

## I limiti all'attribuzione del potere di ordinanza nuovamente al vaglio della Corte costituzionale

di Walter Giulietti,

ricercatore di diritto amministrativo presso la Facoltà di Economia dell'Università dell'Aquila

1. L'art. 54 del Testo unico degli enti locali (Tuel), contenente norme sulle "Attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale", ha subito, anche con specifico riguardo alla disciplina del potere di ordinanza, una significativa riforma ad opera dall'art. 6 della l. n. 125 del 24 luglio 2008, che ha convertito con modifiche il d.l. 23 maggio 2008, n. 92.

Sotto il profilo del potere d'ordinanza, l'intervento del legislatore ripropone alla dottrina ed alla giurisprudenza, pur in un'inedita prospettiva, l'antica questione della determinazione dei limiti intrinseci – relativi all'uso - ed estrinseci – concernenti l'attribuzione in via legislativa - dei c.d. poteri amministrativi extra ordinem. Ciò, in particolare, laddove al c. 4 dell'art. 54 cit. si stabilisce che "il sindaco, quale ufficiale del Governo, **adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento**".

Alla suddetta previsione, che sembra ammettere la possibilità di utilizzare il potere atipico conferito al di fuori dei requisiti della contingibilità e dell'urgenza, si aggiunge l'estensione dell'oggetto dell'ordinanza sindacale. Esso è utilizzabile, non solo al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica - come era già previsto nella previgente disposizione dell'art. 54, riferendosi all'incolumità dei cittadini -, ma anche al fine di garantire la sicurezza urbana, lasciando sostanzialmente imprecisata quest'ultima nozione.

Proprio in relazione alla definizione dell'ambito applicativo, il successivo comma **4 bis** dispone che con decreto del Ministro dell'interno si proceda alla sua specificazione, facendo però sorgere ulteriori dubbi interpretativi in merito al riconoscimento della natura regolamentare – e costitutiva -, ovvero solo ricognitiva del decreto medesimo. Al riguardo, il decreto ministeriale (rubricato "Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione" del 5 agosto 2008), emanato ai sensi del c. 4 *bis* cit., è stato qualificato nella sentenza del 22 dicembre 2008, n. 12222 del Tar Lazio come **meramente ricognitivo e contenente "mere linee guida"** al potere di ordinanza del sindaco.

Va, infine, osservato che, a parziale e probabilmente non adeguato contrappeso del predetto ampliamento dei poteri del sindaco, è stato introdotto un maggiore potere di controllo e di indirizzo dell'autorità statale della pubblica sicurezza, laddove si dispone che le suddette ordinanze debbano essere preventivamente

comunicare al prefetto (Autorità provinciale di pubblica sicurezza) “*anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione*” e che, nell'ambito delle funzioni svolte dal sindaco in veste di ufficiale di governo, il prefetto possa disporre ispezioni per accertarne il regolare svolgimento, nonché (nelle fattispecie di cui ai commi 1, 3 e 4 dell'art. 54 cit), sostituire il sindaco in caso di inerzia. È inoltre riconosciuta al Ministro dell'interno (Autorità nazionale di pubblica sicurezza) la potestà di adottare atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni previste dall'art. 54 cit. da parte del sindaco.

Come osservato, le maggiori criticità delle norme introdotte nel 2008 sono ascrivibili alla citata formula secondo cui il sindaco può emanare ordinanze «anche contingibili ed urgenti».

In una recente decisione la Corte costituzionale si è pronunciata sulla portata applicativa della norma, pur non prendendo posizione in ordine alla sua legittimità - che esulava dalle questioni oggetto del giudizio - ed ha riconosciuto che: “9.1. (...) Tra le maggiori innovazioni introdotte dall'art. 6 del decreto-legge n. 92 del 2008 nella previgente legislazione vi è la possibilità riconosciuta ai Sindaci dall'attuale comma 4 dell'art. 54 del testo unico degli enti locali non solo di emanare ordinanze contingibili ed urgenti, ma anche di adottare provvedimenti di ordinaria amministrazione a tutela di esigenze di incolumità pubblica e sicurezza urbana” (Corte cost. 196 del 2009).

Intendere l'esistenza di ordinanze non necessariamente “contingibili ed urgenti” come riconoscimento della possibilità che nell'ordinamento si ammettano “ordinanze ordinarie”, oltre a costituire una stridente contraddizione logica, significa ammettere l'esistenza di un inedito potere normativo, potenzialmente derogatorio della legge ed anche - entro certi limiti - degli stessi diritti fondamentali.

