



UNIONE EUROPEA
Fondo sociale europeo



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO AMMINISTRATIVO

CICLO XXIV

***IL PRINCIPIO DI LEGALITA'
DELL'EMERGENZA***

**DOTTORANDO:
FERDINANDO CROCE**

**TUTOR:
CHIAR.MO PROF. ALDO TIGANO**

**COORDINATORE:
CHIAR.MO PROF. IGNAZIO MARIA MARINO**

ANNO ACCADEMICO 2010- 2011

A mio Nonno

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE	
1. La società dell'incertezza e del rischio.	
2. Sui concetti di: incertezza, rischio, minaccia, pericolo.	
3. Gli strumenti di reazione approntati dall'ordinamento giuridico alla società dell'incertezza e del rischio.	
4. Il diritto amministrativo dell'emergenza.	
5. Le tendenze comuni per l'elaborazione di nuove forme di organizzazione pubblica nel solco della società dell'incertezza e del rischio.	
6. Il principio di precauzione.	
Capitolo I	
IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ	
ALLA PROVA DELL'AMMINISTRAZIONE DELL'EMERGENZA	
1. Premessa.	
2. L'evoluzione del principio di legalità.	
2.1. <i>Segue</i> . Le tre accezioni del principio di legalità.	
3. Principio di legalità e poteri amministrativi di ordinanza e di urgenza: un primo approccio alla questione.	
3.1. <i>Segue</i> . Il rispetto dei principi di tipicità e nominatività quale conseguenza problematica dell'affermazione del principio di legalità sostanziale.	
4. Il potere straordinario nella giurisprudenza costituzionale.	
5. Principio di legalità e pubblica amministrazione: potere originario o potere derivato? Il ruolo della normazione secondaria.	
6. Il rapporto tra potere straordinario e riserva di legge quale preludio all'esame dei rapporti tra organizzazione pubblica e principio di legalità.	
7. Principio di legalità e norme di organizzazione.	
Capitolo II	
ORGANIZZAZIONE E COMPETENZA	
NELL'AMMINISTRAZIONE DELL'EMERGENZA	

Sezione I	
I POTERI AMMINISTRATIVI DI ORDINANZA	
1. Premessa.	
2. I poteri d'urgenza della P.A. <i>sub specie</i> del potere di ordinanza. Cenni su natura giuridica e classificazione.	
2.1. <i>Segue</i> . Applicazioni giurisprudenziali sui provvedimenti contingibili ed urgenti: deroghe ai presupposti.	
2.2. <i>Segue</i> . Applicazioni giurisprudenziali sui provvedimenti contingibili ed urgenti: deroghe al procedimento.	
3. La potestà ordinatoria negli enti locali.	
3.1. <i>Segue</i> . Il Prefetto, il Sindaco Ufficiale di Governo ed altre figure.	
4. Dalla contingibilità ed urgenza all'emergenza.	
Sezione II	
IL MODELLO ORGANIZZATIVO DEL	
SERVIZIO NAZIONALE DI PROTEZIONE CIVILE	
1. Premessa.	
2. <i>Excursus</i> storico in tema di organizzazione delle amministrazioni dell'emergenza fino alla legge n. 225/92.	
3. Il modello organizzativo del Servizio nazionale di Protezione civile <i>ex lege</i> 24 febbraio 1992, n. 225 ed ai successivi tentativi di riforma.	
3.1. <i>Segue</i> . I soggetti.	
3.1.1. <i>Segue</i> . I Commissari straordinari.	
3.2. <i>Segue</i> . Il personale e gli uffici.	
3.3. <i>Segue</i> . Le risorse.	
4. L'ulteriore modello organizzativo "para-emergenziale" per la gestione dei cc.dd. Grandi Eventi. Il caso "EXPO Milano 2015".	
5. Analisi logica di un intervento complesso di protezione civile: il "caso Messina".	
Sezione III	
L'ALTERAZIONE DEL RIPARTO DELLE COMPETENZE	
AMMINISTRATIVE	
ED I RAPPORTI CON IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ VERTICALE	
E CON IL FEDERALISMO FISCALE	
1. Premessa.	

2. L'alterazione del riparto di competenze amministrative tra Stato, Regioni ed autonomie locali nel sistema metonimico della protezione civile.	
3. Esegesi dell'esercizio dei poteri emergenziali secondo alcune delle tradizionali relazioni interorganiche e/o intersoggettive. L'avvalimento.	
3.1. Segue. Il coordinamento.	
3.2. Segue. La sostituzione. Verso la "chiamata in sussidiarietà".	
4. Il principio di sussidiarietà verticale.	
5. Emergenza e sussidiarietà verticale.	
6. Emergenza, sussidiarietà verticale e federalismo fiscale.	
Capitolo III	
LA AUTO-AMMINISTRAZIONE (O AUTOGOVERNO) DELL'EMERGENZA:	
UN INVOLONTARIO PROCESSO DI DEMOCRATIZZAZIONE	
1. L'interesse pubblico: una premessa.	
2. Il procedimento "ordinario" di configurazione e di rilevazione dell'interesse pubblico.	
2.1. <i>Segue.</i> Il problema della rilevabilità "in via originaria" dell'interesse pubblico sotteso alle situazioni di emergenza.	
2.2. <i>Segue.</i> Il problema della rilevabilità "in via originaria" dell'interesse pubblico "curato" dal principio di sussidiarietà verticale.	
3. Il principio/bisogno di elasticità della competenza e dell'organizzazione quale criterio ordinatore di nuove forme organizzative della pubblica amministrazione. Le deroghe ai parametri di cui agli artt. 97 e 118 Cost.	
4. Il sovvertimento dello schema classico "legittimazione dell'autorità-potere amministrativo": la valorizzazione del rapporto fattuale tra autorità amministrativa, comunità degli amministrati e interesse pubblico. Il ruolo della determinante finanziaria.	
5. La auto-amministrazione (o autogoverno) dell'emergenza: un involontario processo di democratizzazione.	
CONCLUSIONI	
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUZIONE

SOMMARIO: §. 1. La società dell'incertezza e del rischio. – §. 2. Sui concetti di: incertezza, rischio, minaccia, pericolo. – §. 3. Gli strumenti di reazione approntati dall'ordinamento giuridico alla società dell'incertezza e del rischio. – §. 4. Il diritto amministrativo dell'emergenza. – §. 5. Le tendenze comuni per l'elaborazione di nuove forme di organizzazione pubblica nel solco della società dell'incertezza e del rischio. – §. 6. Il principio di precauzione.

1.- La società dell'incertezza e del rischio.

La società contemporanea è oggi da più parti definita come la “società del rischio”¹, concetto sociologico prima ancora che giuridico secondo il quale nei tempi moderni si è assistito ad un costante intensificarsi delle incertezze, sia individuali che sociali, principalmente connesse, da un lato, allo sviluppo tecnologico e sociale, e, dall'altro, alla globalizzazione delle economie e dei diritti. Il mutamento dei rischi e della loro percezione costituisce quindi un tratto caratterizzante della società in cui viviamo, e proprio l'aumento della percezione dei rischi rappresenta ulteriormente il sintomo di un mondo che è stato qualificato come “polifonico e privo di centro”², in cui le relazioni sociali si diversificano in maniera repentina e spesso incontrollabile.

E' la stessa realtà quotidiana che porta la società “liquida”³ a misurarsi di continuo con problematiche originanti diversi quadri di rischio: la mancanza di lavoro, l'insufficienza di servizi essenziali alla persona umana -questioni oggi particolarmente acute dall'intrecciarsi della crisi dello Stato sociale (a cui si è recentemente andata ad aggiungere una netta perdita di fiducia nel potere dei

¹ Sul tema della società dell'incertezza e del rischio la bibliografia è fiorente. Per utili riferimenti cfr., *ex multis*, U. BECK, *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2002; ID., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg zu eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, trad. it. W. PRIVITERA, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, secondo cui il problema della società contemporanea è rappresentato dalla distribuzione dei rischi prodotti dalla stessa società (e in particolare dall'utilizzo della tecnologia) che hanno portata globale e minacciano la sua stessa esistenza; ID., *From industrial Society to the Risk society: Questions of Survival, Social structure and Ecological Enlightenment*, in M. FEATHERSTONE, *Cultural Theory and Cultural Change*, London, 1992, 98 ss.; ID., *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, trad. it. C. SANDRELLI, Roma-Bari, 2008; Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999; ID., *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2002; A. GIDDENS, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Il Mulino, Bologna, 2000; R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo del XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2004, 1 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2001; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

² D. CHIAVIELLO, *L'amministrazione dell'“ordinaria” emergenza*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2010.

³ Per usare la celebre definizione di Z. BAUMAN, in *Modernità liquida*, cit.

mercati e delle transazioni economiche e finanziarie)- l'inquinamento ambientale, i rischi connessi all'evoluzione scientifica, la perdita di valori e di coesione sociale, le minacce della criminalità.

Nella descritta prospettiva, non si può non dare atto di un contrapposto problema -tuttavia, forse, maggiormente consono a tematiche psicologiche⁴- che consiste nell'interrogativo su quanto tale incertezza sia effettivamente percepita dalla collettività, o se piuttosto questa non sia stata indotta soprattutto dai mezzi di comunicazione di massa⁵. Alcune indagini insistono molto su tale aspetto, soprattutto con riferimento al rapporto intercorrente tra sicurezza ed immigrazione⁶. E' stato osservato infatti come spesso non si tratti di dati statistici reali, ma si abbia a che fare con una "orientata" percezione del problema, e in tal senso si mette in guardia dal rischio che le analisi ponderate lascino il posto a forme di "spettacolarizzazione del sapere scientifico"⁷.

A parte ciò, avviene che proprio il progresso scientifico mette a nudo la precarietà di ciò che si conosce e l'ampiezza di ciò che ancora non si conosce⁸. Sotto questo profilo, l'ignoranza ed il dubbio, strumenti comunque indispensabili per il progredire della conoscenza⁹, non preoccupano lo studioso ma la

⁴ G. LE BON, *Psicologie des foules*, Paris, 1895, trad. it., *Psicologia delle folle*, Milano, 1970, citato in G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Ed. scientifiche italiane, Napoli, 2010, 17.

⁵ I maggiori studiosi del fenomeno del rischio, pur concordando su molte delle premesse che fondano l'analisi della c.d. società del rischio e dell'incertezza, divergono precisamente su questo punto, che appare essenziale ma non antitetico: per BECK, infatti, l'aumento dell'incertezza è collegato all'effettivo e reale moltiplicarsi di pericoli ed eventi calamitosi; per GIDDENS invece non si assiste ad una crescita di casi di minacce o pericoli globali, ma all'aumento della loro percezione, favorita proprio dalla maggiore velocità e diffusione delle informazioni.

⁶ A. DAL LAGO (a cura di), *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, Genova, 1998, citato in G. TROPEA, *op. cit.*

⁷ P. CIARLO, *Sicurezza e Stato di diritto*, in AA.VV., *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, a cura di V. BALDINI, Cassino, 2005, 19, citato in G. TROPEA, *op. cit.*

⁸ Secondo K. POPPER, *Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza*, trad. it. Pancaldi, Bologna, 2000, 9, tutta la conoscenza è fallibile ed "ogni soluzione di un problema solleva nuovi problemi insoluti; tanti più ne solleva, quanto più profondo è il problema originale e più ardita la sua soluzione. Quanto più impariamo sul mondo, e quanto più profondo è il nostro apprendimento, tanto più consapevole, specifica ed articolata sarà la conoscenza di ciò che non sappiamo, la conoscenza della nostra ignoranza: il fatto che la nostra conoscenza può essere solo finita, mentre la nostra ignoranza non può che essere, di necessità infinita". Alla stessa stregua F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 684, il quale parla di "nuova ignoranza socratica".

⁹ R.P. FEYNMAN, *Il senso delle cose*, Milano, 1999, 36 ss.

consapevolezza “che tutta la conoscenza scientifica è ipotetica e congetturale”¹⁰ e che essa non è in grado di fornire soluzioni definitive ed incontrovertibili ha sgretolato la fede illuministica nella scienza come fonte di verità assolute, mettendo così in crisi un caposaldo della cultura moderna¹¹. Dal riconoscimento della “ignoranza circa le conseguenze ultime” deriva, da un lato, l’affermazione di un “dovere impellente di sapere”¹², e dall’altro la valorizzazione del ruolo euristico della paura, “surrogato migliore della saggezza e dell’autentica virtù”¹³. La cautela diventa il nucleo dell’agire morale, nell’ottica di una responsabilità verso le generazioni a venire, che implica insieme un dovere “verso l’esserci dell’umanità futura e un dovere verso il suo essere così”¹⁴.

Questa sommaria analisi, che conduce alla constatazione nei tempi contemporanei della crisi delle certezze scientifiche, rinviene, come è evidente, propri addentellati anche nella evoluzione politico-legislativa dell’ordinamento giuridico nazionale. L’affermarsi progressivo della società del rischio, e quindi in via correlata della “società della prevenzione”¹⁵, ha influito ed influisce sulla rivisitazione di alcune categorie giuridiche, a partire dalla teoria delle situazioni giuridiche soggettive e delle tecniche di tutela¹⁶.

E’ stato così autorevolmente osservato¹⁷ che il tema della emergenza - intesa come manifestazione diretta e più evidente della società del rischio - e l’approccio che in particolare il potere esecutivo ha inteso nel tempo riservare

¹⁰ K. POPPER, *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, trad. it. a cura di TRINCHERO, Torino, 1969, 136.

¹¹ La conseguenza del crollo delle certezze scientifiche conduce oggi a parlare di post-modernità, come in A. GIDDENS, *The consequences of modernity*, Cambridge, 1990, trad. it. *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 2004, 53, secondo cui il termine “presenta di solito uno o più dei seguenti significati: la scoperta che nulla è dato conoscere con certezza, dal momento che tutti i precedenti “fondamenti” dell’epistemologia si sono rivelati inattendibili; il fatto che la “storia” è priva di ogni teleologia e che di conseguenza non si può difendere plausibilmente alcuna versione di “progresso”; e infine la nascita di un nuovo programma sociale e politico in cui assumono crescente importanza le preoccupazioni ecologiche e forse i nuovi movimenti sociali in genere”.

¹² H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Insel Verlag*, Frankfurt am Main, 1979, trad. it., *Il Principio responsabilità Un’etica per la civiltà tecnologica*, a cura di PORTINARO, Torino, 1990, 29-30.

¹³ H. JONAS, *op. ult. cit.*, 31.

¹⁴ H. JONAS, *op. ult. cit.*, 51.

¹⁵ T. PITCH, *La società della prevenzione*, Roma, 2006.

¹⁶ G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, cit., 17.

¹⁷ M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l’evoluzione dall’amministrazione dell’emergenza all’amministrazione precauzionale*, in *Annuario AIPDA, Il diritto amministrativo dell’emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005.

alla relativa trattazione, si è significativamente evoluto, e pertanto, sulla base di ciò, si possono con sufficiente grado di precisione individuare tre fasi storiche.

Una prima fase va dall'unificazione amministrativa del Regno d'Italia alla approvazione della Costituzione repubblicana, in cui domina la dottrina filosofica del positivismo, con incondizionata fiducia nelle capacità scientifiche e con una percezione delle circostanze emergenziali come situazioni eccezionali e straordinarie, gestibili dall'amministrazione alle condizioni di legge. Coerentemente con questi caratteri, devono adottarsi tutte le misure di prevenzione suggerite dalle risultanze scientifiche e, a fronte di circostanze eccezionali, le ordinanze contingibili ed urgenti risultano il diritto speciale del caso singolo¹⁸, che, quale eccezione, non pone in tal modo in crisi il principio di legalità e tipicità degli atti amministrativi. Si registra in questa fase un concorso equilibrato tra legislazione ed amministrazione¹⁹, in cui la prima è teoricamente prevalente rispetto alla seconda, ed in cui l'ampio ricorso al potere di ordinanza si configura come eccezionale, per quanto proporzionato rispetto al caso trattato, e con efficacia "a termine", espressione di discrezionalità tecnica connessa alle caratteristiche della fattispecie.

Il risvolto "organizzativo" di questa impostazione sul modello amministrativo implica l'adesione al centralismo, già tipico dell'epoca: ciò perché principi scientifici e giuridici forti e certi non possono che essere amministrati unitariamente. E' appena il caso peraltro di aggiungere che la scienza giuridica dell'epoca è particolarmente attenta ai fenomeni descritti²⁰.

L'avvento della Costituzione repubblicana segna l'inizio di una seconda fase della problematica in esame, contrassegnata da fattori quali: il rilievo di nuovi interessi costituzionalmente rilevanti; la lettura del potere di ordinanza in senso costituzionalmente compatibile; il pluralismo delle competenze per la questione delle emergenze. In questo periodo, l'adeguamento del potere di

¹⁸ M.P. CHITI, *op. ult. cit.*, 144.

¹⁹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1959, 151 ss.

