalla convinzione che la gestione del contenimento dell'epidemia virale debba essere uniforme e omogenea su tutto il territorio nazionale»⁶⁷, conduce a ritenere che le ordinanze sindacali:

⁶⁴ A. Bartolini, *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, intervista di F. Ruggiero pubblicata in *Giustizia Insieme*, 23 aprile 2020, e disponibile all'indirizzo web www.giustiziainsieme.it.

⁶⁵ Recante «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese colpite dall'emergenza epidemiologica da COVID-19», non convertito in legge.

⁶⁶ Si noti che l'inciso «e regionali» è stato aggiunto dalla legge n. 35 del 2020, in sede di conversione.

⁶⁷ R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 648 ss., 670, i quali precisano ulteriormente che «se è vero, come è vero, che le poten-

- a) non possano derogare i provvedimenti nazionali e regionali, inasprendone o allentandone le relative prescrizioni⁶⁸;
- b) possano assumere contenuto attuativo o integrativo (in questo caso, in assenza o con minimo esercizio di discrezionalità)⁶⁹;
- c) possano spingersi a disciplinare ambiti non già regolati dagli atti sovraordinati, purché si limitino all'introduzione di prescrizioni dotate di efficacia esclusivamente locale⁷⁰;
- d) si concretizzino esclusivamente nell'adozione di una delle misure definite a monte dalla normativa d'eccezione⁷¹.

zialità dannose del virus sono le stesse da Nord a Sud, tendenzialmente identiche devono essere altresì – salvo eccezionali esigenze esistenti in alcuni territori – le misure necessarie a soffocarne la diffusione».

⁶⁸ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 109 ss., spec. 136, secondo cui «l'ordinanza sindacale deve rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale». In senso difforme, tuttavia, A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 376-377, che non esclude l'inasprimento delle misure adottate in ambito locale, diversamente dal loro eventuale alleggerimento, ritenendolo provvisto di "copertura" nell'art. 32 Cost.

⁶⁹ Si pensi alle ordinanze con cui i Sindaci, a seguito della chiusura generalizzata dei mercati sul territorio nazionale, eccetto che per le attività di vendita di generi alimentari, disposta dall'art. 1, n. 1), del d.p.c.m. 11 marzo 2020, e dell'adozione a livello regionale di un apposito piano per la sicurezza, hanno introdotto soluzioni organizzative tali da garantire il c.d. distanziamento sociale (ad esempio, perimetrazione dell'area, predisposizione di varchi separati per l'entrata e l'uscita, obbligo di indossare le c.d. mascherine, ecc.). L'esercizio della discrezionalità dell'autorità locale è, in questo caso, minimo, limitandosi alla specificazione di prescrizioni generali già definite "a monte" dalle ordinanze regionali (si vedano, tra le tante, l'ordinanza del Comune di Milano n. 19 del 7 aprile 2020, recante norme per l'apertura in sicurezza dei soli mercati coperti, conformemente all'ordinanza della Regione Lombardia n. 522 del 6 aprile 2020). Sul punto, I. Forgione, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, 71 ss., spec. 94-95, cui si rinvia per un'ampia e puntuale disamina delle ordinanze sindacali emanate nel corso dell'emergenza da Covid-19.

⁷⁰ Ancora R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19*, cit., 676. Si vedano altresì le acute osservazioni di I. Forgione, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19*, cit., 89, la quale giunge a ritenere ammissibile, nonostante la pervasività dell'azione dell'esecutivo, «un ambito di intervento integrativo ed attuativo [delle misure nazionali e regionali] [...], in funzione sussidiaria e di leale collaborazione, oltre che [...] uno proprio, di guida e indirizzo della vita cittadina». Ciò in quanto «gli enti locali non hanno unicamente il compito di attuare quanto disposto altrove, quale ultimo anello della catena istituzionale, ma devono essere un interlocutore istituzionale primario, con il compito di adattare, adeguare, informare, bilanciare in base alla realtà fattuale».