L'attribuzione “in via ordinaria” di un siffatto potere ad un organo amministrativo monocratico ha, altresì, l'effetto di introdurre una deroga nel riparto di competenze tra gli organi dell'ente locale - al di fuori del circuito democratico e dialettico assicurato dalle competenze ordinarie degli organi collegiali ed elettivi - ed ancor più gravemente è suscettibile di determinare in chiave sistematica una sovrapposizione con norme penali incriminatici, oltre che sconfinamenti al di fuori di situazioni straordinarie in fattispecie che sono esercizio di diritti di libertà.

É evidente che, se l'interpretazione del c. 4 cit. dovesse essere nel senso dell'ammissibilità di ordinanze di “ordinaria amministrazione”, non residuerebbero margini per un'interpretazione costituzionalmente orientata, cosicché la norma si porrebbe in insanabile contrasto con una pluralità di disposizioni di rango costituzionale, nonché con i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale sui limiti all'attribuzione dei poteri di ordinanza da parte della norma primaria.

3. Non può sfuggire, al riguardo, che carattere imprescindibile del potere di ordinanza – prima che sul piano giuridico, su quello logico -, è la sua previsione legislativa ed il suo utilizzo da parte dell'amministrazione per far fronte a situazioni straordinarie, in cui l'amministrazione non potrebbe efficacemente intervenire con i poteri tipici ad essa attribuiti.

Non è, in particolare, compatibile con i principi dell'ordinamento giuridico e costituzionale un potere atipico che prescinda, già nella sua previsione normativa, dalla sussistenza di circostanze straordinarie non altrimenti affrontabili con poteri tipici.

In via generale, infatti, il potere di ordinanza consente ad un'autorità amministrativa di emanare ordini, positivi (comandi) o negativi (divieti), individuali o generali, per la tutela di un dato interesse pubblico, stante una concreta situazione di necessità e urgenza. Si tratta di poteri a contenuto indeterminato e potenzialmente derogatorio della normativa vigente, che la legge conferisce a determinate autorità per fronteggiare situazioni imprevedibili in cui risulterebbe inefficace l'utilizzo dei poteri ordinari. La previsione di tali poteri costituisce, quindi, un'eccezione al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, in base al quale la norma che attribuisce per la cura di un dato interesse pubblico un potere ad un'amministrazione deve anche indicare, in ossequio al principio di legalità inteso in senso sostanziale, gli atti in cui si risolve l'esercizio del potere medesimo e gli effetti da esso prodotti.

Così, se il principio di legalità è salvo nei limiti in cui la norma attribuisce il potere e determina l'interesse preminente o primario (nominatività del potere), quello della tipicità può essere derogato solo condizionandone normativamente l'utilizzo al ricorrere in concreto di circostanze eccezionali. In tali casi, l'atipicità del contenuto delle ordinanze di necessità si estende al punto

che, sia a quelle a contenuto generale, sia a quelle a contenuto individuale, è riconosciuta la possibilità, nei limiti delle eventuali riserve assolute di legge, di derogare alla disciplina vigente. La giurisprudenza della Corte costituzionale ha riconosciuto la compatibilità dei poteri di ordinanza con il sistema costituzionale ricercandone il fondamento e definendone i limiti. Proprio il rigoroso rispetto dei limiti elaborati dalla Corte costituzionale è suscettibile di giustificare e tollerare l'evidenziato contrasto con il principio di legalità, di gerarchia delle fonti e soprattutto con il principio democratico dell'ordinamento, sempre in considerazione che le ordinanze in esame hanno lo scopo primario di far fronte a situazioni eccezionali che non possono essere affrontate e risolte mediante l'esercizio delle competenze e degli ordinari poteri amministrativi.

Già nella sentenza n. 8 del 1956 la Corte costituzionale, chiamata all'esame della legittimità costituzionale dell'art. 2 del Tulp, aveva indicato i limiti e le condizioni entro i quali la previsione del potere di ordinanza non si pone in contrasto con l'ordinamento costituzionale.

In primo luogo, sotto il profilo della violazione del sistema delle fonti disegnato dalla Costituzione, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale proposta, affermando la natura amministrativa delle ordinanze prefettizie, ancorché esse abbiano carattere generale.

In particolare, con una pronuncia propulsiva, ha affermato l'esigenza che, nell'ambito di una nuova formulazione della disciplina dei poteri prefettizi di urgenza, venga garantita la fissazione di alcuni canoni derivanti principalmente dal carattere amministrativo di tali provvedimenti, tali da radicare l'interpretazione costituzionalmente conforme fornita dalla Consulta. La Corte ha individuato i predetti canoni:

nell'efficacia limitata nel tempo degli atti in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza;

nella necessaria sussistenza di un'adeguata motivazione espressa;

nell'efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale;

nella conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico.