²⁰ F. CAMMEO, *Sanità pubblica, principi generali, fonti ed organizzazione*, in *Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, IV, II, Milano, 1904, 858 ss.; C. VITTA, *Sanità pubblica, i singoli obietti dell'amministrazione sanitaria, ivi*; R. TRIFONE, *Ordinanze*, in *Dig. it.*, XVII, Torino, 1904.

ordinanza ai principi costituzionali comporta la configurazione della necessità²¹ come fonte sulla produzione, e non di produzione, in quanto finalizzata solo a legittimare talune amministrazioni ad intervenire con propri atti, e delle ordinanze come provvedimenti amministrativi, e non normativi, che colmano lacune di intervento amministrativo tipico, più che essere norme del caso singolo²².

Quanto al pluralismo amministrativo, occorre segnalare come nel periodo in esame vengano istituite le Regioni, trasferiti loro a fatica i poteri amministrativi e rinsaldati i poteri locali. L'impostazione di fondo rimane tuttavia ancora quella tradizionale, con l'utilizzazione di misure straordinarie per fronteggiare situazioni eccezionali nei casi in cui non vi siano state o non abbiano avuto effetto le misure di prevenzione.

La fase più recente, infine, è principalmente caratterizzata da tre circostanze²³: la crisi delle certezze scientifiche; l'influenza del diritto europeo; l'emergere di nuovi principi giuridici, come il principio di precauzione²⁴.

In particolare, l'affermazione della crisi delle certezze scientifiche può apparire un paradosso in una fase di straordinario sviluppo tecnologico e scientifico. In realtà, è proprio dal trionfo della scienza che deriva la consapevolezza delle molteplici potenzialità insite in ogni decisione, superandosi di tal guisa il previgente ottimismo procedente dal positivismo scientifico. Alla presa di coscienza della fallibilità del sapere scientifico fa quindi da contraltare l'affievolimento della fiducia nella tecnica, che non è più soltanto un mezzo per dominare la natura e i suoi pericoli, ma diventa a sua volta (e prima ancora) fonte di pericoli, peraltro non sempre controllabili²⁵. La tecnica non è altro che il

²¹ Recentemente, v. M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, n. 2, agosto 2010, 167 ss.

²² G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956, 994.

²³ M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit., 147.

²⁴ Sul punto, v. *infra*, in questo Capitolo, al successivo §. 6.

²⁵ Sul punto, un interessante riferimento alla Bibbia, il testo più diffuso nella cultura occidentale, si rinvia nell'opera di J. ESTEVE PARDO, *Privileged domain of risk treatment: Risk and Health*, in *Revue européenne de droit public*, 2003, 109-111, citato da P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2/2010, 355 e ss., secondo il quale nella Sacra Scrittura è dato

mezzo per raggiungere questi obiettivi: tutto ciò che l'uomo ha sviluppato per controllare la natura, che sta tra l'uomo e la natura. Ma la tecnologia ha rimosso i pericoli naturali, al prezzo di creare rischi propri, e ciò ha determinato un mutamento dello scenario che ha permeato la nostra cultura per millenni²⁶.

A proposito della tecnica, il rapporto tra quest'ultima, il potere ed anche la responsabilità²⁷ ha trovato dal punto di vista filosofico la sua più compiuta analisi nel pensiero di Hans Jonas²⁸.

Secondo il filosofo tedesco, “la tecnica moderna ha introdotto azioni, oggetti e conseguenze di dimensioni così nuove che l'ambito dell'etica tradizionale non è in grado di abbracciarli”, perché le catene causali cui il potere tecnico dà vita hanno una estensione spazio-temporale molto maggiore rispetto agli scopi prossimi che esso si prefigge di raggiungere, e perché la tecnica produce effetti irreversibili e cumulativi in grado di autoalimentarsi: così gravi da mettere, per la prima volta nella storia dell'umanità, a rischio la stessa presenza dell'uomo nel mondo.

In definitiva, l'aumento della conoscenza, invece di accrescere la fiducia nel futuro, ha moltiplicato l'incertezza, ed il progresso scientifico e tecnologico è oggi tra le prime “fonti di ansia” per i rischi che esso porta inevitabilmente con sé²⁹.

Per tornare ad una visione sociologica del problema, Sigmund Freud ha affermato che l'umanità sembra caratterizzarsi per un progressivo restringimento delle sue prospettive, dovuto in prima istanza alle indagini scientifiche condotte da Copernico (che ha riportato la terra alla sua dimensione reale di pianeta e non di centro dell'universo), poi di Darwin (che ha collocato l'uomo in un processo

rinvenire perlopiù minacce e pericoli naturali (ad esempio, il Faraone teme che le vacche siano troppo magre, che le sementi siano cattive o non diano frutto, i danni di piaghe e di pesti).

²⁶ J. ESTEVE PARDO, *op. ult. cit.*

²⁷ Su cui v. *infra*.

²⁸ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*. Insel Verlag, cit., 10.

²⁹ Soprattutto in Europa, nota Z. BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Bari, 2007, 61, le paure ambientali e le ossessioni per la sicurezza hanno subito negli ultimi tempi una impressionante accelerazione. Viviamo, almeno nei paesi sviluppati, nelle società più sicure mai esistite “eppure, contrariamente alle “prove oggettive”, siamo proprio “noi”, tanto vezzeggiati e viziati, a sentirci più minacciati, insicuri e spaventati, più inclini al panico e più interessati a tutto ciò che riguarda l'incolumità e la sicurezza, rispetto alla maggior parte delle società conosciute”.

evolutivo di cui rappresenta solo l'anello di una catena inarrestabile), poi ancora dello stesso Freud, che ha ridotto le scelte umane al conflitto tra pulsioni interne, non sempre governabili³⁰. E' questa la visione che conduce -nella società post-industriale- alla crisi delle certezze, non solo collettive ma anche individuali.

2.- Sui concetti di: incertezza, rischio, minaccia, pericolo.

Ciò premesso, al fine di comprendere compiutamente siffatto cambiamento appare opportuno adesso l'approfondimento della distinzione, elaborata da un celebre sociologo tedesco, tra il concetto di rischio e quello di pericolo³¹.

Sia il rischio che il pericolo presuppongono un'incertezza in riferimento a danni futuri, ma mentre il rischio è la conseguenza di un atto decisionale, il pericolo proviene dall'esterno, per esempio dalla natura o da decisioni assunte da terzi³².

Pericolo, poi, nel significato consolidato del c.d. diritto di polizia, è una situazione in cui se non si interviene per cambiare il corso degli eventi ci si può aspettare con sufficiente probabilità che si verificherà un danno a beni giuridici protetti dall'ordinamento³³. Pertanto, mentre il pericolo rappresenta un evento dannoso, futuro ed incerto il cui verificarsi, alla luce dell'esperienza passata, può ritenersi ragionevolmente probabile, il rischio è un evento dannoso, futuro ed incerto di cui non è possibile, allo stato attuale delle conoscenze, valutare in

³⁰ S. FREUD, *Una difficoltà della psicoanalisi*, in *Opere*, Torino, Bollati Boringhieri, 1989, vol. VIII, 660 ss.

³¹ N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991, trad. it. *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, 3 nota che il fatto che nella società attuale si parli tanto di rischio porta a spiegare sotto una nuova luce la sua "forma normale", non perché i rischi appartengano alla vita quotidiana, cosa vera oggi come ieri, ma più profondamente nel senso che la società spiega la disgrazia in termini di rischio e non ad esempio di magia, stregoneria o punizione divina. Il tema del rischio è dunque rilevante perché pone "la questione di quale idea di razionalità, di decisione, di tecnica, di futuro o semplicemente di tempo è presupposta quando si parla di rischio, oppure, in modo ancora più fondamentale, di come concepiamo la nostra società se rendiamo il rischio, che una volta riguardava soltanto i marinai, i raccoglitori di funghi ed in genere persone che si espongono ai pericoli, un problema che non si può né evitare né aggirare".

³² La distinzione tra rischio e pericolo fondata sulla volontarietà del primo rispetto al secondo è accolta anche da W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, trad. it. *Rischio e sicurezza*, Torino, 2005, 16, che afferma "ai pericoli si è esposti, ai rischi ci si espone", il pericolo incombe, mentre il rischio è causato da un'azione umana, è il risultato di un azzardo consapevole.

³³ C. CALLIESS, *Rechtstaat und Umweltstaat*, Mohr Siebeck, Tbingen, 2001, 155, citato da P. SAVONA, op. cit., 374, in nota 51.

maniera sufficientemente sicura le probabilità (o anche solo le modalità) di avveramento³⁴.

Il rischio, a sua volta, coincide con l'incertezza: un'incertezza, potremmo dire, particolarmente qualificata, dal momento che essa non deriva soltanto dal fatto che si ha a che fare con un accadimento futuro di cui (proprio perché futuro) non si può affermare nel presente con sicurezza se si verificherà, ma dal non possedere la conoscenza o i dati empirici necessari per formulare un giudizio prognostico sufficientemente affidabile. Il rischio appare quindi legato a *deficit* cognitivi, a situazioni di non-conoscenza³⁵.

Un Autore³⁶ richiama l'ulteriore interessante distinzione del concetto di "minaccia" dai concetti di pericolo e di rischio, utilizzando all'uopo i parametri discretivi dell'origine della situazione di insicurezza, endogena ed esogena, e della intenzionalità, e così argomentando osserva che, "da un lato, rischio e pericolo non appaiono antitetici essendo collocabili a diversi livelli di un *continuum* che, partendo dall'assenza di intenzionalità (pericolo) passa per una forma di intenzionalità indiretta (rischio) per giungere quindi ad una forma di intenzionalità diretta (per l'appunto, la minaccia)"³⁷.

Una volta tratteggiate le predette differenze definitorie, si può concludere nel senso che l'evoluzione della società del rischio consisterebbe nella tendenza a considerare rischi quelli che prima erano visti come pericoli, e così ciò che prima era imputato alla natura, al caso o ad altre forze incontrollabili è invece oggi considerato il portato di una decisione. La tecnica, e la consapevolezza delle possibilità ad essa collegate, hanno occupato il terreno che prima era della natura; e parallelamente, è cresciuto il timore per le conseguenze distruttive che da questa possono discendere e con esso il rischio che viene attribuito alle decisioni³⁸.

³⁴ P. SAVONA, *op. cit.*, 355 e ss.

³⁵ P. SAVONA, *op. ult. cit.*, 377.

³⁶ G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 18.

³⁷ La ricostruzione è di F. BATTISTELLI, *Sicurezza, sicurezze*, in *La fabbrica della sicurezza*, Milano, 2008, 28 ss.

³⁸ N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, cit., 4 e 55.

Ciò non equivale ad affermare che i pericoli naturali oggi non esistono più (basti pensare ai terremoti o alle alluvioni), ma in essi, e nelle conseguenze devastanti che ne possono derivare, è sempre più decisivo l'intervento della mano dell'uomo, in una misura spesso difficile da determinare³⁹. Molte catastrofi, ad esempio, che prima erano considerate mere calamità naturali vengono oggi addebitate all'uomo ed alla superficialità del suo rapporto con la natura⁴⁰: si pensi ai cambiamenti climatici causati dal progressivo riscaldamento del pianeta ed a cui sono direttamente collegati disastri naturali quale è stato negli Stati Uniti d'America l'uragano Katrina; o, in Italia, al caso del terremoto in Abruzzo, dove - come è stato rilevato⁴¹ - la devastazione prodotta dal cataclisma non sarebbe stata della stessa gravità se le zone colpite non fossero state urbanizzate, se le costruzioni in cemento armato non si fossero rivelati dei colossi di argilla, o se, a seguito delle prime scosse, i territori fossero stati fatti sgomberare.

Gli esempi svolti rimandano ad un ulteriore, fondamentale aspetto del passaggio dal pericolo al rischio: chi agisce è responsabile delle conseguenze. Se dietro la tecnologia c'è sempre l'uomo, se il rischio è sempre riconducibile -in modo mediato o anche immediato- ad una o più decisioni, allora è sempre possibile trovare un responsabile. Se cioè in passato molti eventi potevano essere attribuiti al caso o al destino, ora per ogni calamità si può individuare un colpevole⁴². Interpretare gli eventi dannosi come prodotto dell'attività dell'uomo piuttosto che come incidente o disgrazia porta con sé, in altre parole, un'affermazione di responsabilità. In breve, il passaggio dal pericolo al rischio coincide con l'espansione delle responsabilità, sia private che pubbliche⁴³.

Sempre secondo il già citato Hans Jonas, la novità dell'agire esige un'etica nuova, in cui la nostra responsabilità sia proporzionata all'estensione del potere e

³⁹ G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, 162; J.B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque*, in *Conseil d'Etat, Rapport public*, 2005, 351; J. ESTEVE PARDO, *Privilege domain of risk treatment; Risk and Health*, cit., 110.

⁴⁰ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008, 10.

⁴¹ P. SAVONA, *op. ult. cit.*, 358.

⁴² W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, cit., 25.

⁴³ Ciò che basta a far diventare il rischio tecnologico, come suggerisce J. ESTEVE PARDO, *Privileged domain of risk treatment: Risk and Health*, cit., 111, "a very important subject of law".

richiede anche, in nome di quella stessa responsabilità “un nuovo genere di umiltà: un’umiltà indotta, a differenza che nel passato, non dalla limitatezza, ma dalla grandezza abnorme del nostro potere, che si manifesta nell’eccesso del nostro potere di fare rispetto al nostro potere di prevedere e di valutare e di giudicare. In considerazione del potenziale quasi escatologico dei nostri progressi tecnici - ci dice ancora il filosofo - l’ignoranza circa le conseguenze ultime diventa essa stessa una ragione per assumere un atteggiamento di riserbo professionale. Il secondo bene dopo il possesso della saggezza”⁴⁴.

3.- Gli strumenti di reazione approntati dall’ordinamento giuridico alla società dell’incertezza e del rischio.

Appare chiaro a questo punto che la società del rischio, per come disegnata, richiede adeguate e complesse indagini giuridiche, non potendo essere ridotta a mero “eclettismo metodologico”⁴⁵, poiché mai come in questi settori lo studio delle normazioni e dei retroterra istituzionali dei fenomeni, per essere completo, deve essere indagato da più ampie prospettive che rappresentano la base sulla quale vanno ad impiantarsi le politiche pubbliche ed i conseguenti dibattiti giurisprudenziali.

Il mutamento nella percezione del rischio da parte della società non può rimanere privo di effetto nel sistema giuridico, e la politica si trova oggi sempre più esposta alla pressione da parte dei cittadini, che ripongono nello Stato aspettative crescenti di sicurezza, nonché alla conseguente irritazione degli stessi nel momento in cui tali aspettative vengono deluse⁴⁶. Il sistema politico, incapace di reggere tale pressione, si limita a compiere gesti simbolici, rimandando al sistema giuridico il compito di trattare ulteriormente i rischi, con ciò causandone una modifica strutturale.

Gli Stati moderni debbono far fronte alle nuove paure ed alle incertezze in un difficile equilibrio tra sicurezza e libertà, tra tutela dei diritti acquisiti ed emergenza di nuovi diritti e richieste sociali, tenendo al contempo fermi i principi

⁴⁴ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*. Insel Verlag, *op. cit.*, 29-30.

⁴⁵ G. TROPEA, *op. ult. cit.*, 22.

⁴⁶ N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, cit., 40 ss. e 183 ss.

e le garanzie costituzionali. Non si tratta, però, di esigenze o di interessi contrapposti letti nell'ottica tradizionale del conflitto tra autorità e libertà, perché sono gli stessi cittadini a chiedere maggiori libertà e, contemporaneamente, maggiori tutele. Il difficile compito dello Stato è quello di mediare tra le opposte esigenze con gli strumenti che gli sono propri, dell'autorità e dell'informazione.

La crescita delle relazioni umane, soprattutto di quelle economiche, ha comportato che al problema del rischio fossero date risposte di tipo giuridico. Già il diritto romano considerava il *periculum* nei singoli rapporti contrattuali come un elemento che consentiva, a certe condizioni, di derogare alle regole generali; il diritto intermedio ha successivamente consentito, attraverso l'opera dei glossatori, di transitare da una concezione del rischio legata ai singoli contratti ad una vera e propria teoria generale del rischio che sarà assorbita nell'ambito del sistema contrattuale così come regolato nei codici promulgati tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento, in particolare dal *Code Napoléon*. Lo sviluppo delle teorie giuridiche del rischio è infine strettamente connesso allo sviluppo dei contratti assicurativi, nei quali il rischio si rende autonomo dal contratto mentre si collega all'attività imprenditoriale.

L'incremento del rischio e dell'incertezza e della relativa percezione integrano, pertanto, il momento generativo delle risposte emergenziali apprestate dagli ordinamenti giuridici a fronte di una crescente domanda di sicurezza collettiva.

Il concetto di rischio, così come quelli di pericolo, emergenza, urgenza e altri ancora, non è nuovo per gli ordinamenti giuridici, ma solo negli anni più recenti si è assistito ad una proliferazione di norme che tendono a prevenirlo e a limitarlo sia nei rapporti tra privati sia come possibile causa di danni sociali. Si riscontra un nuovo approccio al problema, che consiste nel passaggio dalla considerazione della pericolosità a quella del rischio, frutto a sua volta del passaggio da una concezione individuale ad una concezione sociale del fenomeno⁴⁷. L'aver a che fare con il rischio altera la "struttura temporale"

⁴⁷ D. LUPTON, *Il rischio*, Bologna, Il Mulino, 2003, 70 ss.; A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, cit., 125 ss.

propria del diritto, che non mira più a prevenire quei danni che, in virtù di quanto verificatosi in passato, ci si può ragionevolmente attendere che si verifichino anche in un futuro prossimo, ma quelli che, al momento, sfuggono alla previsione.