⁷¹ Il profilo è acutamente rilevato da B. Cavallo Perin, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 15 maggio 2020, disponibile all'indirizzo web www.giustiziainsieme.it, il quale nota come «la definizione ad opera della decretazione d'urgenza di un "catalogo" di contenuti possibili d'ordinanze (dapprima non esaustivo d.l. n. 6 del 2020, [...] art. 1, co. 2), che a livello legislativo indicano tipi astratti di decreti o ordinanze di protezione civile, che potranno essere poi selezionati dal presidente del consiglio dei ministri e in via sussidiaria dal presidente della giunta regionale o in via residuale dai sindaci, rispettivamente con decreti (in luogo delle ordinanze di protezione civile) o con ordinanze contingibili ed urgenti, fermo restando per tutti i limiti dettati dal "principio di adeguatezza" (sic!) o dal "principio di proporzionalità", entrambe in ragione del rischio effettivamente presente sul territorio nazionale o in parti di esso (art. 1, co. 2°, d.l. n. 19 del 2020 [...])». In giurisprudenza, TAR Puglia, Bari, sez. III, sentenza 22 maggio 2020, n. 733, che ha statuito in ordine alla necessità che l'intervento tramite ordinanza sindacale sia limitato all'ambito «di un catalogo definito dalla normativa statale e governativa di tipo regolamentare».

Per un inquadramento generale del potere d'ordinanza, G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Nov. Dig. it.*, XII, Torino, 1976, 89 ss.; F. Bar-

La ricostruzione del quadro delle fonti entro cui si inseriscono gli interventi puntiformi delle autorità locali diretti a disciplinare specifiche criticità legate alle comunità di riferimento, è utile per cogliere appieno i profili di illegittimità dell'ordinanza n. 105 del Sindaco di Messina e, al contempo, per dimostrare la sussistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere di annullamento straordinario. Al momento dell'emanazione del provvedimento, il regime giuridico vigente per i trasferimenti o gli spostamenti intracomunali delle persone fisiche era costituito dal d.p.c.m. 22 marzo 2020, emanato in attuazione dell'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020, che all'art. 1, comma 1, lett. *b*), aveva vietato alle persone fisiche di trasferirsi o spostarsi in un comune diverso, con mezzi di trasporto pubblici o privati, eccetto che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute⁷², da attestarsi con autodichiarazione. Limitazioni in parte analoghe erano state poi previste per il transito attraverso lo stretto di Messina dal decreto n. 118 del 16 marzo 2020, emanato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministro della Salute, e modificato poco dopo dal decreto n. 122 del 18 marzo 2020⁷³.

L'ordinanza n. 105 si pone dunque «in contrasto» con la disciplina attuativa nazionale perché, attraverso l'introduzione di un regime di autorizzazione o certificazione preventiva non previsto, si inserisce negli spazi già regolati dagli atti nazionali, inasprendone così le misure e finendo per incidere ulteriormente sulla libertà di circolazione e di iniziativa economica garantite dalla Costituzione.

Qui valgono due rilievi.

Il primo è che desta perplessità l'asserita illegittimità dell'atto per violazione dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020 che, a detta dei giudici, attribuireb-

tolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati* (commento a Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, I, 388 ss.; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 345 ss.; G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, 33 ss.

⁷² Nonché, modificando il d.p.c.m. 8 marzo 2020, aveva vietato il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