La Corte costituzionale è nuovamente intervenuta sulla questione con la sent. n. 26 del 1961 laddove, in mancanza dell'auspicata riforma legislativa dell'art. 2 Tulp, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della predetta previsione nei limiti in cui essa attribuisce ai Prefetti il

potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. La Corte costituzionale ha, con una pronuncia interpretativa di accoglimento, precisato che i suddetti poteri di ordinanza prefettizi «non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alla attività degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione».

Così, i menzionati provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi ed in particolare «non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria».

La Corte ha così ritenuto che solo laddove sia prevista una riserva di legge relativa, la legge ordinaria possa attribuire all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche a carattere sostanzialmente normativo, purché vengano indicati «i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito».

Il carattere residuale ed eccezionale dei poteri amministrativi extra ordinem costituisce, alla stregua delle citate pronunce, la condizione per la loro legittima previsione.

Anche in tempi più recenti la Corte Costituzionale, seppur con riguardo al riparto di competenze tra Stato e regioni, ha chiaramente ribadito che il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa del potere di ordinanza «implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione», derivandone che «l' "emergenza" non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale» (Corte cost., sent. 14 aprile 1995, n. 127).

4. Da quanto evidenziato consegue che, o le ordinanze che non presentano i requisiti di necessità, contingibilità e urgenza, come manifestazione della straordinarietà della situazione in cui intervengono, sono illegittime, ovvero è costituzionalmente illegittima la norma che le dovesse autorizzare in assenza di tali condizioni.

In questi termini, il TAR Veneto, sez. III con ordinanza del 22 marzo 2010 n. 40 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del **D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267** con riguardo agli artt. 2, 3, 5, 6, 8, 13, 16, 17, 18, 21, 23, 24, 41, 49, 70, 76, 77, 97, 113, 117 e 118 della Costituzione “nella parte in cui ha inserito la congiunzione "anche" prima delle parole contingibili ed urgenti”.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata, infatti, muovendo dalla considerazione che “è stata attribuita al Sindaco, accanto al tradizionale potere di adottare provvedimenti contingibili ed urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini, la possibilità di adottare ordinanze anche non contingibili ed urgenti”.

Alla stregua della suddetta interpretazione, confermata anche sul piano pratico dall'uso massiccio e spesso distorto che i sindaci hanno fatto dei nuovi poteri, il Tribunale amministrativo regionale esclude che sia possibile dare della norma medesima una lettura costituzionalmente orientata, laddove “ogni tentativo di addivenire ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, onde superare l'elemento della rilevanza, a giudizio del Collegio approda ad esiti che si pongono in irrimediabile contrasto con il tenore letterale e la ratio della norma”.

Si afferma, così, che dalla previsione del c. 4 cit. scaturisce “un potere normativo vasto ed indeterminato, privo di elementi idonei a delimitarne la discrezionalità, solo finalisticamente orientato - nel rispetto esclusivamente dei principi generali dell'ordinamento e quindi finanche in deroga alle norme di legge e all'assetto delle competenze amministrative vigenti - alla eliminazione e semplice prevenzione di pericoli che minacciano, oltre che l'incolumità pubblica, anche la sicurezza urbana”.

Sotto questo profilo il Collegio ha dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità nei confronti degli artt. 23 e 97 cost., ove si prevede il principio della riserva di legge

in ordine all'attribuzione di poteri amministrativi e degli artt. 70, 76, 77 e 117, “che demandano in via esclusiva alle assemblee legislative statali e regionali il compito di emanare atti aventi forza e valore di legge”, in quanto con la norma si ritiene sia stata “prevista una vera e propria fonte normativa libera con valore equiparato a quello della legge”.

Il contrasto è rilevato in termini di non manifesta infondatezza anche nei confronti degli artt. 3, 23 e 97, cost. che “costituiscono il fondamento costituzionale delle libertà individuali e del principio di legalità sostanziale in materia di sanzioni amministrative, cristallizzato, a livello di normazione primaria, nell’art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689”. Viene al riguardo precisato che “la legge deve stabilire i criteri idonei a regolare eventuali margini di discrezionalità lasciati alla pubblica amministrazione nella determinazione in concreto della prestazione ed inoltre che, al fine di escludere che la discrezionalità possa trasformarsi in arbitrio, la legge deve determinare direttamente l'oggetto della prestazione stessa ed i criteri per quantificarla”. Al contrario, si osserva che “La norma della cui legittimità costituzionale si dubita ha invece attribuito un potere normativo che, dovendo rispettare solo i principi generali dell’ordinamento ed essendo disancorato da specifici e localizzati presupposti fattuali insiti nei concetti della contingibilità ed urgenza, è tendenzialmente illimitato e, in quanto tale, autorizzato a dettare regole di condotta e sanzioni che conculcano la sfera di libertà dei singoli garantita invece dal principio «*silentium legis, libertas civium*»”.