In nome dell'emergenza sono stati, così, conati nel tempo numerosi istituti nei diversi settori del diritto: lo stato di guerra, tipico del diritto internazionale; la legittima difesa e lo stato di necessità, per il diritto penale; lo stato di pericolo nella fase di conclusione del contratto, per il diritto civile; i provvedimenti cautelari speciali, per il diritto processuale civile; lo stato d'assedio, la decretazione d'urgenza e le ordinanze di necessità, tipici dei diritti costituzionale ed amministrativo.

In definitiva, il diritto del rischio è un diritto orientato al futuro, non nel senso che esso mira a orientare comportamenti futuri, ma nel senso più profondo che il contenuto della regola giuridica non è determinato dall'esperienza passata bensì da ciò che potrebbe avvenire in futuro.

4.- Il diritto amministrativo dell'emergenza.

Nel diritto amministrativo, i concetti di rischio e di emergenza sono strettamente connessi e vengono a volte utilizzati come sinonimi. E' stato lucidamente osservato⁴⁸ che la contiguità tra i due termini può essere compresa se si pensa a tre possibili ipotesi di relazione tra essi:

1) l'emergenza è il frutto di un evento assolutamente imprevedibile (ipotesi comunque rara, giacché le scienze sono oggi in grado di calcolare il rischio legato ad attività naturali e ad attività umane, e quindi di offrire un calcolo probabilistico del suo verificarsi);

2) l'emergenza può presentarsi come il risultato di un'attività rischiosa ma autorizzata dall'amministrazione sulla base di specifiche norme (si tratta del rischio che produce l'emergenza, ipotesi che si realizza quando, dopo aver valutato il rischio, l'amministrazione abbia autorizzato lo svolgimento di un'attività in applicazione di norme o di regole tecniche che ne ritengono

⁴⁸ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 12.

accettabile una certa dose): in questo caso, se l'evento dannoso si verifica sarà il legislatore a intervenire per alzare le soglie di previsione del rischio;

3) l'emergenza è il frutto di una carenza dell'amministrazione. Detta ipotesi si verifica quando, pur in presenza di norme o di atti amministrativi generali che prevedono il rischio, l'amministrazione abbia agito in maniera illegittima (autorizzando un'attività non autorizzabile) o non abbia ben controllato l'applicazione delle norme stesse; nonché quando l'emergenza sia provocata dalle inadempienze dell'amministrazione che non applica le norme in maniera adeguata (è il caso dell'emergenza rifiuti o dell'emergenza traffico, frutto dell'incapacità di amministrare).

Le modifiche cui il diritto amministrativo va incontro per il fatto di trattare situazioni caratterizzate dall'insicurezza, anziché basarsi su conoscenze fondate sull'esperienza sono state messe in luce, particolarmente, dalla dottrina giuridica tedesca⁴⁹.

Secondo Udo Di Fabio, per decidere quale rischio sia da evitare e quale possa essere invece accettato dalla società (c.d. rischio residuale) il legislatore deve procedere a complessi bilanciamenti⁵⁰, che assumono una forma diversa da quelli classici, familiari ai giuristi, dal momento che non si risolvono in un confronto tra beni giuridici, ma in una ponderazione tra il noto e l'ignoto, tra rischi possibili e vantaggi potenziali. Ciò rende estremamente difficile, ad esempio, il controllo del rispetto del principio di proporzionalità: se, cioè, non si conosce esattamente quale possa essere il danno o quali ne siano esattamente le cause, come si può valutare se l'intervento pubblico è necessario o se i suoi costi sono giustificati?⁵¹

Nello stesso solco, la possibilità di trarre regole per il futuro dall'esperienza del passato, disciplinando così il noto per l'ignoto, è affermata anche da Salvatore Pugliatti, il quale osservava che, a rigore, si deve avere

⁴⁹ Sembra che soltanto L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Centrali nucleari e sostanze cancerogene negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1986, *passim*, affronti il tema delle decisioni amministrative adottate in condizioni di incertezza scientifica, che per il resto non ha ad oggi formato, in Italia, oggetto di studi sistematici.

⁵⁰ U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, cit.

⁵¹ H.H. TRUTE, *From past to future riskform private to public law*, in *Revue Européenne de droit public*, 2003, 90 ss.

riguardo unicamente alle conseguenze immediate, e quindi al rapporto diretto dal noto all'ignoto: "in sostanza si tratta del risultato di un procedimento deduttivo autorizzato da una esperienza stabilizzata: la constatazione ripetuta di un rapporto che nella ripetizione appare costante, si assume come regolare e, per generalizzazione non illegittima, si apprezza come necessario". Il diritto positivo ammette l'impiego di tale procedimento deduttivo attribuendo, anzitutto, alla prudenza del giudice, la facoltà di riscontrare la regolarità nel caso concreto, in sostanza cioè di "formulare la regola costitutiva del rapporto tra l'antecedente noto e la conseguenza ignota"⁵².

La stessa decisione amministrativa non si fonda più sulla razionalità della conoscenza passata ma sull'incertezza del futuro, non mira ad eliminare l'incertezza, ma a trattarla in modo produttivo e razionale attraverso il procedimento, ed in condizioni di incertezza occorre "tentare di mantenersi aperte le possibilità di cambiare le premesse"⁵³. L'ordinamento giuridico reagisce così alla precarietà delle conoscenze disponibili con l'impiego dichiarato della strategia della flessibilità e della proceduralizzazione.

In quest'ottica, il diritto amministrativo chiamato a regolare l'incertezza assume in linea di massima le seguenti embrionali caratteristiche:

- perdita di definizione della fattispecie normativa con dilatazione dei compiti dell'organo esecutivo di attuazione, cui è demandato il compito di determinare caso per caso il livello di rischio accettabile alla luce dei risultati più recenti ed affidabili del progresso scientifico e tecnico;

- frequente ricorso a concetti giuridici indeterminati⁵⁴, quali lo "stato della scienza tecnica" o "le migliori tecnologie disponibili";

⁵² S. PUGLIATTI, *Voce Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 103, il quale afferma la validità di siffatto procedimento a proposito del regime delle presunzioni, ed a tal fine menziona RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni*, Torino, 1890, 7, che sullo stesso orientamento a sua volta cita MITTERMAIER).

⁵³ N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, *op. cit.*, 179. In campo ambientale sottolinea l'opportunità di mantenere aperte "il maggior numero possibile di opzioni alternative" C.R. SUNSTEIN, *Irreversibility*, www.ssrn.com.

⁵⁴ G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1164, ricorda che i concetti giuridici indeterminati sono "gli organi respiratori dell'ordinamento, nel senso che permettono l'inserimento in esso di precetti attraverso una valutazione *ad hoc* operata dall'interprete che tiene conto della evoluzione sociale, di nuove acquisizioni tecnico-scientifiche, di nuove esigenze, del mutare del costume". La legge però non può determinare interamente

- istituzione di autorità scientifiche con compiti di alta consulenza (ad esempio: l’Autorità europea per la sicurezza alimentare; l’Agenzia europea per i medicinali; l’Agenzia europea per le sostanze chimiche) cui si attribuisce, oltre a funzioni di comunicazione e informazione, il compito di procedere alla valutazione scientifica dei rischi nel rispetto di criteri dettagliatamente disciplinati dalla norma;

- fissazione di regole che indicano un metodo di valutazione scientificamente corretto per arrivare alla decisione corretta piuttosto che fornire parametri sostanziali di decisione;

- temporaneità delle decisioni (e costante possibilità di una loro revisione) come conseguenza delle condizioni di incertezza in cui sono prese;

- creazione di regole sul procedimento strutturate in modo tale da garantire l’acquisizione di nuove conoscenze nel corso del processo decisionale.

La natura transitoria e flessibile del diritto e la sua proceduralizzazione, effetti dell’arretramento della soglia dell’intervento pubblico ad un momento in cui non si dispone di conoscenze adeguate, rappresentano una frattura rispetto al modello classico liberale del controllo dei rischi, espressione di una società caratterizzata dalla fiducia nel progresso, in cui l’assunzione del rischio è associata alla libertà e all’innovazione, ed in cui la conoscenza e l’esperienza marcano il confine tra libertà individuale e intervento pubblico (confinato nei limiti della stretta necessità), tra rischio legittimo e illegittimo⁵⁵.

la disciplina, ma deve piuttosto “conferire al livello amministrativo idonei poteri di adeguamento tempestivo supportati dalla disciplina -in continua evoluzione- di conoscenze e dati tecnici sulla realtà da tutelare (1165).

⁵⁵ H.H. TRUTE, *From past to future riskform private to public law*, cit., 81 ss. M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l’evoluzione dall’amministrazione dell’emergenza all’amministrazione precauzionale*, cit., 3-4, nota come la confidenza nelle capacità scientifiche tipica del positivismo portasse alla centralità della legge quale presupposto ideale per le politiche sanitarie, “con un concorso equilibrato tra legislazione e amministrazione”. Questo equilibrio si rompe a seguito della crisi delle certezze scientifiche e dell’affermarsi del principio di precauzione, a tutto vantaggio dell’amministrazione. Il passaggio ad una “amministrazione precauzionale”, nota l’Autore, segna “incisive trasformazioni del potere amministrativo, peraltro non ancora percepite appieno nella loro potenziale eversione dei tradizionali tratti dell’amministrazione pubblica. Con le misure precauzionali, infatti, è la pubblica amministrazione che forgia la fattispecie, al di fuori di un quadro legislativo che non si è ancora definito per le incertezze della scienza e per la molteplicità dei possibili effetti”.

Si può dire, più radicalmente, che vengono alterate la struttura e la funzione stessa del diritto (Luhmann parla di “deformazione”⁵⁶). Il diritto si fonda sulla continuità tra passato, presente e futuro, ed è in ragione di questa continuità che può svolgere la sua funzione fondamentale di stabilizzare le aspettative. La regola giuridica trae il suo contenuto dagli eventi passati, fissando il confine tra ciò che è legittimo o lecito e ciò che non lo è sulla base dell’esperienza, nel presupposto -come sopra meglio rilevato- che ciò che accadrà in futuro non sarà diverso da ciò che si è verificato in passato.

5.- Le tendenze comuni per l’elaborazione di nuove forme di organizzazione pubblica nel solco della società dell’incertezza e del rischio.

La mutevolezza delle situazioni del vivere quotidiano, la crescita della complessità dei sistemi sociali e delle relazioni che tra gli stessi si instaurano sono dati che concorrono ad alimentare un senso di insicurezza dei cittadini, cui gli ordinamenti tendono a rispondere con una ipertrofia normativa che si riverbera principalmente sul versante della organizzazione, con la creazione di strutture amministrative “poliformi”, nazionali ed internazionali⁵⁷.

Per prevenire e gestire il rischio, è stato nel tempo necessario creare nuove amministrazioni e ripensare quelle tradizionali, prevedendo nuovi compiti e nuove forme organizzative. Gli strumenti tradizionali, infatti, come le ordinanze di necessità ed urgenza, erano pensati per affrontare situazioni straordinarie e ben delimitate nel tempo e nei contenuti, ma non sono più sufficienti oggi per affrontare fenomeni più vasti quali quelli prodotti dalla crescita delle incertezze sociali. Le istituzioni, consapevoli della sensibilità sociale al problema del rischio, stanno rispondendo sia sul piano della prevenzione sia su quello della gestione del rischio e delle emergenze.

Emerge evidente, allora, come all’intensificarsi dei fenomeni di rischio a livello globale deve corrispondere una struttura amministrativa che, a più livelli e con diverse competenze e funzioni, sia in grado di replicare, in maniera efficiente

⁵⁶ N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, cit., 65.

⁵⁷ D. CHIAVIELLO, *L’amministrazione dell’“ordinaria” emergenza*, cit.

e veloce, alla mutevolezza e mobilità della società globale. Ciò è avvenuto per il tramite della predisposizione di strumenti normativi ed assetti di competenze che, tuttavia, in ragione della ormai stabile presenza all'interno di ogni ordinamento giuridico, stanno ridisegnando progressivamente il volto dello Stato contemporaneo e delle sue articolazioni.

Il risultato è che una miriade di soggetti pubblici si occupa a vario titolo della sicurezza dei cittadini e della prevenzione delle emergenze. Questi soggetti hanno la funzione di prevenire i rischi, sono razionalmente organizzati, ed operano in stretto collegamento tra loro secondo relazioni anch'esse tradizionali (come ad esempio il coordinamento⁵⁸). Altri soggetti, poi, intervengono nelle fasi in cui l'emergenza si è prodotta con lo scopo di affrontarla e superarla limitando, quanto più possibile, i danni.

Poiché in condizioni di incertezza il corso degli eventi futuri si può soltanto ipotizzare e le ipotesi possono rivelarsi errate, il legislatore, nel momento stesso in cui pone la regola, prevede la possibilità di un suo cambiamento. Il diritto del rischio è così visto come un diritto "a tempo", nel duplice senso che le sue norme sono soggette a revisione periodica, e che le decisioni che su quelle norme si basano sono modificabili in ogni tempo in ragione dell'evoluzione scientifica e tecnica.

In questo contesto si colloca dunque senz'altro la reimpostazione di un tema classico quale lo studio dei poteri straordinari dell'amministrazione dell'emergenza (esaminati in ordine al rispetto dell'antico principio di legalità e dei più recenti principi di proporzionalità e di precauzione), o anche l'analisi delle forme di organizzazione pubblica volte a far fronte alle varie tipologie di emergenze (sanitarie, tecnologiche, economico-finanziarie, o connesse a disastri naturali) tramite, più in particolare, il sistema istituzionale reticolare di protezione civile, su cui si tornerà *amplius* in prosieguo di trattazione.

Qui basti sinteticamente osservare che la società del rischio costituisce l'humus nel quale si innesta un modello di amministrazione dell'emergenza caratterizzato dalla ambivalente prospettiva:

⁵⁸ Su cui in particolare v. Cap. II, Sez. III, §. 3.1.

1) di una struttura reticolare di funzioni e di competenze, per l'Amministrazione chiamata a "prevenire" il rischio e le sue manifestazioni;

2) di una struttura gerarchica e "ipercentralizzata" per l'Amministrazione chiamata a gestire il fatto emergenziale.

6.- Il principio di precauzione.

Oggi le emergenze non sono più una circostanza eccezionale rispetto ad una "normalità" compiutamente disciplinata dalla legge e gestita dall'amministrazione, ma, accompagnandosi in modo costante a rischi certi o solo anche potenziali, contribuiscono a connotare complessivamente l'attuale "società dell'emergenza quotidiana endemica"⁵⁹.

Per quanto tradizionalmente gli istituti dell'emergenza amministrativa siano stati considerati forieri di "attentati" al principio di legalità e ad altri principi generali sull'amministrazione, merita sin d'ora rilevare che i recenti sviluppi comportano ben più incisive trasformazioni, peraltro non ancora percepite appieno nella loro potenziale eversione dei tradizionali tratti dell'amministrazione pubblica.

Di questo processo di alterazione del diritto conseguente al mutamento nella percezione del rischio l'affermazione del principio di precauzione rappresenta forse la maggiore manifestazione⁶⁰. Emerge, cioè, un approccio ai temi dell'emergenza preventivo e precauzionale, anziché interventi straordinari assunti solo dopo il verificarsi degli eventi. Tale evoluzione non riguarda soltanto gli strumenti giuridici utilizzabili dalla pubblica amministrazione a fronte di situazioni emergenziali, ma rimette in discussione lo stesso ruolo del principio di legalità, oltre a questioni generali come i caratteri del potere discrezionale ed il modello organizzativo della pubblica amministrazione.

Il crescere delle pretese di sicurezza ha l'effetto di espandere l'ambito dell'intervento pubblico, spingendo il legislatore ad agire in un momento in cui la

⁵⁹ M.P. CHITI, *op. cit.*, 142.

⁶⁰ Si pensi, per fare un esempio, al ruolo che il passaggio dal pericolo al rischio, cioè il considerare il danno sempre riconducibile ad un'azione umana piuttosto che ad un evento esterno può aver giocato (o giocare) nel processo di progressivo allargamento del campo della responsabilità civile.

conoscenza è ancora incerta e lacunosa. La ricerca di livelli di sicurezza sempre più alti conduce, in altre parole, ad un “consistente arretramento della soglia dell’intervento del legislatore a difesa della salute dell’uomo e del suo ambiente”⁶¹: la cura⁶² diventa “cura anticipata”⁶³, e oggetto dell’attività di prevenzione diventano non soltanto i rischi conosciuti, ma anche quelli che non si conoscono ancora, di cui semplicemente si sospetta l’esistenza.