⁷³ I cui obblighi sono stati ribaditi dall'ordinanza del Ministro della Salute 28 marzo 2020 (art. 1, comma 9). L'art. 2 (*Trasporto marittimo da e per la Regione Sicilia*) del decreto n. 122 del 18 marzo 2020, sostituendo integralmente l'art. 2 del decreto n. 118 del 16 marzo 2020, ha infatti previsto testualmente che: «1. Il trasporto marittimo di viaggiatori da e verso la Sicilia è sospeso. 2. Continua ad essere assicurato esclusivamente il trasporto delle merci possibilmente su unità di carico isolate non accompagnate. 3. Gli spostamenti via mare dei passeggeri da Messina per Villa San Giovanni e Reggio Calabria e viceversa sono assicurati mediante quattro corse giornaliere A/R, da effettuarsi nella fascia oraria dalle 06.00 alle 21.00. Detti spostamenti sono consentiti esclusivamente agli appartenenti alle Forze dell'Ordine e alle Forze Armate, agli operatori sanitari pubblici e privati, ai lavoratori pendolari o per comprovate esigenze di lavoro, gravi motivi di salute e situazioni di necessità. Detti spostamenti devono essere effettuati a piedi o a bordo di veicoli appartenenti alle categorie di cui alla lettera a) del comma 2 dell'art. 47 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 ovvero alla categoria M, con esclusione delle categorie M1, M2 ed M3, prevista dalla lettera b) del comma 2 del citato articolo 47. Il traffico merci dalla Calabria alla Sicilia e viceversa è effettuato esclusivamente sull'approdo di Messina-Tremestieri».

be ai Presidenti delle Regioni e ai Sindaci il potere di introdurre misure ulteriormente restrittive tra quelle tipizzate dalla legge, esclusivamente nell'ambito delle attività di rispettiva competenza, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e con efficacia limitata sino a tale momento. In realtà, il d.l. n. 19 del 2020, attraverso la riscrittura dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 6 del 2020 mirante a "correggere" la disfunzione derivante da una sovrapposizione delle competenze delle autorità territoriali e locali verificatasi nella vigenza del primo decreto, ha operato una "contrazione" dell'ambito soggettivo di applicazione del potere limitandone l'esercizio alle sole Regioni e rendendo così ancor più sussidiario e residuale l'intervento dei Sindaci⁷⁴.

Se dunque le argomentazioni suesposte non lasciano spazio a ulteriori dubbi sui profili di illegittimità dell'ordinanza del Sindaco di Messina, il possibile pregiudizio all'unità dell'ordinamento giuridico, condizione legittimante l'esercizio dell'annullamento straordinario, si coglie proprio con riguardo all'idoneità dell'atto a compromettere la funzionalità del disegno unitario di gestione della crisi, attraverso una limitazione, priva di supporto normativo, del godimento di alcune libertà fondamentali già comprese per effetto dei provvedimenti emergenziali nazionali.

A questo punto, il secondo rilievo, collegato a quanto prima si notava. L'occasione poteva essere la più opportuna per sviluppare adeguatamente la connessione tra l'annullamento straordinario e l'art. 120, comma 2, Cost., che peraltro dispiega la sua funzione essenziale proprio nei casi di «emergenze istituzionali di particolare gravità»⁷⁵. La norma comporta infatti, almeno in parte, una rimeditazione dell'assunto secondo cui «lo Stato non [può] assumere nei confronti della regione un ruolo positivo, imponendo a questa obiettivi e interessi»⁷⁶.

La creazione da parte del legislatore nazionale di binari ben definiti entro cui *incasellare* il potere d'ordinanza regionale e sindacale risponde al duplice scopo di preservare la strategia unitaria di gestione della crisi, che potrebbe risultare compromessa da un esercizio incontrollato dello stesso, e al contempo, di lasciare un margine d'intervento alle autorità territoriali, definito "a monte" nei presupposti e nei contenuti, per risolvere tempestivamente criticità legate ai rispettivi ambiti⁷⁷.

⁷⁴ Si noti, infatti, che l'art. 3, comma 2, del d.l. n. 6 del 2020, stabiliva che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267»; e quindi, rispettivamente, dal Ministro della Salute, dal Presidente della Regione e dal Sindaco.

⁷⁵ C. cost., n. 43/2004, paragrafo 3.3. del considerato in diritto.

⁷⁶ G. Berti, *Ordinamento amministrativo, annullamento governativo e autonomia regionale*, cit., spec. 2835.