Anche sul piano della deroga al riparto ordinario di competenze tra gli organi dell’ente locale, il Tribunale amministrativo osserva che “il Sindaco finisce per poter attrarre alla propria competenza, ad libitum, qualsiasi ambito riservato alla competenza dei regolamenti consiliari (quali il regolamento di polizia urbana). Sotto questo profilo, il potere normativo all’esame, libero perché solo finalisticamente orientato, essendo attribuito ad un organo amministrativo monocratico, il Sindaco quale ufficiale di governo, per sua natura non contempla la possibilità di sottoporre il processo decisionale ad un trasparente confronto pubblico nell’ambito di un organo collegiale elettivo e rappresentativo, e ciò finisce per contraddire, negandone valore ed utilità, il principio pluralista, che è principio fondamentale del vigente ordinamento costituzionale, e, in particolare, il pluralismo culturale, politico, religioso e scientifico di cui sono espressione gli artt. 2, 6, 8, 18, 21, 33, 39 e 49 della Costituzione”.

Viene, infine, segnalata la possibile violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, laddove “la latissima discrezionalità intrinseca degli atti normativi così configurati, fa sì che i poteri attribuiti al Sindaco siano talmente "vasti ed indeterminati" (in tali termini il punto 7 in diritto della sentenza della Corte Costituzionale 1 luglio 2009, n. 196) da rendere eccessivamente difficoltosa la possibilità di un effettivo sindacato giurisdizionale sulle singole fattispecie”.

5. La Corte costituzionale è, quindi, investita di una relevantissima questione, la quale non può trovare altra soluzione se non quella di ribadire ciò che costituisce principio cardine dello Stato di diritto e dell'ordinamento democratico, ovvero che i poteri extra ordinem possono essere previsti dal legislatore ed utilizzati dall'amministrazione solo per far fronte a situazioni straordinarie in cui l'amministrazione non potrebbe efficacemente intervenire con i poteri tipici ad essa attribuiti (da ultimo, vds. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 febbraio 2010, n. 868 in cui si afferma che “Per consolidata giurisprudenza (CdS Sez.V, n. 6366/07, n.2109/07, Sez.IV, n. 4402/04). Il potere sindacale di emanare ordinanze contingibili ed urgenti ai sensi degli articoli 50 e 54 D.Lgs. n. 267 del 2000 richiede la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo di danno grave ed imminente per l'incolumità pubblica, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, debitamente motivata a seguito di approfondita istruttoria. In altri termini, presupposto per l'adozione dell'ordinanza extra ordinem è il pericolo per l'incolumità pubblica dotato del carattere di eccezionalità tale da rendere indispensabile interventi immediati ed indilazionabili, consistenti nell'imposizione di obblighi di fare o di non fare a carico del privato”).

In particolare, la contingibilità, intesa come accidentalità ed imprevedibilità, della situazione su cui interviene l'ordinanza e l'urgenza, intesa come indifferibilità, dovrebbero essere considerati requisiti intrinseci al potere di ordinanza in quanto tale, in quanto ontologicamente mezzo straordinario di intervento.

La considerazione che anche laddove le norme non facciano menzione del carattere contingibile e urgente, questo sia un requisito che riguarda tutte le ordinanze (C.G.A. Reg. Sic, 28 agosto 1986) e che ciò costituisca **principio generale dell'ordinamento**, potrebbe permettere di

superare il dato letterale del c. 4 e rimettere al giudice amministrativo il controllo sulla sussistenza delle condizioni straordinarie -limite intrinseco - che legittimano l'esercizio del potere di ordinanza. Sotto questo profilo, l'ordinanza sindacale sarebbe pienamente sottoposta al controllo del giudice amministrativo in ordine alla sussistenza dei presupposti, all'osservanza dei limiti, nonché alla ragionevolezza e proporzionalità della misura (Tar Veneto, sez. III, 6 marzo 2007, n. 637), imponendo da parte del sindaco l'adozione di provvedimenti atipici nei limiti della necessità ed urgenza, dell'idoneità e dell'adequatezza rispetto alla situazione data.

Tuttavia, in mancanza di una siffatta interpretazione adeguatrice – sempre che essa sia possibile e sufficiente alla stregua del tenore letterale del c. 4 – la previsione normativa qui considerata, diretta ad ampliare in maniera abnorme il potere di ordinanza conferito al sindaco ed a introdurre nell'ordinamento pericolose anomalie nel sistema delle fonti e nelle garanzie dei diritti fondamentali, si pone in insanabile contrasto con l'ordinamento costituzionale.

9

Per un ulteriore approfondimento e per i riferimenti bibliografici si rinvia a W. Giulietti, Ampliamento delle funzioni del sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio, in Il decreto sicurezza, A. Scalfati ( a cura di), Giappichelli, Torino, 2008, p. 307 ss.