E’ stato avanzato in dottrina, per comprendere questo nuovo modo di concepire l’amministrazione in chiave precauzionale, l’esempio degli organismi geneticamente modificati (O.G.M.)⁶⁴. Non ci sono prove che essi possano essere nocivi per la salute⁶⁵, ma il fatto che si tratti di prodotti nuovi e l’impossibilità di prevedere sulla base dell’esperienza gli effetti a lungo termine del loro utilizzo (unitamente ai timori del pubblico verso ciò che è nuovo in generale e verso le manipolazioni genetiche in particolare) hanno portato le istituzioni europee ad adottare una complessa normativa che subordina ad autorizzazione la loro immissione nell’ambiente e sul mercato, sottoponendoli a penetranti controlli preventivi e successivi (il che in molti paesi membri, inclusa l’Italia, ha condotto ad una moratoria del loro uso).

L’origine del principio di precauzione sta appunto nella crisi di queste certezze e nell’instabilità dei risultati, continuamente rimessi in discussione.

Il principio di precauzione è innanzitutto riconducibile al testo dell’art. 191 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (ex art. 174 TCE)⁶⁶.

⁶¹ P. SAVONA

⁶² In tedesco, *Sorge*.

⁶³ *VorSorge*.

⁶⁴ Sulla disciplina degli OGM si veda, *ex multis*, R. FERRARA-I.M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati: sicurezza alimentare e tutela dell’ambiente*, Padova, 2003; I.M. MARINO, *Prime considerazioni sulla disciplina “interna” di OGM e MOGM*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1451; M. GNES, *Alimenti*, in M.P. CHITI-G. GRECO (A CURA DI), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo I, Milano, 2007, 148 ss.

⁶⁵ Molti autorevoli scienziati concordano anzi nel sostenere che gli alimenti geneticamente modificati non solo non sarebbero dannosi, ma addirittura sarebbero più sicuri (in quanto più controllati) degli elementi tradizionali.

⁶⁶ Sul principio di precauzione si veda innanzitutto il fondamentale lavoro di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione del rischio*, Milano, 2005, cui si deve il primo e più significativo contributo alla ricostruzione dei contenuti del principio in parola e degli effetti inediti della sua applicazione sul diritto e sull’amministrazione del rischio, cui si rinvia anche per una completa analisi della giurisprudenza delle Corti europee e nazionali, nonché, dello stesso Autore, *Il principio di precauzione nella recente codificazione*, in CHITI M.P. URSI (A CURA DI), *Studi sul codice dell’ambiente*, Torino, 2009. Si vedano ancora M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l’evoluzione dall’amministrazione*

Esso appare assai vago e sfuggente⁶⁷, e, come ha affermato un giurista tedesco, anche coloro che generalmente lo invocano come una cosa buona, difficilmente sanno che cosa significhi o come vada implementato⁶⁸. “Agire precauzionalmente” non è solo una nuova formula lessicale delle politiche di prevenzione, dato che queste mirano ad anticipare gli effetti prevedibili di nuove iniziative, bensì implica di prendere in considerazione, prima dell’adozione di una nuova decisione, tutte le possibili implicazioni, anche quando non vi sono precise indicazioni necessariamente negative.

Come è stato ben sintetizzato dalla Corte di Giustizia europea, “si deve ammettere che quando sussistono incertezze riguardo all’esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi”⁶⁹. Analogamente per la Commissione europea⁷⁰, il principio di precauzione rende necessaria l’identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento; la necessità di una valutazione seria e preventiva del rischio in una situazione nella quale una carente informazione, l’imprecisione o la non

dell'emergenza all'amministrazione precauzionale, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 7 ss.; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e qualità dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, n. 1; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, *Dir. amm.*, 4, 2005, 754 ss.; A. ZEI, *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. 2008, III, 670; F. MERUSI, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog*, in *Foro amm.*, 2001, 223; G.D. COMPORI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 215; D. IELO, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della precauzione: la macrovigilanza prudenziale*, in *Le Regioni*, 2, 2010, 215 ss.

⁶⁷ SCOTT-VOS, *The juridification of uncertainty: observations on the ambivalence of the precautionary principle within the Eu and the WTO*, in JOERGES-DEHOUSSE (a cura di), *Good governance in Europe's integrated market*, Oxford University Press, 2000, 253, che osserva “few legal concepts have achieved the notoriety of the precautionary principle. Praised by some disparaged by others, the principle is deeply ambivalent and apparently infinitely malleable”. Mentre G. MAJONE, *What price safety? The precautionary principle and its policy implications*, 40, *J Common Mrk. Stdn* 89, 40, 2002, lo considera “an idea in search of definition”, uno “state of mind” piuttosto che un principio in grado di guidare politiche pubbliche coerenti.

⁶⁸ H.H. TRUTE, *From past to future risk-form private to public law*, in *Revue européenne de droit public*, 2003, 89.

⁶⁹ Corte di Giustizia europea 2.5.1998, causa C-157/96.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione Europea del 2.2.2000.

definitività dei dati scientifici disponibili non consenta di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione.

L'affermazione del principio di precauzione è espressione pertanto, da un lato, del superamento di una politica di gestione del rischio meramente emergenziale; dall'altro, della rilevanza assunta dal diritto europeo in tema di ambiente e salute, specie dopo l'Atto unico europeo e la recente giurisprudenza dei giudici comunitari. Anche atti di diritto internazionale⁷¹ confermano il nuovo approccio assunto dal diritto europeo.

L'amministrazione precauzionale implica l'esercizio di inediti poteri amministrativi, non predeterminati dalla legge né nei presupposti né nel contenuto. Il nuovo approccio ripropone il tema del rapporto con il principio di legalità, che comunque risulta oggi di assai più flebile rilievo.

L'esercizio del potere precauzionale non presuppone rischi noti o prevedibili con qualche certezza (altrimenti si eserciterebbe il differente e tradizionale potere di prevenzione), e la legge non può prevedere nulla circa le circostanze legittimanti le misure precauzionali. Così, un primo dato che si può registrare a proposito delle implicazioni generali che il potere amministrativo manifesta con l'amministrazione precauzionale è la "perdita di qualsivoglia ancoraggio legislativo" per l'esercizio delle misure connesse⁷². Ulteriormente, è stato osservato che le misure di precauzione hanno un carattere necessariamente preventivo e cautelare, dal momento che una volta superate o chiarite le preoccupazioni che in origine hanno giustificato il ricorso alla precauzione, le collegate misure vengono necessariamente meno o si modificano.

Può ancora aversi riguardo all'oggetto delle misure precauzionali, frutto del c.d. *test* di proporzionalità⁷³ e di un'analisi costi/benefici che, se è vero che quasi mai è prevedibile è comunque pienamente sindacabile *ex post* in sede giurisdizionale.

⁷¹ Si pensi alla "Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo" adottata in occasione della Conferenza di Rio de Janeiro del giugno 1992.

⁷² M.P. CHITI, *Il rischio sanitario*, op. cit., 151.

⁷³ M.P. CHITI, op. ult. cit., 152.

Rilevanti sono anche le conseguenze dell'affermazione del principio di precauzione per quanto riguarda il modello amministrativo. Se l'impostazione originaria implicava il ruolo primario della legge (allora solo statale) ed il centralismo amministrativo, la diversa prospettiva della "scienza debole" spiazza la possibilità di una normativa generale della materia, ponendo al suo posto in primo piano l'amministrazione e le sue scelte casistiche. Ma un'amministrazione che, a sua volta, ha perso un vero "centro" a seguito dell'affermazione del pluralismo e del sistema amministrativo "a rete", ed ove tendono a prevalere organismi tecnici ed indipendenti sia in sede comunitaria (come il sistema delle agenzie, ad esempio nel settore dell'alimentazione e della prevenzione delle malattie) che nazionale (ad esempio il Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie⁷⁴), in una logica di sussidiarietà "ascendente"⁷⁵ (Corte cost., n. 303/2003) e di integrazione.

Infine, dal punto di vista del procedimento amministrativo il principio di precauzione implica un'istruttoria particolarmente accurata in cui, accanto alle normali verifiche sui dati di fatto e di diritto rilevanti nella fattispecie, siano considerate le possibili implicazioni rischiose, anche solo ipotizzabili.

Con l'estendersi del campo di applicazione del principio di precauzione anche oltre i settori inizialmente previsti, in virtù della sua qualificazione quale principio generale di diritto sembrerebbe non cambiare nulla rispetto all'impostazione tradizionale per le situazioni davvero imprevedibili ed eccezionali, per le quali non si pone una questione di prevenzione né di precauzione, sebbene di provvedimenti necessari ed urgenti. Al di là di quei casi, invece, l'acquisita consapevolezza delle endemicità del fenomeno emergenziale, riassunta nella formula della società del rischio, dà vita alla prospettiva generale di prevenzione e/o di precauzione, a seconda dei rischi connessi.

Da qui, il passaggio dalle ordinanze quale diritto del caso singolo, alle misure preventive e precauzionali che esprimono politiche amministrative di

⁷⁴ legge n. 138/2004.

⁷⁵ Corte cost., n. 303/2003.

attenzione sistematica e preliminare per ogni rischio connesso all'azione amministrativa e dei singoli.

Con le misure precauzionali, infatti, è la pubblica amministrazione che forgia la fattispecie, al di fuori di un quadro legislativo che non si è ancora definito per le incertezze della scienza e per la molteplicità dei possibili effetti.

Chiarito tutto quanto sopra in via preliminare, si può adesso avviare la più stringente riflessione sul diritto positivo dell'emergenza.

Infatti, così come l'economista avvierebbe la sua indagine partendo da un'analisi sui costi dell'emergenza, allo stesso modo per il giurista non si può non cominciare dallo scrutinio della compatibilità degli istituti comunque connessi, scaturenti, derivanti e/o collegati al fenomeno emergenziale con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, e pertanto, innanzitutto, con il principio di legalità.

CAPITOLO I
IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ
ALLA PROVA DELL'AMMINISTRAZIONE DELL'EMERGENZA

SOMMARIO: §. 1. Premessa. – §. 2. L'evoluzione del principio di legalità. – §. 2.1. *Segue.* Le tre accezioni del principio di legalità. – §. 3. Principio di legalità e poteri amministrativi di ordinanza e di urgenza: un primo approccio alla questione. – §. 3.1. *Segue.* Il rispetto dei principi di tipicità e nominatività quale conseguenza problematica dell'affermazione del principio di legalità sostanziale. – §. 4. Il potere straordinario nella giurisprudenza costituzionale. – §. 5. Principio di legalità e pubblica amministrazione: potere originario o potere derivato? Il ruolo della normazione secondaria. – §. 6. Il rapporto tra potere straordinario e riserva di legge quale preludio all'esame dei rapporti tra organizzazione pubblica e principio di legalità. – §. 7. Principio di legalità e norme di organizzazione.

1.- Premessa.

Il nostro ordinamento, come quello delle altre democrazie costituzionali⁷⁶, si fonda sul principio di legalità.

Secondo la formulazione classica, la predeterminazione degli elementi di esistenza del potere amministrativo costituiva la necessaria *interpositio legislatoris* tra situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento ed effetti prodotti su di esse in conseguenza dell'esercizio del potere stesso. Nella descritta prospettiva, la legge effettuava, in astratto, una ponderazione tra più interessi in conflitto, e attribuiva prevalenza ad uno di questi, consentendo all'amministrazione di comprimere gli altri per darvi la necessaria soddisfazione⁷⁷. Stando a questa interpretazione, quindi, il principio di legalità costituisce un limite positivo per l'amministrazione: la legge dice ciò che l'amministrazione può fare⁷⁸.

⁷⁶ Per una panoramica sul principio di legalità negli altri ordinamenti v. C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat. Etudes et documents*, 1957; D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961; A. DE LAUBADERE, J.C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, I, XIV, Parigi, 1996; J. TORNOS MAS, *El principio de legalidad en la doctrina jurídica española*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 57; H. GOETZ, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Monaco, 1997.

⁷⁷ G. LOMBARDI, *Legalità e legittimità*, in *Nss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 577 ss.

⁷⁸ G.BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 277; ID., *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Cedam, Padova, 1994, 254; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., 259.

A questa concezione di amministrazione predeterminata dalla legge si contrappone l'amministrazione "delimitata" dalla legge: l'assenza di leggi non impedisce all'amministrazione di provvedere⁷⁹. Così, la definizione di una categoria di limiti all'esercizio del potere consente al giudice di sindacare l'attività dell'amministrazione nel suo concreto esercizio, ponendo ulteriori vincoli alla sua azione⁸⁰.

Con riferimento ai limiti relativi all'esistenza del potere amministrativo, il principale di essi è rappresentato proprio dal rispetto del principio di legalità, del quale occorre preliminarmente tracciare i profili generali prima di affrontare il delicato problema del rapporto tra siffatto principio ed i poteri amministrativi.

Sono state offerte nel tempo differenti definizioni di questo principio, tutte storicamente e positivamente "condizionate"⁸¹, essendo evidente l'influenza esercitata sia dal contesto storico-politico che dalle caratteristiche ordinamentali di ogni singolo sistema giuridico. Più in particolare, il significato che maggiormente rileverà ai fini del presente studio è il principio di legalità inteso quale rapporto intercorrente tra legge ed organizzazione amministrativa⁸².

2.- L'evoluzione del principio di legalità.

Il principio di legalità, che in Europa si afferma a seguito dell'emergere delle ideologie connesse alla rivoluzione, ha origini lontane. Esso nasce nella tradizione giuridica greca, in cui assume una duplice accezione: garantista, ossia necessità che l'azione pubblica sia conforme alle norme generali ed astratte; e per

⁷⁹ S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 794.

⁸⁰ E. CASSETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 210, 231 ss. Ci si riferisce alla nota distinzione tra "norme di relazione" e "norme di azione": le prime attribuiscono il potere sulla base della prevalenza degli interessi pubblici da tutelare; le altre predeterminano le modalità attraverso le quali il potere deve essere esercitato.

⁸¹ F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000, Esi, 35, rammenta che oltre a quella sopra enunciata il principio di legalità può altresì indicare la subordinazione dei supremi organi politici alla Costituzione ed il vincolo imposto dalla legge all'attività amministrativa.

⁸² G. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, *passim*.

altro verso democratica, ossia che la norma provenga da un atto che tragga “la sua forza vincolante dalla volontà dei cittadini”⁸³.

Esso costituisce in origine il nucleo essenziale della legittimità dell’azione amministrativa, intesa come conformità ad una previa regola stabilita dal legislatore. Tuttavia, questa è un’accezione che può ascriversi non soltanto alla pubblica amministrazione, ma a tutto l’ordinamento giuridico, a tutti i soggetti giuridici. Questo principio corrisponde cioè all’idea di un’amministrazione che non rappresenta un potere originario, ma derivato dalla volontà del legislatore, che è l’unico a poter garantire le libertà dei cittadini nei confronti dei possibili abusi dell’amministrazione⁸⁴.

Sotto detto ultimo aspetto, all’origine del principio di legalità c’è sempre l’esigenza di spiegare quale sia la legittimazione di un potere amministrativo che può comportare limitazioni o restrizioni della sfera giuridica privata⁸⁵. Ed in questo senso l’esistenza di una norma di legge che autorizzi il pubblico potere è stata in prima istanza considerata addirittura requisito indispensabile per la legittimazione politica del potere, come necessario fondamento della pretesa di obbedienza che esso avanza nei confronti dei cittadini.

La sua consacrazione risale però alla rivoluzione francese e si realizza tramite la teoria dello Stato di diritto, di cui non è semplice parte ma nucleo qualificante ed essenziale. E’ proprio tale teoria che porta, sul piano filosofico e giuridico, al superamento della monarchia assoluta, proclamando il principio che

⁸³ L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, Enc. giur., XVIII, Roma, Ist. Enc. It., 1990, 1.

⁸⁴ S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 195, secondo il quale il principio di legalità connota il diritto amministrativo ed indica, secondo l’opinione più diffusa, la sottomissione della pubblica amministrazione alla legge. In una prima fase storica, tale principio servì per sottoporre l’amministrazione al Parlamento, successivamente a legittimare la supremazia della legge, emanata dall’unico organo rappresentativo della volontà popolare, sull’atto amministrativo.

⁸⁵ M. WEBER, *Economia e società. I. Teoria delle categorie sociologiche*, Torino, 1999, 210, afferma che la legittimazione del potere può essere: razionale, “quando poggia sulla credenza della legalità di ordinamenti statuiti e del diritto di comando di coloro che sono chiamati ad esercitare il potere”; tradizionale, “quando poggia sulla credenza quotidiana nel carattere sacro delle tradizioni valide da sempre”; carismatica, “quando poggia sulla decisione straordinaria al carattere sacro o alla forza eroica o al valore esemplare di una persona”. In particolare, il tipo puro di potere legale si fonda su un apparato amministrativo burocratico che esercita in via continuativa funzioni di ufficio, obbedendo a regole predeterminate ed astratte, di tipo tecnico o normativo, per la cui applicazione vi è sempre bisogno di una specifica competenza. Si trae così la conclusione che “in base ad ogni esperienza, l’amministrazione puramente burocratica, cioè l’amministrazione monocratico-burocratica fondata sul principio di conformità agli atti, si presta alla più universale applicazione a tutti i compiti”, essendo il modo formalmente più razionale di esercizio del potere”.

l'amministrazione sia sottoposta alla legge e, allo stesso tempo, che sia il popolo ad esercitare la sovranità, ponendo le regole generali cui tutti, giudici, funzionari e lo stesso Capo dello Stato dovranno sottostare. L'equazione legge-volontà generale fornisce così le basi per ricondurre la legalità ad uno dei cardini dell'ideologia dominante: il principio democratico⁸⁶.