⁷⁷ Sia consentito rinviare sul punto a V. Di Capua, I. Forgiione, *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 330 ss. In tema, F. Cortese, *Stato e*

Ed è proprio la necessità di assicurare che il Governo mantenga la “regia” dell’operazione complessiva ad integrare la tutela dell’unità giuridica che legittima (e giustifica) l’esercizio del potere governativo di annullamento straordinario avverso un provvedimento suscettibile di pregiudicarla sul piano contenutistico ed effettuale.

La gestione di una pandemia, presupponendo l’integrazione della dimensione nazionale con la differente concentrazione territoriale del contagio, ha richiesto infatti la predisposizione di una strategia unitaria di intervento che, però, potesse essere modulata a livello regionale e locale nei limiti in cui fosse stato strettamente indispensabile a colmare le lacune dei decreti nazionali e a risolvere specifiche criticità territorialmente localizzate. L’esercizio del potere statale trova così fondamento (non solo nell’esistenza di sfere di competenza riservate alla legislazione esclusiva dello Stato su materie potenzialmente incise dall’ordinanza sindacale, ma anche) nell’esigenza di mantenere quell’unità giuridica in un contesto in cui la risposta istituzionale all’emergenza comporta il sacrificio di alcune delle più importanti libertà fondamentali⁷⁸. Rinsaldare l’unità dell’ordinamento nel contesto emergenziale significa, in sostanza, assicurare un livello minimo di garanzia dei diritti civili e delle libertà costituzionali sacrificati dalle misure di mitigazione, al di sotto del quale ulteriori compressioni disposte nel comparto regionale e/o locale in assenza dei presupposti e al di fuori del perimetro tracciato dai decreti-legge sono non possono che essere illegittime. Il rimedio ha infine il merito di enfatizzare i principi di certezza, chiarezza e univocità dei precetti cui i cittadini devono attenersi, che acquistano primarietà assoluta in un contesto emergenziale contrassegnato da una pluralità di atti di varia natura, emanati da autorità pubbliche appartenenti a vari livelli di governo. Quest’ultimo profilo è, in effetti, evidente nella persistenza dell’«interesse governativo all’annullamento» dell’ordinanza sindacale, nonostante l’art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 commini espressamente la sanzione dell’inefficacia dei provvedimenti locali contrastanti con le misure statali e regionali di contenimento del contagio⁷⁹.

Aspetti, questi, che avrebbero potuto costituire la premessa necessaria per sostenere la connessione tra annullamento straordinario e l’art. 120, comma 2,

Regioni alla prova del coronavirus, in *Le Regioni*, 2020, 1, 3 ss.

⁷⁸ Rileva la necessità che le decisioni pubbliche adottate per aggredire emergenze e criticità talmente gravi da porre in pericolo l’assetto sociale riflettano le matrici di unità, tempestività, valorizzazione dei doveri e responsabilità, F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell’economia*, 2019, 3, 575 ss., spec. 577.

⁷⁹ Sul punto, N. Pignatelli, *L’annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un’ordinanza comunale*, cit., spec. 568; Id., *La specialità delle ordinanze dei Sindaci nell’emergenza sanitaria nazionale: un potere “inesauribile”*, in *Diritti regionali*, 2020, 2, 68 ss., spec. 77-78, che evidenzia la «rilevanza [...] meramente simbolica» della sanzione dell’inefficacia, inizialmente prescritta dall’art. 35 del d.l. n. 9 del 2020, e successivamente ribadita dall’art. 3, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020, posto che l’illegittimità di eventuali successive ordinanze adottate in contrasto con le misure statali avrebbe potuto agevolmente desumersi dai principi generali sull’invalidità dei provvedimenti amministrativi.

Cost., e che però i giudici hanno preferito omettere, arrestandosi all'art. 95 Cost.; norma che, per quanto rilevante, rimane nel perimetro dei rapporti tra Presidente del Consiglio dei ministri e singoli Ministri.

In definitiva, il ricorso all'annullamento straordinario nel contesto emergenziale si è rivelato particolarmente efficace nel rimuovere un atto che avrebbe inciso, illegittimamente, sul livello minimo di garanzia dei diritti civili e delle libertà costituzionali assicurato dai provvedimenti nazionali emergenziali, rivelandosi in concreto di gran lunga superiore, per tempistica ed incisività, rispetto a qualsiasi altro rimedio giurisdizionale. Avendo invero le misure adottate durante il periodo contingente efficacia molto limitata nel tempo (esaurendosi talvolta nell'arco temporale di pochi giorni), la tutela cautelare, nella specie della tutela d'urgenza, ha finito per racchiudere, in questa fase, «*tutta* la protezione che può offrire, in generale, l'intero sistema delle garanzie giurisdizionali»⁸⁰. In molti casi, addirittura «la tutela è [stata] solo quella anticipatoria, sicché, conclusa la fase davanti al Presidente, specie se questi ha respinto l'istanza, la trattazione collegiale non ha più ragione di essere, in quanto le misure contestate hanno esaurito i propri effetti»⁸¹. Tali considerazioni fanno luce su un aspetto peculiare del sistema emergenziale rimasto almeno in parte nell'ombra: la tutela dinnanzi al giudice amministrativo non si è rivelata uno strumento di reazione effettivo ed efficace a fronte di provvedimenti delle autorità territoriali illegittimi, eppure fortemente compressivi delle libertà e dei diritti costituzionalmente garantiti. Si pensi, ad esempio, alle ordinanze emanate dal Presidente della Regione Campania che non solo hanno vietato ai cittadini di uscire dalla propria abitazione, residenza, domicilio o dimora e qualsiasi tipo di attività motoria e sportiva, ma si sono spinte sino al punto di sanzionare la condotta del «trasgressore» con l'applicazione dell'isolamento domiciliare fiduciario, trasformando una misura precauzionale in una affittiva⁸².

⁸⁰ A. Vuolo, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti regionali*, 2020, 2, 86 ss., spec. 95-96 (corsivo testuale), il quale rileva che, per effetto del disposto dell'art. 3 del d.l. n. 19 del 2020, il «rapporto sussidiario [tra decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e le ordinanze contingibili e urgenti adottate dalle Regioni e dai Sindaci] finisce con il privare di efficacia gran parte di questi provvedimenti ingenerando enorme confusione» (*sub nota* 20). Il profilo è colto anche da A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, 2020, 1, 218 ss., spec. 218; A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 518 ss., 526; R. Cherchi, A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19*, cit., 675 ss.

Sulla tutela cautelare nel processo amministrativo, G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2019, spec. 235 ss.

⁸¹ A. Vuolo, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, cit., ivi.

⁸² Si vedano, nello specifico, le ordinanze n. 15 del 13 marzo 2020, n. 23 del 25 marzo 2020, n. 27 del 3 aprile 2020 e n. 32 del 12 aprile 2020. A favore dell'illegittimità dell'ordinanza n. 15, G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit., spec. 11-12.

Per un'analisi delle ordinanze emanate dalla Regione Campania durante la «fase uno» e la «fase due» dell'emergenza, sia consentito rinviare a V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 20 maggio 2020, spec. 18 ss.

In casi come questo, la tutela monocratica non si è mostrata congeniale allo scopo, impedendo al ricorrente di conseguire l'effetto utile⁸³. E a nulla è valso il "contrappeso" dell'efficacia temporalmente limitata delle ordinanze emergenziali, poiché in più occasioni confermate, prorogate e finanche reiterate, con la conseguenza che la stessa precarietà dell'atto è stata sovente la causa dell'instaurazione di un regime d'eccezione permanente⁸⁴.

7. *Riflessioni conclusive*

Appare opportuno fissare alcuni punti cardinali minimi della trattazione, attraverso una sintesi ricognitiva dei risultati raggiunti nel percorso di ricerca svolto.