Secondo una concezione largamente diffusa, infatti, la legalità costituirebbe l'equivalente moderno del *charisma* divino⁸⁷: così come questo era ritenuto indispensabile perché il Sovrano potesse pretendere obbedienza e rispetto dai sudditi, la legalità è oggi necessaria perché il potere pubblico possa godere del consenso dei cittadini.

Tuttavia, occorre osservare che nella nostra Costituzione manca una enunciazione espressa della legalità come quella, ad esempio, contenuta nell'art. 80 primo comma del *Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca, che impone al legislatore di determinare il contenuto, lo scopo e la misura dei poteri regolamentari conferiti all'esecutivo. E ciò nonostante la giurisprudenza richieda che la legge regoli sempre i poteri conferiti all'amministrazione in modo da delimitarne la discrezionalità, in nome dei principi dello Stato di diritto.

Pertanto, quello della legalità può essere ulteriormente individuato nel principio per cui una pubblica funzione deve trovare il proprio fondamento in una norma di legge, che genericamente la autorizzi e giustifichi il vigore imperativo degli atti in cui essa si esprime⁸⁸. Tale principio, profondamente

⁸⁶ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2003, 131 ss.

⁸⁷ A. ROMANO TASSONE, *Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive. La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, 2005, vol. I, Bologna, Monduzzi ed., 181.

⁸⁸ Sul principio di legalità in generale, cfr. G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 263, il quale individua specificamente il "contenuto minimo" del principio di legalità nella clausola per cui "ogni potere giuridico deve essere previsto da una previa legge". Per altro verso, S. PAJNO, in *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, *ivi*, 2005, 508, nota 141, ha osservato che la legalità come "presupposizione legislativa" non è diversa dalla legalità come "raffrontabilità alla previa legge" (che esprime la dimensione sostanziale del principio di legalità) poiché in entrambi i casi il rispetto della sovranità popolare è riconnesso alla circostanza che il potere sia esercitato in base ad una decisione imputabile, anche indirettamente, al popolo. Si può, dunque, affermare che quando la dottrina parla di rispetto del principio di legalità da parte del potere contingibile ed urgente essa lo fa con riferimento alla classica ambivalenza garantistica e democratica che contraddistingue la conformità alla legge; nonché - anche per ulteriori riferimenti - ai contributi che su questa ambivalenza hanno insistito in tempi più recenti, tra cui soprattutto R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1991; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2001. A parte quanto sopra, pare d'obbligo il rinvio ai fondamentali lavori che hanno tratteggiato gli elementi costitutivi dell'idea della duplice valenza del principio di legalità, tra cui, in primo luogo, quelli di V. CRISAFULLI,

correlato all'idea della legge quale diretta espressione della volontà generale, vede nella funzione legislativa la più alta manifestazione della sovranità popolare, cui tutte le altre funzioni dello Stato sono quindi, in misura più o meno ampia, assoggettate.

3.- *Segue.* Le tre accezioni del principio di legalità.

Nel nostro ordinamento convivono più accezioni del principio di legalità, la cui autonoma individuazione è unanimemente riconosciuta ma la cui portata è piuttosto controversa⁸⁹. Si registrano almeno tre possibili varianti del principio⁹⁰: compatibilità o non contrarietà alla legge degli atti dell'amministrazione; necessità di una base legale per l'esercizio del potere; conformità del contenuto degli atti a quanto previsto dalla legge.

Come già accennato, prima dell'avvento del c.d. Stato moderno i tre classici poteri - giudiziario, esecutivo e legislativo - erano concentrati presso un unico organo, che era il Sovrano. Questo dato appare relevantissimo, perché la riconduzione in via unitaria dei tre poteri al monarca condizionava sia i rapporti tra la legge e l'attività amministrativa, sia i rapporti tra l'attività amministrativa e l'attività giurisdizionale. Nello Stato assoluto, la c.d. attività amministrativa era esercitata da funzionari che dipendevano direttamente dal Sovrano, e che contemporaneamente esercitavano anche l'attività giurisdizionale: si registrava pertanto una evidente commistione di attività amministrativa e di attività

Principio di legalità e "giusto procedimento", in *Giur. cost.*, 1962, I, 131; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, 1984, 55 ss.; C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 83; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 91; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Roma, Istit. Enc. Ital., 1990; ID., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; S. FOIS, *Legalità*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 127 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 91. Sull'equazione legalità-legittimità-legittimazione politica, di matrice weberiana, cfr. infine SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Leipzig-München, 1932 (trad. it. parziale, *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 211 ss.); i contributi di BOBBIO, COTTA, PASSERIN D'ENTREVES in AA.VV., *L'idée de légitimité*, Paris, 1967; CASTIGNONE, *Legalità, legittimità, legittimazione*, in *Soc. Dir.*, 1977, 19 ss.

⁸⁹ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 91 ss.

⁹⁰ Oltre alla bibliografia citata alla superiore nota 9, per un approfondimento delle tre concezioni si veda anche S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1355 nonché A. TIGANO, *Garanzie dei singoli ed esercizio del potere amministrativo*, in *Impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*, 6, 1979, 325 ss..

giurisdizionale⁹¹.

Risalendo nel tempo, quindi, il potere amministrativo nasce come un potere originario del Sovrano, che lo esercitava attraverso l'apparato burocratico, attraverso i suoi procuratori; quando il potere legislativo passa invece dalle mani del Sovrano a quelle delle assemblee legislative il rapporto tra quest'ultimo ed il potere amministrativo presuppone che la legge si ritenga come un limite esterno al potere amministrativo: così, mentre il Sovrano detiene il potere, le assemblee dall'esterno lo limitano, pongono i confini. Originariamente, quindi, il principio di legalità era considerato nei termini di "non contraddittorietà dell'atto amministrativo rispetto alla legge" (è questo il primo modo di manifestarsi del principio di legalità: gli atti amministrativi possono essere emanati dalla pubblica amministrazione in forza della sussistenza di un potere originario; se tuttavia contraddicono la legge, vengono colpiti dalla sanzione di invalidità).

Questa accezione di legalità, la prima ad essere proposta dal punto di vista storico, corrisponde all'idea di un'amministrazione che può fare ciò che non sia impedito dalla legge⁹². Ciò comporta che nessun atto dell'amministrazione possa essere in contrasto con la legge, implicando altresì che in assenza dell'atto normativo l'amministrazione sia libera di agire, almeno provvisoriamente⁹³.

L'affermazione in base alla quale un atto è invalido se viola una norma imperativa è tuttavia caratteristica non solo dell'attività dell'amministrazione, ma investe un po' tutti gli atti giuridici, a partire da quelli dei privati sino a quelli dei pubblici poteri, che se per l'appunto violano la legge sono considerati invalidi.

⁹¹ Rilevando questo dato si comprende, peraltro, per quale motivo l'atto amministrativo possiede alcune caratteristiche che sono proprie della sentenza, come ad esempio l'imperatività, cioè la capacità dell'atto amministrativo di modificare unilateralmente la sfera giuridica dei destinatari. Tale eredità è giustificata dal fatto che esso era non distinguibile da una sentenza, aveva lo stesso regime giuridico delle sentenze. Oppure il carattere della inoppugnabilità, che consiste nell'impossibilità di ricorrere contro un determinato atto quando sono scaduti i termini del ricorso: l'inoppugnabilità dell'atto ricorda il passaggio in giudicato della sentenza, l'intangibilità del comando del giudice, quando l'interessato non ha reagito mediante un ricorso nei termini di decadenza (non di prescrizione) del diritto, di decadenza dell'esercizio dell'azione. Non a caso, Otto Mayer ha definito l'atto amministrativo come "la norma del caso concreto", bene, e la sentenza è a sua volta l'atto che stabilisce qual è la disciplina giuridica del caso concreto.

⁹² In tal modo la legge viene considerata un limite esterno dell'azione amministrativa e ciò si riscontra, ad esempio, nell'art. 4, disp. prel. cod. civ., il quale stabilisce che "*i regolamenti amministrativi non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge*"; e nell'art. 5 legge 2248/1865, all. E, da cui discende l'obbligo per il Giudice ordinario di disapplicare gli atti amministrativi ed i regolamenti non "conformi" alle leggi.

⁹³ L. CARLASSARE, *Legalità*, cit., 2.

Ciò perché la legge, in un sistema come quello descritto da Hans Kelsen, sta al vertice delle fonti⁹⁴. Tutto ciò che si trova ad un grado inferiore, regolamenti e atti, non deve essere difforme dalla legge, e quando si rinviene detta difformità viene colpito dalla sanzione dell'invalidità.

In definitiva, nella descritta primissima accezione l'amministrazione è libera di agire per risolvere questioni che non formano oggetto di intervento legislativo, nonché di emanare atti, anche non espressamente previsti, purché non vietati dalla legge⁹⁵.

La nascita dello Stato sociale e la successiva crisi degli Stati nazionali portano ad una rivisitazione del concetto di interesse pubblico e, di conseguenza, del principio di legalità. Se infatti, in precedenza, vigeva il "mito" dell'interesse pubblico⁹⁶, rigidamente predeterminato dalla legge ed in quanto tale perseguito dall'amministrazione, adesso, in un contesto rinnovato gli interessi pubblici si collegano agli interessi materiali non solo per la loro qualificazione normativa, ma anche per il modo in cui vengono percepiti dal soggetto decisore.

Del principio di legalità cominciano, perciò, a darsi differenti interpretazioni, tanto che è stato detto che esso diventa un concetto "a geometria variabile"⁹⁷, dai molteplici significati. Si comincia a prospettare così l'elaborazione delle tesi della "legalità formale" e della "legalità sostanziale".

Nella sua accezione di conformità formale, il principio di legalità è inteso non solo come divieto dell'amministrazione di contraddire la legge, ma anche

⁹⁴ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1956, *passim*.

⁹⁵ F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, cit., 38.

⁹⁶ M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfrattato?*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, cit., III, 914.

⁹⁷ P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriordinali e livelli di controllo*, in *Foro amm.*, 2000, 277 e ss., spec. 293-294, il quale osserva che il principio di legalità è un concetto polisenso. La legalità non può essere mera conformità alla legge, ma essa è un concetto ben più ampio, "non è quindi solo un attributo riferibile al momento della costituzione del potere, a quello della produzione giuridica (riserva di legge) o a quello dell'applicazione (osservanza delle leggi e legittimità dell'azione amministrativa) momenti questi che esprimono un modo di essere che postula il primato della legge, ma è anche un dover essere che riguarda la stessa legge e tutte le fonti (secondarie) di produzione normativa, per le quali esiste sempre un parametro di raffronto, che sarà la norma di livello superiore (legalità primaria), la Carta fondamentale (legalità costituzionale), l'ordinamento sopranazionale integrato (legalità comunitaria), i principi universali (legalità internazionale), i diritti naturali dell'uomo (legalità morale), nonché l'essenziale consenso di base (legalità democratica)".

come dovere della stessa di agire nelle ipotesi ed entro i limiti fissati dalla legge che attribuisce il relativo potere.

Questa nozione di legalità si spiega solo tenendo conto che essa è il risultato dell'enfatizzazione di un risvolto meramente formale del principio democratico: la supremazia della legge, espressione dell'onnipotenza del legislatore⁹⁸. Tuttavia, la legalità intesa in senso meramente formale finisce per conferire poteri "in bianco" all'amministrazione, vanificando così sia l'istanza garantista sia quella democratica.

Il rapporto tra la legge e la pubblica amministrazione diventa così un rapporto speciale, esclusivo, quando la legge non rappresenta più il limite esterno, ma diventa il fondamento stesso del potere amministrativo, quando si scopre che il potere amministrativo non è un potere "generato" dal Sovrano ma è un potere che promana direttamente dal popolo per il tramite della legge, quando in definitiva si instaura un sistema parlamentare in cui è la legge l'atto attraverso cui si manifesta la sovranità del popolo.

Questo passaggio dal potere del sovrano al potere del popolo attraverso la legge è avvenuto in un momento in cui l'amministrazione diventa "apparato", che in quanto tale ha bisogno di risorse, anche economiche, e non può essere più mantenuta dalle sole finanze del Sovrano. Quindi la legge non è più il limite ma il fondamento del potere, e ciò per ragioni storiche e perché istituzionalmente l'amministrazione poggia la propria legittimazione sulla volontà popolare, perché l'amministrazione diviene strumento, mezzo per realizzare i fini della collettività.

L'amministrazione, che prima era strumento a servizio del monarca non per fini pubblici ma del *princeps*, diventa strumento dei cittadini per il soddisfacimento dei bisogni e dei fini della collettività, e per questo viene munita del potere direttamente dalla legge; non è la legge che lo condiziona dall'esterno, ma è la legge che fonda questo potere, e questa rappresenta l'ulteriore evoluzione del principio di legalità secondo la sua accezione "in senso formale".

La conseguenza più rilevante derivante dall'affermazione di questa concezione è rappresentata probabilmente dal fatto che gli atti amministrativi

⁹⁸ G. LOMBARDI, *Legalità e legittimità*, cit., 577.

sono in questa fase strettamente “tipici” e “nominativi”⁹⁹, oltre alla considerazione che in diritto amministrativo non esiste un atto astratto come può essere invece il negozio giuridico e che esistono solo gli atti previsti dalla legge, e questi ultimi possono produrre solo gli effetti stabiliti dalla legge. E’ poi sempre necessaria una norma per l’esercizio legittimo del potere amministrativo, anche se l’amministrazione deve avere uno spazio discrezionale, attribuito dalla legge stessa, che si limita ad indicare l’autorità competente ad emanare l’atto.

Nella sua accezione di conformità sostanziale infine, la legalità impone la necessità che l’amministrazione agisca non solo entro i limiti di legge, ma altresì in conformità alla disciplina sostanziale posta dalla legge stessa, la quale incide anche sulle modalità di esercizio dell’azione e, dunque, penetra all’interno dell’esercizio del potere.

E’ lo stesso principio democratico, infatti, che determina la vigenza della legalità, non solo intesa come mera esigenza di una base legale (legalità formale), ma come effettiva previsione degli interessi da soddisfare. La predeterminazione degli interessi da soddisfare consente, infatti, di indirizzare l’attività amministrativa verso le scelte più conformi agli orientamenti espressi dal corpo elettorale.

In conclusione, nonostante manchi nella nostra Costituzione una formulazione esplicita del principio in esame, vari autori ritengono ugualmente sicuro o almeno sostenibile il valore costituzionale del principio di legalità sostanziale, che sarebbe implicito nel testo della Costituzione o comunque da esso ricavabile; altri invece lo negano del tutto o lo ammettono solo con riferimento ai contenuti minimi, o addirittura contestano l’esistenza stessa del principio¹⁰⁰.

Per altro verso, la differenza tra legalità e legittimità sembrerebbe abbastanza netta e sicura, nonostante l’impiego talora promiscuo dei termini, nel senso che l’una riguarderebbe l’esercizio del potere e l’altra il titolo.

⁹⁹ su cui *infra*, in questo Cap., al §. 3.1.

¹⁰⁰ L. CARLASSARE, *Legalità*, cit., 4.

A tal proposito, parte della dottrina ritiene che il rispetto del principio di legalità non richieda soltanto la conformità dell'azione amministrativa alle singole, puntuali disposizioni di legge: l'ordinamento pare, infatti, richiedere sempre più una duplice relazione di conformità degli atti dei soggetti che in esso trovano riconoscimento: conformità alle singole disposizioni di legge, conformità alla sintesi che l'ordinamento deve offrire delle diverse disposizioni poste a tutela degli interessi giuridicamente rilevanti per il mantenimento della sua unità. La conformità alle singole disposizioni di legge è garantita ed imposta dalle riserve di legge, dalle disposizioni costituzionali e di legge ordinaria poste a tutela degli interessi. La conformità alle esigenze di unità dell'ordinamento è imposta dal limite del ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico¹⁰¹.

In questa terza ed ultima ipotesi, la conformità alla norma deve essere sostanziale, nel senso che la legge non può limitarsi, come nel caso della conformità formale, a conferire il potere amministrativo, ma deve disciplinarlo compiutamente, in modo da circoscrivere la discrezionalità, predeterminandone forma e contenuto¹⁰².

4.- Principio di legalità e poteri amministrativi di ordinanza e di urgenza: un primo approccio alla questione.

Come detto, il principio di legalità riveste oggi una duplice accezione: legalità formale, ossia necessità di un fondamento dell'attività amministrativa in disposizione di legge; ma altresì legalità sostanziale, ossia effettiva previsione degli interessi da soddisfare.

Delle due possibili "declinazioni" del principio di legalità, è quella della legalità formale a mettere in seria discussione la legittimità delle norme con le caratteristiche proprie di quelle attributive del potere di ordinanza.

Esse, infatti, nella maggior parte dei casi non contengono alcun elemento idoneo a definire il contenuto del potere, limitandosi ad individuare l'organo competente, ad enunciare il presupposto di necessità ed urgenza, ad affermare la

¹⁰¹ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 429 ss.