Un primo dato certo può essere rinvenuto nella natura polimorfa del potere governativo di annullamento straordinario, che ne ha reso estremamente ardua la riconduzione ad una categoria giuridica unitaria. Pur ritenendo prevalente il profilo del controllo di legittimità, la storica sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 1989 non ha infatti ommesso di ravvisare elementi di specialità – come l'amplessima discrezionalità che ne caratterizza l'esercizio e che non esclude la configurazione in termini di autotutela o di alta amministrazione – che hanno in una certa misura alimentato le oscillazioni della giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) successiva. Risulta tuttavia difficile disconoscere che la soluzione seguita dalla Corte, concretizzatasi nella dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, lett. *p*), della legge n. 400 del 1988 nei confronti degli atti delle Regioni, abbia accresciuto le perplessità manifestate dalla dottrina circa la compatibilità dell'istituto con il nuovo disegno pluralistico delineato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, arrivando finanche a dubitare della vigenza dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 con riguardo agli atti degli enti locali.

Nonostante i dubbi di costituzionalità, l'orientamento prevalente dei giudici è stato sempre proteso a "scriminare" l'istituto attraverso la promozione di un'interpretazione costituzionalmente orientata, fondata essenzialmente sulla sua riconduzione entro margini di operatività che assicurassero, da un lato, la salvaguardia delle prerogative costituzionali degli enti locali e, dall'altro, il costante col-

⁸³ Si pensi al decreto del TAR Campania, Napoli, sez. V, 18 marzo 2020, n. 416, che ha ritenuto l'ordinanza della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020 e il relativo chiarimento n. 6 del 14 marzo 2020 pienamente legittimi, sia perché fondati su una pluralità di disposizioni del d.l. n. 6 del 2020, considerate come «la base legale del potere di adozione delle misure correlate a situazioni regionalmente localizzate», con conseguente esclusione di «ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale», sia perché l'estrema gravità ed urgenza giustificativa delle misure più restrittive sarebbe integrata dall'intensificarsi dei contagi nella Regione nonostante le precauzioni adottate in precedenza.

⁸⁴ Sul fenomeno della «normalizzazione dell'emergenza», A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, e dell'«emergenza infinita», A. Simoncini, *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

legamento ad interessi e valori garantiti dalla Carta, tra i quali l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, la cui cura compete, in via prioritaria, allo Stato. Per questa via, essi sono giunti a fondarne la compatibilità con il rinnovato assetto costituzionale su di un parametro statico, costituito dal criterio di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost., ritenendo legittimo l'esercizio esclusivamente per rimuovere quei provvedimenti emanati da enti locali suscettibili di ledere le attribuzioni statali esclusive. Se da un lato questa soluzione ha permesso di giustificare la permanenza e l'operatività di un istituto sulla cui vigenza e attualità era sorto un dibattito serrato, tuttavia dall'altro lato ha finito per obliterarne la natura straordinaria e per configurarlo come uno strumento quasi ordinario nelle mani del Governo a tutela dell'unità dell'ordinamento.

Un secondo dato certo è che, piuttosto che focalizzarsi su un *collegamento di tipo oggettivo* con materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, la giurisprudenza avrebbe potuto rinvenire il (nuovo) fondamento costituzionale del potere nel novellato art. 120, comma 2, Cost., norma di chiusura di un sistema pluralistico ma, al contempo, unitario. Seguendo questa via, come autorevolmente sostenuto, l'annullamento straordinario avrebbe smesso di atteggiarsi a strumento generale nella piena disponibilità del Governo, per ancorarsi ai presupposti elencati dalla norma costituzionale, che, seppur riferiti ad un intervento di sostituzione in senso tecnico, sono suscettibili di estendersi anche ad interventi di tipo demolitorio, volti ad espungere dall'ordinamento un atto illegittimo di un ente locale. Sviluppare questa connessione, peraltro sospinta dalla consapevolezza che l'art. 120, comma 2, Cost. non esaurisce il ventaglio dei poteri sostitutivi, avrebbe significato completare il processo di integrazione nel nuovo assetto dei rapporti tra centro e periferia e dirimere in radice le perplessità sulla sua legittimità costituzionale con un adeguato sistema di garanzie.

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha ridonato nuova enfasi al potere, che è stato esercitato per annullare un'ordinanza sindacale con cui si è tentato di limitare l'attraversamento dello stretto, adottata in violazione della normativa primaria e secondaria nazionale emergenziale. In questo caso, l'istituto non è servito al solo scopo di ripristinare la legalità violata, per la quale peraltro era stata prevista la specifica sanzione dell'inefficacia, quanto piuttosto per garantire sul territorio nazionale la certezza e l'uniforme applicazione di provvedimenti emergenziali limitanti diritti civili e libertà fondamentali che godono di prioritaria considerazione nella trama costituzionale. Tali osservazioni hanno reso possibile rinvenirne il fondamento costituzionale non solo nell'esistenza di sfere di competenza riservate alla legislazione esclusiva dello Stato su materie potenzialmente incise dall'ordinanza sindacale, ma anche nell'esigenza di rinsaldare l'unità giuridica in un contesto nel quale quei diritti e quelle libertà avrebbero potuto subire ulteriori

compressioni da parte di atti adottati da enti locali al di fuori del perimetro tratteggiato dai decreti-legge e dai decreti attuativi.

Questi aspetti avrebbero potuto costituire la premessa necessaria per *integrare* l'annullamento straordinario nel sistema delle relazioni tra centro e periferia ridefinito dalla riforma costituzionale, sviluppando la connessione con l'art. 120, comma 2, Cost. e donando un fondamento rinnovato ad un istituto ormai interamente spogliato della funzione di controllo. Di tale connessione non v'è purtroppo alcuna traccia nel parere n. 735/2020, avendo preferito i giudici arrestarsi all'art. 95 Cost.; norma che, per quanto rilevante, non esula tuttavia dal perimetro dei rapporti tra Presidente del Consiglio dei ministri e singoli Ministri. Nonostante quindi, sul piano fattuale, il ricorso al rimedio si sia rivelato decisivo sia per "rinsaldare" l'unitarietà della strategia di gestione della crisi sia per evitare ulteriori (e indebite) compressioni delle libertà costituzionali in un contesto in cui neanche la tutela dinnanzi al giudice amministrativo (nella specie della tutela cautelare d'urgenza) si è spesso dimostrata uno strumento di reazione efficace⁸⁵, tuttavia, la scelta dei giudici di ragionare sull'art. 95 Cost., anziché sull'art. 120, comma 2, Cost., può essere considerata come un'occasione mancata per completare il processo di *integrazione* dell'istituto nel disegno di uno Stato pluralista ma pur sempre unitario.

⁸⁵ Tra i numerosi esempi, oltre al già citato TAR Campania, decreto n. 416 del 2020, che ha respinto il ricorso cautelare proposto avverso l'ordinanza della Regione Campania n. 15 cit. e il relativo chiarimento n. 6, in materia di attività motoria e sportiva, si vedano: TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, decreto 10 aprile 2020, n. 31, che ha respinto l'istanza di sospensione cautelare monocratica, presentata da un'associazione di imprenditori e artigiani, dell'ordinanza n. 7/pc del 3 aprile 2020 della Regione Friuli-Venezia Giulia, che ha limitato la circolazione di chiunque fosse presente nel territorio regionale e ha ordinato la chiusura domenicale di tutte le attività commerciali, con eccezione delle farmacie, parafarmacie, edicole e degli esercizi nelle aree di servizio situati lungo la rete autostradale; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, decreto 17 aprile 2020, n. 458, che ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dell'ordinanza n. 16 dell'11 aprile 2020 della Regione Sicilia che ha reiterato il divieto di ogni attività motoria all'aperto anche in forma individuale; TAR Campania, Napoli, sez. V, decreti 19 ottobre 2020, n. 1921 e n. 1922, che hanno rigettato la richiesta di sospensione cautelare dell'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020 della Regione Campania, nella parte in cui ha sospeso le attività didattiche in presenza nella scuola primaria e secondaria fino al 30 ottobre 2020, ravvisando una correlazione tra aumento dei casi di positività al Covid-19 e frequenza scolastica.

Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice

Il contributo si propone di esaminare criticamente le modalità con cui il potere governativo di annullamento straordinario è stato esercitato per rimuovere l'ordinanza con cui il Sindaco di Messina, durante la "fase uno" dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, aveva tentato di limitare, in via precauzionale, il transito attraverso lo stretto, predisponendo un sistema di autorizzazione e di certificazione preventiva non previsto dai provvedimenti nazionali emergenziali.

L'istituto, residuo dello Stato monarchico, è attualmente previsto dall'art. 2, comma 3, lett. p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, e dall'art. 138 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e, dopo la storica sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 1989, depurato della sua funzionalità con riguardo agli atti delle Regioni, sollevando una serie di dubbi di compatibilità con la costituzionalizzazione delle autonomie territoriali e locali risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

Attraverso l'analisi del parere n. 735/2020 reso dalla I sezione del Consiglio di Stato nel corso del procedimento di annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina, si tenterà di dimostrare che, nonostante l'istituto si sia rivelato invero decisivo per "rinsaldare" l'unitarietà della strategia di gestione dell'emergenza predisposta dal Governo, nonché per scongiurare una limitazione ulteriore (e non giustificata) dei diritti civili e delle libertà fondamentali già fortemente compressi dalla normativa eccezionale, tuttavia, la scelta dei giudici di omettere qualsiasi riferimento all'art. 120, comma 2, Cost., norma disciplinante l'intervento sostitutivo del Governo nei confronti delle autonomie territoriali al verificarsi di casi tipizzati, si è rivelata un'occasione mancata per considerarlo come parte integrante dei poteri predisposti dalla Costituzione a protezione di un sistema autonomistico e, al contempo, unitario, superando così in radice qualsiasi perplessità sulla sua legittimità costituzionale.

The Government power of extraordinary annulment and the myth of the Phoenix

The article aims to critically examine the ways in which the governmental power of extraordinary annulment was exercised to remove the order with which the Mayor of Messina, during the "phase one" of the Covid-19 emergency, had attempted to limiting, as a precaution, the transit through the strait, setting up a system of authorization and preventive certification do not established by national emergency measures.

The institute, residual of monarchical State, is currently provided by art. 2, paragraph 3, lett. p), law of 23 August 1988, n. 400, and by art. 138 of Legislative Decree 18 August 2000, no. 267, and, following the historic sentence of the Constitutional Court no. 229 of 1989, stripped of its functionality with regard to the acts of Regions, raising a series of doubts of compatibility with the constitutionalization of territorial and local autonomies resulting from the reform of Fifth Title of the Constitution.

Through the analysis of opinion no. 735/2020 made by the first section of the State Council during the procedure for the extraordinary cancellation of the ordinance of the

Mayor of Messina, an attempt will be made to demonstrate that, despite the fact that the institute has been shown to have been decisive in “strengthening” the unity of the strategy management of the emergency prepared by the Government, and to avoid a further (and unjustified) limitation of civil rights and fundamental freedoms already strongly compressed by the exceptional legislation, however, the choice of the judges to omit any reference to art. 120, paragraph 2, of the Constitution, that govern the replacement intervention of the Government against the territorial autonomies in the occurrence of typified cases, proved to be a missed opportunity to consider it as an integral part of powers established by the Constitution to protect an autonomist and, at the same time, unitary system, thus overcoming at the root any perplexity about its constitutional legitimacy.