¹⁰² F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, cit., 39.

generica capacità derogatoria delle norme vigenti ed a richiamare il rispetto dei “principi generali dell’ordinamento”¹⁰³.

Segnatamente, a venire in rilievo è la c.d. dimensione garantista del principio di legalità, la quale può essere utilmente tematizzata nella nostra prospettiva come “conformità alla previa legge”, proprio per esprimere l’idea di fondo che questa dimensione cristallizza a partire dalle sue primissime elaborazioni nel contesto teorico dello Stato liberale di diritto, ossia il convincimento che il provvedimento amministrativo deve essere sempre adottato in forza di una disciplina legislativa sostanziale che definisce i limiti del potere esercitato, perché il rispetto dei medesimi possa essere oggetto di sindacato da parte del giudice a tutela delle posizioni giuridiche soggettive del privato che si assuma eventualmente leso dall’illegittimità dell’azione amministrativa¹⁰⁴. Il principio di legalità, dunque, rileva in questa sede come principio di legalità in senso sostanziale¹⁰⁵, ovvero come “principio di giustiziabilità delle pretese verso la pubblica amministrazione”¹⁰⁶. Come insegna la lettura dei classici di Jellinek¹⁰⁷ e Laband¹⁰⁸, il compito connaturato alla legge nell’ideologia giuridica dello Stato liberale di diritto è quello materiale di limitare i diritti e le libertà individuali, liberi di esplicitarsi fino ed entro i confini segnati dal divieto legislativo, di segnare il confine tra autorità e libertà. Nella prospettiva teorica

¹⁰³ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza*, cit., 311 ss.

¹⁰⁴ A. CARDONE, *La normalizzazione dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli ed., Torino, 2011, 367.

¹⁰⁵ R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 85, che parla di “legge materiale” come insieme di norme giuridiche, distinguendo il concetto da quello di “legge formale”, come atto normativo dell’organo rappresentativo.

¹⁰⁶ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa*, cit., 113.

¹⁰⁷ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Mohr, Freiburg, 1887, 226 ss. Secondo M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione, in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la “regola del caso”*, in *Diritto amministrativo*, 2000, 149, la oggettiva lentezza che ha accompagnato l’evoluzione del contenuto e del significato del principio di legalità è da ricondursi proprio alla dottrina tedesca, in particolare al pensiero di Jellinek, che ha a lungo fortemente condizionato l’orientamento della dottrina italiana nel riconoscimento che la libertà è al di sotto della legge, ma non intesa nel senso anglo-americano, cioè che la libertà ha valore se sottoposta a regole, ma piuttosto nel senso che la libertà è sottoposta alla legge del parlamento, al volere della maggioranza. Pertanto, non c’è la garanzia che conoscono gli inglesi e gli americani, per i quali la libertà dell’individuo ha un valore superiore a quello della comunità organizzata in Stato e quindi vale anche contro la legge del parlamento. Questa esperienza non è stata recepita dal liberalismo italiano dell’800. Anzi, è stata considerata come qualcosa di estraneo ed i pensatori che si definivano liberali, come appunto Jellinek, ironizzavano nei confronti di queste teorie che invece erano considerate in Inghilterra e soprattutto negli Stati Uniti.

¹⁰⁸ P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, Mohr, Tübingen, 1911, 1 ss.

dell'ordinamento liberale borghese, da cui trae origine e si alimenta la concezione della legalità come “conformità alla previa legge”, infatti, l'autonomia privata è la regola e la limitazione legislativa l'eccezione.

L'orientamento tradizionale sembra ineluttabilmente destinato a cedere il passo a favore del fenomeno policentrista, che ha caratterizzato il nostro ordinamento pubblico, e sia dell'affermazione della figura del “cittadino-utente”.

La rilevanza della problematica delle relazioni concettuali tra potere *extra ordinem* e principio di legalità in senso sostanziale è massima per l'evidente ragione che il carattere tendenzialmente atipico delle ordinanze contingibili ed urgenti impedisce al legislatore di definire con precisione il contenuto dell'atto e, quindi, i limiti del potere, privando l'eventuale controllo giurisdizionale di un diretto e circostanziato parametro legislativo.

Nasce, dunque, il problema di capire se il potere di ordinanza possa ritenersi sottoposto alla legge, pur essendo capace di derogare alla legge stessa. Esaminando la dottrina, si nota come le possibili soluzioni al problema siano molteplici e differenti tra loro.

E' stato osservato a tal proposito che esistono due possibili prospettive per considerare la relazione sussistente tra il principio di legalità e le ordinanze di necessità ed urgenza¹⁰⁹.

Da un lato, si può dare per presupposto il principio di legalità e domandarsi se, in che misura ed a quali condizioni le ordinanze in questione siano compatibili con tale principio. Questo rappresenta l'approccio più classico, cui si riporta tradizionalmente la riflessione giuridica in materia. Esso prende le mosse dall'assunto secondo cui le ordinanze rappresenterebbero una deroga al principio di legalità quale si esprime in particolare nel principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi: tali atti amministrativi, poiché non hanno né contenuto né effetti predeterminati dal legislatore ed anzi possono avere contenuto ed effetti più vari, volta in volta stabiliti a discrezione dell'amministrazione emanante, costituiscono l'esempio più appariscente di

¹⁰⁹ L'efficace ricostruzione è di M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, saggio destinato agli *Scritti in onore del Prof. Alberto Romano*, pubblicato su www.giustamm.it il 24.1.2011.

violazione del principio di tipicità¹¹⁰. Nella ricostruzione dottrinale, quest'assunto svolge la funzione di restringere il più possibile l'ambito di applicabilità delle ordinanze, viste come un male necessario da contenere entro limiti ristrettissimi e rigidi.

Nella stessa prospettiva, alcuni Autori hanno evidenziato che le ordinanze di necessità costituiscono un'eccezione alla regola generale della subordinazione dell'attività amministrativa alla legge che opera quando, in straordinarie e particolari situazioni in cui manchi la norma materiale *ad hoc* per la risoluzione del conflitto di interessi, sia comunque necessario provvedere dato lo stato di necessità ed urgenza¹¹¹.

L'attività dispositiva o creativa della pubblica amministrazione -nel senso che l'organo amministrativo non esegue, non attua una norma preesistente, ma dispone, mediante una normazione particolare, originaria, diretta ed occasionale posta dallo stesso amministratore¹¹²- costituirebbe una deroga alla normale attività che di regola si attua secondo il principio di legalità¹¹³ (in forma subordinata alla legge).

La suddetta attività è pertanto straordinaria e derogatoria (innanzitutto rispetto al principio di riserva di legge), può essere esercitata dagli organi amministrativi nei casi tassativamente indicati dall'ordinamento ed ha il suo titolo legittimante nel c.d. potere amministrativo di ordinanza, cioè in quel potere che il legislatore ha attribuito ad alcuni organi amministrativi espressamente indicati, "di creare il diritto per il caso singolo, limitatamente a quelle situazioni di necessità ed urgenza per le quali nessuna norma può provvedere"¹¹⁴. Si

¹¹⁰ Per questo tradizionale inquadramento del fenomeno cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, 73, 596; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1993, 706; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2005, 41-42; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, IV ed., Bologna, 2007, 83; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Milano, 2007, 339; S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2010, 299 ss.

¹¹¹ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 103.

¹¹² L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, Giuffrè, 1953, 9; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, 117.

¹¹³ M. AIMONETTO, *Le ordinanze del Sindaco*, Rimini, 1991, Maggioli, 271.

¹¹⁴ G. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, 1953, 19.

tratterebbe quindi di una vera e propria creazione del diritto operata in deroga al principio di legalità.

Dall'altra prospettiva, le ordinanze di necessità ed urgenza costituirebbero il "caso-limite", l'eccezione a partire dal cui estremo si può comprendere la normalità rappresentata dal principio di legalità. La ragione stessa della legittimità di queste ordinanze rivelerebbe che si è in presenza non di una semplice deroga al principio di legalità, ma di "un diverso modello di giuridicità dell'azione amministrativa rispetto a quello fondato sul principio di legalità"¹¹⁵.

Questa ricostruzione si afferma perché si considera non più appagante la concezione delle ordinanze come deroga al principio di tipicità. La tipicità non imporrebbe uno schema identico per ogni atto amministrativo, non determinerebbe una regolazione assoluta e completa della fattispecie, non reclamerebbe che tutti gli elementi fondamentali di un provvedimento debbano trovare una loro disciplina nella norma, ma è modulata in relazione alla specifica tipologia di potere amministrativo che viene in rilievo nel caso di specie. La constatazione della varietà delle norme attributive del potere porta a concludere che vi siano diverse condizioni di tipicità, perché il rapporto tra legge e amministrazione si attegga in maniera peculiare in relazione ad ogni specifico potere amministrativo e ad ogni singolo tipo di atto¹¹⁶.

Secondo questa ultima interpretazione, il potere di ordinanza non subirebbe una predeterminazione normativa degli effetti che è in grado di produrre, stante la funzione che deve assolvere e il carattere straordinario. Per sostenere siffatta teoria, si fa altresì leva sulla considerazione che il legislatore, mentre in passato ammetteva il carattere *extra ordinem*, di recente tende a mascherarlo "sotto un velo di apparente tipicità"¹¹⁷, formalmente ossequioso delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale¹¹⁸ ma diretto a giustificare la discussa normalizzazione del potere di ordinanza.

¹¹⁵ M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit.

¹¹⁶ C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA*, 2005, Milano, 5 ss.

¹¹⁷ M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit.

¹¹⁸ Secondo cui si devono conferire poteri "ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio" (Corte cost., 14 aprile 1995, n. 127).

In questa seconda ipotesi, il problema del contrasto tra potere di ordinanza e principio di legalità non sussisterebbe. Il fondamento, infatti, di tale potere non deve essere necessariamente ricercato in una specifica norma, dal momento che è insito nel più generale potere attribuito all'amministrazione per la cura di un interesse pubblico e opera come continuazione del potere amministrativo ordinario; in secondo luogo, tale potere sarebbe limitato dal rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti, delle riserve assolute di legge, dei principi di uguaglianza e di buon andamento, nonché dei principi generali dell'ordinamento giuridico, compreso il principio di precauzione.

Ricondurre, tuttavia, il potere di ordinanza ad un generale potere amministrativo ordinario non fondato su una previa norma comporta la grave conseguenza di intendere la legalità al massimo come limite esterno, e mai come fondamento di un potere amministrativo che trova in sé stesso la giustificazione del proprio agire¹¹⁹.

Un ulteriore orientamento tenta di collocare le ordinanze contingibili ed urgenti in uno sfondo teorico diverso da quello nel quale rivive il contrasto con il principio di legalità. Lo sfondo è dato dall'idea di una diretta applicabilità della Costituzione, capace, per un verso, di superare il principio di legalità come raffrontabilità ad una previa legge, anche per il "declino dei modelli democratici basati sulla rappresentanza" seguito all'affermazione del principio pluralistico, e per l'altro, in positivo, di sostenere una "doppia coestensività tra amministrazione e Costituzione": il potere di ordinanza equivarrebbe allora ad un "perseguimento di fini ordinari in situazioni eccezionali", e ad un "canale privilegiato" per attuare finalità costituzionali in tali situazioni.

Le suddette teorie giungono comunque alla conclusione di negare o di fortemente ridimensionare la sussistenza di un contrasto del potere di ordinanza col principio di legalità.

Il potere d'urgenza della pubblica amministrazione è dunque ritenuto il confine tra libertà ed autorità, da ricondurre nell'alveo del principio di legalità.

¹¹⁹ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreto-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, relazione tenuta al Convegno del gruppo S. Martino, Università di Milano Bicocca, 13 novembre 2009, su *Recenti novità nell'uso dei poteri normativi del governo*, 6 e ss.

La principale differenza tra un comune provvedimento amministrativo e un'ordinanza deriva dalle norme che li prevedono: le norme attributive del potere di ordinanza non sono di per sé derogatorie, ma legittimano l'amministrazione ad utilizzare tale potere derogatorio, mentre le norme che legittimano altri provvedimenti amministrativi derogatori devono prevedere deroghe specifiche e puntuali¹²⁰.

Pur se la nozione di urgenza si presenta tuttora come un concetto indeterminato, la scienza giuridica e la giurisprudenza hanno contribuito a definire funzioni e limiti di quel particolare tipo di potere d'urgenza che è il potere di ordinanza¹²¹.

Esiste un potere di emergenza/urgenza che risponde all'esigenza di salvaguardare l'ordine sociale che trova il suo fondamento nelle norme costituzionali e nei principi di diritto. Tale potere, pur esprimendosi in forme autoritarie, è contenuto nei canoni della legalità dalle norme (legalità formale) e dai principi del diritto (legalità sostanziale). Esso appartiene all'esecutivo, inteso come l'insieme del governo e dell'amministrazione, ed è temperato dalle garanzie che l'ordinamento impone per il suo uso¹²².

Anche se il potere di emergenza/urgenza si estrinseca in un modo apparentemente contraddittorio con i principi di un'amministrazione aperta, paritaria e imparziale, si tratta pur sempre di un potere legale e necessario proprio per assicurare la tutela dei diritti delle persone. Necessità, autorità e legalità viaggiano insieme su un comune crinale, e il potere di emergenza deve essere accompagnato da garanzie che evitino una possibile degenerazione verso forme di autoritarismo.

¹²⁰ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino ed., 2008, 104.

¹²¹ M. GNES, *Limiti e tendenze dei poteri d'urgenza*, in *Annuario 2005*, Milano, 2006, Giuffrè, 212. Si veda, nell'ambito di una vasta letteratura, G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss. (oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 169 ss.); M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, 389 ss.; G. GALATERIA, *op. cit.*; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. It.*, 1956, I, 1, c. 863; C. GALDENZI, *Il Consiglio di Stato si oppone ad una "ordinarizzazione" dei poteri di emergenza*, in *Riv. giur. Amb.*, 2003, 576 ss.; A. GANDINO, *I limiti al potere di ordinanza in materia di protezione civile con riferimento alla nozione di gestione dei rifiuti*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 445 ss.

¹²² A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008, 15.

In definitiva, sull'ammissibilità nel nostro ordinamento di provvedimenti *extra ordinem* adottati da autorità amministrative si è molto dubitato in dottrina, sino al punto di ritenere decadute le norme attributive del potere di ordinanza di necessità; infatti, queste norme non troverebbero più un valido fondamento in Costituzione, avendo questa circoscritto in modo preciso le sfere di competenza normativa primaria, di modo che le ordinanze di necessità, che regolano casi non contemplati dal diritto, si porrebbero come norme di produzione giuridica.

A parte la considerazione dell'utilità che ancora possono rivestire nell'ordinamento giuridico i provvedimenti mediante i quali è consentito provvedere a casi eccezionali non previsti dalla legge, l'ammissibilità e la legittimità delle ordinanze di necessità può preliminarmente ritenersi ancora ammessa, tenendo presente, come si vedrà meglio *infra*, che esse "sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità; la potestà di ordinanza è perciò una potestà di creare provvedimenti atipici al di fuori della previsione normativa, e, pertanto, sotto tale profilo, necessariamente derogatori, senza tuttavia che ciò possa significare che il titolare del potere di ordinanza abbia una assoluta libertà di scelta"¹²³.

5.- Segue. Il problema del rispetto dei principi di tipicità e nominatività quale conseguenza problematica dell'affermazione del principio di legalità sostanziale.

I poteri straordinari della Pubblica Amministrazione incontrano, nel loro concreto esercizio, diversi limiti che pongono al riparo dai poteri pubblici sia l'ordinamento costituzionale sia le posizioni giuridiche soggettive dei cittadini. I limiti di un qualsiasi potere dell'amministrazione possono essere suddivisi in due categorie: quelli attinenti alla sua esistenza e quelli attinenti al suo esercizio.

Il problema del coerente inquadramento degli atti contingibili ed urgenti va rinvenuto nel problema di individuare un meccanismo, compatibile con il

¹²³ M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 324.

sistema costituzionale delle fonti, in grado di giustificare l'esistenza di atti della pubblica amministrazione in grado di derogare alla legge¹²⁴.

L'attribuzione del potere di ordinanza, definito una "valvola di sicurezza" dell'ordinamento¹²⁵, rinviene il proprio fondamento logico nel fatto che l'ordinamento giuridico, pur prevedendo e regolamentando moltissime situazioni di necessità ed urgenza, non può disciplinare compiutamente tutti i casi, per cui in tali situazioni, ove l'autorità non fosse dotata del potere di ordinanza, si troverebbe costretta o a non agire per non violare il principio di legalità, oppure ad agire illegittimamente, per porre rimedio alle situazioni medesime.

Pertanto, si è per lungo tempo ritenuto che il potere di ordinanza si manifestasse nella deroga ai due principi fondamentali che regolano l'attività amministrativa: il principio della riserva di legge e quello della tipicità o nominatività degli atti amministrativi.

Molto stretti appaiono i rapporti intercorrenti tra il principio di legalità e la riserva di legge, che taluno in dottrina ha addirittura finito per identificare sul presupposto che l'insieme delle riserve di legge previste dalla Costituzione esaurirebbe l'ambito di applicazione del principio di legalità. Con riferimento alla deroga perpetrata dal potere di ordinanza al principio di riserva di legge giova quindi rinviare ad un successivo momento i necessari approfondimenti¹²⁶.

Con riferimento invece al rapporto intercorrente tra potere di ordinanza e principio di tipicità e nominatività degli atti amministrativi, può osservarsi innanzitutto che, come già visto, il principio di legalità impone che la legge individui con una certa precisione tutti gli interessi in gioco per vincolare l'agire

¹²⁴ A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli ed., cit., 62.

¹²⁵ Anche in questo caso, la celebre definizione è di M.S. GIANNINI, in *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, 102 nonché in ID., *Diritto amministrativo*, cit., 267, ed è stata successivamente ripresa, tra gli altri, da U. GARGIULO, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1954, 67; e da M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.*, 1962, 105.

¹²⁶ Sulla riserva di legge in materia di amministrazione, cfr. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; ID., *Legge (riserva di)*, *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; S. FOIS, *Legalità*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659 ss.; DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969; S. NICCOLAI, *Riserva di legge e organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 3304; G. CORREALE, *Riserva di legge e potere di organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1984, 2239.

dell'amministrazione, riconducendolo dalla sfera della libertà di azione a quella della discrezionalità. Ciò comporta due distinte conseguenze: da una parte è necessario che la legge predefinisca le modalità di espressione del potere e gli elementi che lo caratterizzano; dall'altra, è necessario che la legge determini a priori le vicende giuridiche producibili attraverso l'esercizio del potere, e in particolare le modificazioni che questo potrà produrre sulla sfera giuridica soggettiva dei suoi destinatari.

La prima delle esigenze esposte è qualificata dalla dottrina come principio della "nominatività" degli atti amministrativi: l'amministrazione è vincolata, per il conseguimento dei suoi obiettivi a ricorrere agli schemi procedurali individuati in generale dalla legge. Essa appare soddisfatta dalle ordinanze di necessità ed urgenza: provvedimenti espressamente previsti dall'ordinamento ed adottabili solo in presenza di determinati presupposti¹²⁷.

La seconda invece, qualificata come principio di tipicità, anch'esso diretta espressione della legalità - segnatamente di quella intesa in chiave di conformità formale -, può essere definito come "predeterminazione in legge della vicenda giuridica prodotta dall'esercizio del potere"¹²⁸.

Ciò premesso, i modelli ricavabili da dottrina e giurisprudenza in relazione al contenuto del principio di tipicità non contribuiscono a fare chiarezza, essendo tra i più diversi¹²⁹: un esempio per tutti può essere individuato nei piani regolatori, e nei relativi criteri (per vero spesso di troppo larga massima) che si utilizzano per discriminare le clausole "accidentali" opponibili o non opponibili ad un determinato tipo di provvedimento.

¹²⁷ E. CASSETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 339.

¹²⁸ E. CASSETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 339. Va peraltro ricordato l'orientamento dottrinale che nega la tipicità come caratteristica generale degli atti amministrativi, sottolineando l'esistenza di numerosi atti difficilmente inquadrabili negli schemi definiti dalla legge, in P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 39.

¹²⁹ Cfr., con varietà di posizioni: M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, cit., in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 319 ss.; L. PISCITELLI, *Sulla nozione di tipicità dell'atto amministrativo*, Genova, 2003, in particolare sui vari profili della tipicità (in senso strutturale ed in senso funzionale, in senso debole ed in senso forte) e per una accurata disamina critica delle varie tesi in proposito e delle applicazioni giurisprudenziali, nonché per la distinzione dal principio di nominatività; B. CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, III, Padova, 1993, 35 ss.; F. SATTA, *Atto amministrativo. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 395-396; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 253-254.

Non a caso, a tal proposito, Giannini rilevava come “la tipicità non determini una regolazione assoluta e completa della fattispecie, ma attenga solo alla presenza, necessaria, di talune situazioni e/o al contenuto sempre necessario di talune di esse”¹³⁰. Ad ogni modo, pare condivisibile l’opinione secondo cui il fondamento della tipicità andrebbe ravvisato negli stessi principi costituzionali relativi allo svolgimento dell’attività amministrativa¹³¹.

Un altro Autore ha recentemente osservato che il principio di tipicità significa “connessione fissata dalla normativa tra i vari elementi dell’atto e la predeterminazione degli effetti che esso può produrre”¹³². La tipicità implicherebbe, pertanto, che la legge, all’atto dell’attribuzione all’amministrazione di quel particolare potere, debba stabilire i presupposti, il procedimento, gli effetti, e dunque stabilirne la funzione specifica.

Cosicché, se per i provvedimenti destinati ad incidere sfavorevolmente nella sfera giuridica dei destinatari è il principio di legalità a fondare la regola della tipicità, per i provvedimenti che dispongono in modo favorevole nei confronti della sfera giuridica dei destinatari tale regola discende dalle esigenze di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa.

La tipicità comporta quindi che le varie categorie di provvedimenti siano identificate dalle norme disciplinatrici dei relativi poteri e non rimesse all’autonomia dell’autorità amministrativa.

Detto principio, però, non sta a significare esclusione di ogni potere implicito, tanto più che l’attribuzione del potere può avere un grado di non compiuta determinazione, ma piuttosto vuol dire che l’attribuzione di tale potere deve essere ricavata non dal criterio finalistico, ma dal sistema normativo in cui questo potere si radica¹³³.

¹³⁰ M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, cit., 320-322.

¹³¹ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, 2 ed., Milano, 1983, 140-142, che ricollega la tipicità direttamente all’art. 1 della Costituzione, oltre che all’art. 97 per la materia organizzativa, all’art. 23 per le prestazioni imposte ed all’art. 53 per la materia tributaria, nonché, in termini più generali, all’insieme delle disposizioni in materia di tutela delle situazioni soggettive.

¹³² G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4/2007, 735.

¹³³ G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, 736.

A parte ciò, il principio di tipicità sembra superato sotto un altro profilo: spetta alla legge predeterminare i vincoli cui l'amministrazione è sottoposta nell'adozione degli atti autoritativi¹³⁴. La legittimità degli atti della P.A., è strettamente dipendente dal rispetto delle regole procedimentali, poste a tutela dei principi di buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa, così come degli interessi degli amministrati.

Occorre comunque osservare che la distinzione fra tipicità e nominatività non sempre è stata approfondita dalla dottrina; difatti, i due termini ricorrono spesso come sinonimi. Tuttavia, le definizioni qui accolte paiono particolarmente adatte alla natura del potere in esame. In base ad esse, infatti, è possibile introdurre la riflessione sulla qualificazione giuridica delle ordinanze di necessità ed urgenza, che rappresenterebbero provvedimenti nominati ma non tipici.

Per comprendere quanto fin qui affermato, si pone un esempio concreto.

Per costante giurisprudenza¹³⁵, il potere esercitabile dal Sindaco ai sensi dell'art. 54 T.U.E.L. (D.Lgs. n. 267/2000) presuppone una situazione di effettivo pericolo, da esternare con congrua motivazione, che non possa essere affrontata con nessun tipo di provvedimento, e tale da risolvere una situazione comunque temporanea. L'ordinanza sindacale contingibile ed urgente di cui all'art. 54 co. 2, prevista per fronteggiare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini, non può essere quindi utilizzata per soddisfare esigenze prevedibili ed ordinarie.

Quando la legge, per consentire all'amministrazione di fare fronte a situazioni non prevedibili né tipizzabili, non precisa quali siano gli elementi (contenuti, presupposti diversi, oggetto) del provvedimento, limitandosi ad attribuire il potere di adottare le misure "adeguate" o "necessarie", si verte in tema di ordinanze di necessità ed urgenza.

Esse costituiscono, pertanto, una deviazione rispetto al principio di tipicità, accentuata dal fatto che spesso i provvedimenti di tale tipo possono derogare alla disciplina vigente e sono normalmente suscettibili di esecuzione forzata (l'eventuale inottemperanza del destinatario importa, infatti, l'esecuzione

¹³⁴ E. CASSETTA, *Compendio*, cit., 274.

¹³⁵ V. per tutte Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2006, n. 1537.

d'ufficio, con addebito a questi delle spese occorse a ricondurre il titolare del diritto entro la sfera giuridica che l'ordinamento protegge).

Tra i limiti a tale pur consentita deviazione esiste, oltre il limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento, l'urgenza e la provvisorietà, anche la natura residuale dei provvedimenti in questione, cioè la mancanza di altri poteri tipici (quale quello repressivo di tipo urbanistico-edilizio).

Di conseguenza, la tipicità in relazione al contenuto parrebbe non imporre uno schema identico ad ogni atto; essa si modella secondo un criterio di proporzionalità fra tipo di presupposto del potere ed interessi da tutelare. In questo senso, gli stessi limiti che la Corte indica come aspetti non derogabili potrebbero essere considerati l'esplicazione del parametro della tipicità in relazione a questo tipo di potere¹³⁶.

Una parte della dottrina ha ritenuto¹³⁷ che il carattere precipuamente peculiare del potere di ordinanza sarebbe la atipicità di contenuto¹³⁸, nel senso che esso opera al di là ed al di fuori di quello che il principio di legalità di per sé esigerebbe dalla norma attributiva del potere (vale a dire, perlomeno l'indicazione di quel che l'autorità con i propri provvedimenti può concretamente imporre agli amministrati), giacché con esse è la stessa amministrazione che individua con ampia autonomia ciò che sarà necessario che i destinatari compiano o sopportino nel nome del pubblico interesse.

In virtù del potere di ordinanza, l'amministrazione può incidere in modo estremamente vario sulle posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento. I diritti che i provvedimenti di necessità e di urgenza possono ledere si estendono dalla proprietà ai numerosi diritti di libertà. Questa caratteristica del potere di ordinanza si pone in contrasto con il principio di tipicità degli atti amministrativi¹³⁹.

¹³⁶ C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 18-19.

¹³⁷ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, 454.

¹³⁸ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, 127-138.

¹³⁹ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza*, cit., 17; C. MEOLI, *Il potere di ordinanza del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, fasc. 6, 686.

Nella descritta prospettiva, le ordinanze sono pertanto provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, non violano il principio di legalità, ma che costituiscono, invece, un'eccezione rispetto alla regola della tipicità¹⁴⁰.

Caratteristica del potere di ordinanza, infatti, è che le sue norme attributive non definiscono in alcun modo la vicenda giuridica che l'esercizio del potere potrà produrre¹⁴¹. Essa risulta predefinita solo facendo riferimento ad una molteplicità di regole e principi, diversi dalla norma attributiva e non direttamente individuabili a partire da essa. Sulla base della sola norma attributiva del potere non è possibile quindi circoscrivere gli effetti esplicabili dai provvedimenti in esame. Questo, peraltro, spiega il perché nelle classificazioni che le accostano agli atti necessitati ed ai provvedimenti di esecuzione denominati "ordinanze", i provvedimenti di necessità ed urgenza sono presentati con il nome di "ordinanze atipiche"¹⁴², ed questa particolare categoria consente di affermare che l'unico tratto comune alle varie manifestazioni possibili del potere contingibile ed urgente sarebbe la mancanza di un contenuto predeterminato *ex lege*¹⁴³, il che rappresenterebbe anche una delle principali cause di criticità dell'istituto dal punto di vista del sistema di diritto amministrativo¹⁴⁴.

Ciò premesso, la dottrina sostiene che la legittimità e l'ammissibilità di tali ordinanze può essere ammessa, tenendo presente che esse sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità ma costituiscono un'eccezione alla regola della tipicità¹⁴⁵. La potestà di ordinanza consiste perciò in una potestà di creare provvedimenti atipici

¹⁴⁰ V. SALAMONE, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Relazione tenuta in occasione del Convegno su "Il sistema nazionale di protezione civile a 15 anni dalla legge n. 225 del 1992", tenutosi presso l'Aula magna della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania il 7 dicembre 2007, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴¹ Cfr. Corte Cost. n. 4/1997, in cui si specifica che il contenuto delle ordinanze contingibili ed urgenti "non è previsto dalla legge ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo quanto richiesto dalle circostanze, diverse da caso a caso, che ne impongono l'emanazione".

¹⁴² D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, 74.

¹⁴³ A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit., 67.

¹⁴⁴ Non a caso, F. MERUSI, in *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007, 12, ravvisa nell'atipicità un segno di "dispotismo".

¹⁴⁵ E. MAGGIORA, *Le ordinanze del sindaco e dei dirigenti*, 1996, 8.

al di fuori della previsione normativa, e, pertanto, sotto tale profilo, necessariamente derogatori, senza che ciò possa significare, tuttavia, che il titolare del potere di ordinanza abbia un'assoluta libertà di scelta¹⁴⁶.

Il potere di ordinanza fa, dunque, eccezione alla regola per cui l'amministrazione agisce con le modalità che dalla legge sono predeterminate per affrontare le diverse situazioni materiali. Il potere di ordinanza consente inoltre di superare ogni vincolo procedimentale, derogando alle disposizioni in materia di procedimento amministrativo¹⁴⁷.

Deve darsi, tuttavia, conto di una tendenza opposta registratasi negli ultimi tempi nell'ambito della delimitazione del contenuto dei provvedimenti di urgenza, consistente nella tipizzazione degli stessi, principalmente per effetto di tre fattori¹⁴⁸:

1) all'utilizzo dei poteri d'urgenza, per far fronte a situazioni che si ripetono nel tempo segue spesso l'emanazione di norme che disciplinano esse stesse la materia: ciò è avvenuto ad esempio nel campo della precettazione dei lavoratori in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali e, in una certa misura, in materia di protezione civile. Quindi, da poteri di ordinanza si passa a specifiche discipline d'urgenza;

2) anche nei casi in cui il contenuto è libero, si utilizzano strumenti previsti dall'ordinamento per altre situazioni, estendendone l'applicazione oltre l'ambito stabilito dalle norme ma evitando di creare strumenti del tutto nuovi;

3) i poteri d'ordinanza vengono sempre più progressivamente delimitati nel loro contenuto, per esempio tramite prassi, linee guida, piani d'emergenza previamente stabiliti etc.

Se quanto sopra appare condivisibile, si dovrebbe affermare la sopravvenuta inoperatività del principio di tipicità quale estrinsecazione del principio di legalità, neanche *sub* ulteriore *specie* del principio di nominatività,

¹⁴⁶ Si tratta di una celebre definizione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 270, la cui impostazione viene di recente ripresa per spiegare l'evoluzione del potere di ordinanza, tra gli altri, da F.S. SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, in *Quaderni Luiss*, 2, Giuffrè, Milano, 1996, 29.

¹⁴⁷ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza*, cit., 17.

¹⁴⁸ M. GNES, *Limiti e tendenze del potere di urgenza*, op. cit., 212.

riservando, invece, una residuale e comunque limitata efficacia esclusivamente al principio di “articolazione”¹⁴⁹.

In conclusione, l’indeterminatezza contenutistica del potere di ordinanza in presenza di situazioni di urgenza conduce all’affermazione in base alla quale l’Amministrazione assume a parametro delle proprie determinazioni provvedimenti esclusivamente finalità di pubblico interesse affidate alle sue cure, prescindendo quindi dalle tipizzazioni contenutistiche che di regola sono offerte dal legislatore: ogni misura, per il semplice fatto di essere funzionale al pubblico interesse, deve ritenersi per ciò solo consentita dall’ordinamento¹⁵⁰.

Ma questa possibilità sussiste solo quando ricorrano situazioni di effettiva e stringente urgenza, e per di più solo nei casi predefiniti dalla legge. Solo in tali frangenti, l’utilità pubblica funge da limite alla potestà autoritativa e ne fissa la legittima estensione, sicché ogni decisione che rimanga situata all’interno dei confini segnati dalla necessità e risulti strumentale al raggiungimento dell’esigenza collettiva riceve dall’ordinamento il crisma della legalità.

Quando invece ci si trova in presenza di condizioni normali, il criterio funzionale non è più abilitato a svolgere il ruolo di elemento da sé solo sufficiente a fissare i presupposti ed i limiti esterni dell’azione amministrativa: questo compito, nelle situazioni ordinarie, è svolto per l’appunto dal criterio di tipicità.

In questi casi, quindi, la considerazione della coerenza della misura adottata rispetto all’interesse pubblico da soddisfare assolve la funzione di individuazione dei limiti interni al potere amministrativo, mentre la fissazione dei

¹⁴⁹ Per una sintetica esemplificazione dell’operatività del principio di articolazione, non essendo questa la sede elettiva per trattarne esaustivamente, v. E. SALZANO, *Sull’articolazione dei piani urbanistici in due componenti*, in *Notiziario dell’Archivio Osvaldo Piacentini*, n. 11-12, anno 10, aprile 2008, in cui l’Autore, a proposito della struttura dei piani regolatori generali, sottolinea la rinnovata importanza di sottoporre la pianificazione urbanistica per l’appunto ad una predeterminata articolazione, più precisamente in due componenti, una “strutturale” ed una “programmatica”. Anche sotto il profilo della organizzazione si appalesa opportuna una sempre maggiore valorizzazione del criterio di articolazione, in particolare delle competenze, sia tra organi che uffici, di modo che i modelli di integrazione tra professionalità differenti conducano in maniera concorrente alla produzione del risultato amministrativo, M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione*, cit., 153.

¹⁵⁰ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 456, il quale afferma altresì che proprio nell’insieme delle norme attributive di poteri eccezionali in caso di urgenza si cela la vera *necessary and proper clause* del nostro ordinamento.

presupposti e dei limiti massimi di espansione della potestà viene effettuata dalla norma attraverso la tipizzazione dei possibili contenuti del provvedimento: un contenuto dispositivo, pur oggettivamente strumentale ad un interesse pubblico da salvaguardare, ma estraneo a quanto stabilito dalla norma attributiva del potere, è per questa sola ragione estraneo a quel che l'Autorità può legalmente disporre.

Ad ogni modo, vi è piuttosto da interrogarsi, se rispetto alle due classiche antitetiche posizioni non emerge, quale possibile tendenza da vagliare nel corso di questo studio, se non si stia progressivamente formando un vero e proprio “principio di legalità dell'emergenza”. In altre parole, se la legalità non abbia sviluppato i propri anticorpi per tutelarsi dall'insorgere incontrollato delle situazioni di urgenza e dalla relativa disciplina eccezionale, ed abbia finito così “per ricamare un vestito addosso all'emergenza stessa” che rappresenterebbe la nuova cornice, pienamente legalitaria, del regime straordinario.

In tal senso, non si potrebbe più parlare di atipicità, perché lentamente si verificherebbe invero una nuova tipizzazione del principio di legalità che, così operando, istituirebbe un ordinamento parallelo e si conformerebbe maggiormente alla concezione della legalità-indirizzo, cioè di impulso al raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'azione amministrativa, piuttosto invece che a quello di legalità-garanzia.

6.- Il potere straordinario nella giurisprudenza costituzionale.

Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa non è possibile desumere indicazioni decisive, univoche e concordanti sul valore del principio di legalità.

Un primo dato singolare, da tener presente per valutare la giurisprudenza amministrativa più recente sull'argomento, è rappresentato dalla scarsità di pronunce di giudici amministrativi che prendano espressamente in considerazione il principio di legalità¹⁵¹. Non solo. Nelle esigue pronunce

¹⁵¹ Lo afferma A. TRAVI, in *Giurisprudenza amministrativa*, cit., 91 e 96, che sul punto osserva che le ragioni di tale scarsità vanno rintracciate nel fatto che, pur essendo tale principio fondamentale e paradigmatico per valutare l'azione amministrativa, la dialettica Amministrazione-cittadino si incentra ormai concretamente su altri problemi, ed il terreno del contenzioso corrisponde a questioni più sottili,

amministrative rintracciabili il principio di legalità è utilizzato spesso in modo improprio e con ben altri significati.

Ad esempio nelle questioni di diritto transitorio, il principio di legalità è usato come sinonimo del principio *tempus regit actum*. Ciò vale per quelle pronunce che hanno affermato il dovere dell'amministrazione di applicare la disposizione in vigore al momento della sua decisione, anche se sopravvenute rispetto all'istanza del cittadino.

In altre pronunce ancora, si parla espressamente di principio di legalità per designare ipotesi nelle quali l'azione amministrativa si caratterizza per l'esclusione di margini di discrezionalità e quindi per la presenza di disposizioni normative che determinano in ogni suo aspetto l'azione amministrativa.

E' stata piuttosto la giurisprudenza della Corte costituzionale a tracciare progressivamente un quadro ed a contribuire in maniera decisiva alla attuale fisionomia del c.d. "potere straordinario", particolarmente a seguito dell'emanazione della legge n. 225 del 1992, istitutiva del Servizio nazionale di protezione civile.

Infatti, come si vedrà meglio oltre, la suddetta normativa ha introdotto una strutturazione sistemica per le situazioni di emergenza, da un lato spostando la competenza sul piano statale, e dall'altro trasponendo i rimedi *extra ordinem*, fino a quel momento conosciuti solo nell'ambito della potestà ordinatoria degli enti locali, dal piano locale a quello nazionale. La conseguenza di siffatta operazione è stata il proliferarsi delle declaratorie di emergenza sul territorio, seguite da gestioni commissariali che si vedono riconosciuti poteri non più contenibili nei presupposti che la giurisprudenza (soprattutto ordinaria) aveva costruito con riferimento ai provvedimenti contingibili ed urgenti.

Purtuttavia, sul sistema dei poteri di ordinanza nella legislazione sulla protezione civile, nella ricca esperienza che se ne è formata, la Corte Costituzionale ha emanato una serie di sentenze, tuttavia fondamentalmente

che coinvolgono il rapporto fra l'atto amministrativo e l'interpretazione delle norme e dei principi che lo riguardano, più che l'assenza radicale di una norma che lo preveda.

incentrate su tematiche di riparto di competenza tra Stato e Regioni¹⁵², e perciò non risolutive delle delicate problematiche che detto sistema presenta e che restano ancora quasi del tutto aperte¹⁵³. Si pone il problema della mancata trattazione da parte della Corte dei principali problemi che in punto di costituzionalità il diritto dell'emergenza nel suo complesso presenta, secondo la disciplina sulla protezione civile; ma ancora più, si direbbe, secondo le modalità ed i contenuti della sua attuazione, che ormai vengono a configurare un vero e proprio sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario, che si estende alle categorie più diverse di fatti di amministrazione.

Non sono perciò ancora del tutto emerse le delicate problematiche che esse presentano, anche a fronte della consolidata giurisprudenza formatasi sulle ordinanze tradizionali del primo titolo; né è emerso perciò il differente profilo istituzionale che le ordinanze del secondo tipo (e la relativa disciplina legislativa) presentano rispetto a quelle del primo tipo, anche (e segnatamente) in punto di costituzionalità.

Anzitutto, la Corte riporta la problematica costituzionale posta dalle ordinanze di protezione civile a quella tradizionale della propria giurisprudenza: la legittimità delle nuove ordinanze è ancorata agli stessi schemi di riferimento elaborati per le vecchie e tradizionali ordinanze; mentre vengono valorizzati gli aspetti innovativi di carattere positivo che la legislazione di protezione civile

¹⁵² La constatazione è di V. CERULLI IRELLI, in *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, Testo rielaborato in occasione della relazione tenuta il 21 settembre 2007 al LIII Convegno di Studi Amministrativi di Varenna sul tema "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", in *Dir. pubbl.*, 2/2007, 375.

¹⁵³ Più in particolare, le sentenze che sono state sinora emanate riguardano principalmente la questione del riparto delle competenze tra Stato e Regioni e non il merito di questo tipo di ordinanze in quanto tali, a fronte dei principi costituzionali. Richiamando la sua precedente giurisprudenza, sopra ricordata, la Corte afferma che "situazioni di emergenza, specialmente connesse a calamità naturali, che reclamano la massima concentrazione di energie umane e di mezzi naturali, possono anche giustificare ... interventi statali straordinari suscettibili di arrecare compressioni della sfera di autonomia regionale" (Corte cost., n. 39/2003); tuttavia, "in modo tale da non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali" necessitando a tal fine, in virtù del principio di leale collaborazione "forma di concentrazione tra Stato ed autonomie territoriali" (si trattava di emergenza idrica in alcune province siciliane); e limita la competenza statale agli interventi di emergenza di cui all'art. 2 lett. c) legge n. 225/92, restando alla competenza regionale le altre tipologie di interventi previsti dalla norma (Corte cost., n. 327/2003); mentre afferma che esula dalla competenza regionale provvedere alla proroga di poteri straordinari in capo a commissari nominati dal Governo (si trattava del Sindaco di Napoli, commissario per gli interventi resi necessari dal crollo di un edificio) una volta scaduto il termine fissato dallo stesso Governo, per lo "stato di emergenza" (Corte cost., n. 82/2006).

contiene, dal punto di vista delle esigenze poste dal rispetto del principio di legalità. E così viene ribadito il carattere dei presupposti, costituiti da fatti del tutto imprevedibili e non fronteggiabili con poteri ordinari, l'esigenza del rispetto del principio di proporzionalità, l'individuazione di norme derogabili, circoscritte e puntualmente indicate, il limite dei principi generali.

Ad ogni modo, il Giudice delle leggi segna nel tempo la lettura del potere di ordinanza in senso costituzionalmente compatibile, definendolo quale "modo di provvedere"¹⁵⁴, ed il pluralismo delle competenze per la questione delle emergenze.

Occorre premettere che all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione il potere governativo *extra ordinem* non aveva più ad oggetto le sole fattispecie previste dalla legislazione dell'età liberale in materia di proprietà, espropri, edilizia, polizia locale o igiene ma, attraverso una progressiva tipizzazione legislativa, aveva assunto una fisionomia autonoma rispetto agli altri provvedimenti di necessità ed urgenza ed era divenuto espressione di una categoria generale eccedenti confini delle materie contemplate nelle singole norme attributive¹⁵⁵.

Il problema della compatibilità e dell'adeguamento del potere di ordinanza con il nuovo regime costituzionale ed i relativi principi si risolse pertanto, in origine, con la configurazione della "necessità" come fonte sulla produzione, e non di produzione, in quanto finalizzata solo a legittimare talune amministrazioni ad intervenire con propri atti; e delle ordinanze come provvedimenti amministrativi e non normativi, che colmano lacune di intervento amministrativo tipico, più che essere norme del caso singolo¹⁵⁶.

Le prime pronunce in materia di ordinanze necessitate si sono avute con due sentenze¹⁵⁷ rese a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 2 del

¹⁵⁴ Corte Cost., sent. n. 4/1997.

¹⁵⁵ A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit., 134.

¹⁵⁶ G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, cit., *passim*.

¹⁵⁷ Corte Cost., sent. n. 8 del 1956; Corte Cost., sent. n. 26 del 1961. Sulla estraneità dell'art. 2 del t.u.l.p.s. all'impianto della Costituzione: R. VACCARO, *Le norme costituzionali sulla produzione giuridica e le ordinanze di necessità del Prefetto*, in *Foro pad.*, 1953, IV, 82 ss.; G. AMATO, *La difficile agonia dell'art.2 t.u. legge di P.S.*, in *Democrazia e diritto*, 1961, 301; C. LAVAGNA, *Sull'illegittimità dell'art. 2 t.u.l.p.s. come testo legislativo*, in *Giur. cost.*, 1961, 901 ss.

Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (r.d. n. 773/1931), che attribuiva al Prefetto il potere di adottare, nel caso di urgenza o per grave necessità, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica¹⁵⁸.

Nelle sentenze n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961, la Corte Costituzionale giudica della legittimità del potere di ordinanza in deroga alla legge riconosciuto a favore del Prefetto dall'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931. In base al TULPS il Prefetto poteva adottare, "in caso di urgenza o per grave necessità pubblica", i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica".

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione nei primi anni '60, afferma che il potere di ordinanza non è affatto capace di derogare a qualsiasi disposizione normativa, ed inoltre ritiene che l'amministrazione possa operare scelte tra più interessi egualmente tutelati dalla legge, cioè compiere in concreto, al posto del legislatore, una scelta che esso non ha compiuto in astratto¹⁵⁹. Questo dunque comporta che, laddove le norme di legge pongano sullo stesso piano due interessi, senza affrontare in astratto il problema del loro possibile conflitto, il potere di ordinanza consente all'amministrazione di risolverlo in concreto, ma sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Con la prima sentenza, la n. 8 del 1956, la Corte affermava la costituzionalità dei provvedimenti d'urgenza e - grazie anche alla successiva fiorente elaborazione giurisprudenziale - auspicava una nuova formulazione della norma¹⁶⁰, che tenesse conto dei seguenti canoni:

- carattere amministrativo delle ordinanze: le ordinanze, anche se ritenute eventualmente normative, non rientrano tra le "fonti", non innovano

¹⁵⁸ G. TREVES, *op. cit.*, 994; V. CRISAFULLI, *op. cit.*; ID., *Il ritorno dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 886.

¹⁵⁹ Cfr. in particolare Corte Cost., sent. n. 8/1956 e Corte Cost., sent. n. 26/1961.

¹⁶⁰ Più di recente, e con riferimento ad un caso "celebre" (il G8 tenutosi a Genova) la giurisprudenza amministrativa (TAR Liguria, Genova, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524) ha nuovamente fatto salva la norma in oggetto, a condizione che l'ordinanza prefettizia possiede i requisiti de "l'indicazione espressa della durata del provvedimento in considerazione della delicatezza e dell'importanza dei diritti costituzionali sui quali l'ordinanza può incidere ... purché appaia ragionevole rispetto all'interesse pubblico ritenuto prevalente".

l'ordinamento giuridico e non sono equiparabili ad atti con forza di legge; sono provvedimenti amministrativi anche quando contengano disposizioni generali ed astratte; si è, conseguentemente, al di fuori degli artt. 76 e 77 Cost.¹⁶¹

- loro efficacia limitata nel tempo: il carattere provvisorio è implicito nella natura stessa dello specifico titolo di legittimazione¹⁶²;

- congrua motivazione;

- efficace pubblicazione;

- conformità ai principi dell'ordinamento giuridico, comunque risultino¹⁶³;

le ordinanze di urgente necessità - mediante le quali viene esercitato nella sua pienezza il potere "derogatorio necessitato di ordinanza"¹⁶⁴ - possono infatti disporre non solo *ultra* ma anche *contra legem*.

E' stata in particolare la sentenza n. 26 del 1961¹⁶⁵ a pronunciare, dopo aver richiamato i canoni descritti con la sentenza del 1956, l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 del t.u.l.p.s., "nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico".

Se così è, si può affermare che sotto questo profilo il potere di ordinanza non si discosta dalla generalità dei poteri amministrativi: l'amministrazione ha la possibilità di compiere scelte in quanto, e solo in quanto, esse non siano state compiute "a monte" dal legislatore. La norma attributiva del potere di ordinanza, infatti, non pone una deroga all'ordinamento giuridico proprio perché nulla esprime in punto di esistenza giuridica del potere¹⁶⁶.

¹⁶¹ V. anche Corte Cost., sent. n. 201/1987.

¹⁶² V. anche Corte Cost., sent. n. 617/1987.

¹⁶³ Purtuttavia, sulla inevitabile deroga al principio di tipicità, su cui *infra*, v. G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale ed amministrativo)*, in *Nov.mo Dig. it.*, XII, Torino, 1965.

¹⁶⁴ F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza (dir. amm.)*, *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, 970 ss.

¹⁶⁵ Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26, in *Giur. cost.*, 1961, 525 ss., con nota di C. LAVAGNA, *Sull'art. 2*, cit. 898 ss.

¹⁶⁶ R. CAVALLO PERIN, *Potere d'ordinanza*, cit., 308, sul punto aggiunge che si può senz'altro pervenire alla conclusione che il potere di ordinanza non riesce ad innovare la normale disciplina offerta dall'ordinamento giuridico per i singoli rapporti fra le diverse posizioni soggettive che in esso vi trovano riconoscimento.

Con successive pronunce¹⁶⁷, è stata specificata l'esigenza di conformità a: “i precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento non sono derogabili neppure dalla legge”, ai “principi fondamentali ed inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici”, ai “profili essenziali dei principali istituti giuridici”; più in particolare, sono ritenuti inderogabili: il termine finale in relazione ad un provvedimento di requisizione; l'attribuzione (ma non la competenza); la coincidenza tra scopo dell'atto ed il suo contenuto; la salvezza della tutela civilistica.

In altre occasioni ancora, la Corte Costituzionale non ha mancato di sottolineare che anche fuori dalle materie coperte da riserva di legge non possono essere attribuiti poteri agli organi dell'esecutivo senza che la legge abbia provveduto a circoscrivere sufficientemente la discrezionalità, che altrimenti potrebbe sconfinare nell'arbitrio¹⁶⁸.

A tal proposito, la più esplicita enunciazione del principio di legalità è contenuta nella sentenza n. 150/1982, che risolve un conflitto di attribuzioni tra Regioni e Stato.

Essa annulla gli atti amministrativi di indirizzo e di coordinamento emanati in base ad una disposizione legislativa che “non riguarda e non delimita per alcun verso il possibile contenuto sostanziale degli atti” medesimi, di cui si limita a prevedere l'emanazione. Perché sia salvaguardato il principio di legalità, la Corte precisa che l'atto amministrativo “trovi un legittimo ed apposito supporto nella legislazione”, ma anche la previa delimitazione del suo possibile contenuto sostanziale”. Occorre pertanto una disposizione legislativa “la quale, in apposita considerazione della materia, vincoli e diriga la scelta del Governo”.

Va poi svolto un discorso più approfondito con riferimento al rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario. E' stato infatti affermato che il principio di legalità “ha subito un ampliamento in corrispondenza con l'ampliarsi delle norme che riguardano l'amministrazione”, cosicché l'amministrazione è sottoposta anche ai principi generali del diritto, al diritto comunitario, al diritto

¹⁶⁷ Corte cost., sent. n. 26/1961; Corte Cost., sent. n. 100/1987.

¹⁶⁸ Cfr. Corte Cost., sent. n. 35/1961 e Corte Cost., sent. n. 12/1963.

internazionale, oltre che “alle stesse norme poste dalla pubblica amministrazione”¹⁶⁹.

Nell’ordinamento italiano i principi generali di diritto comunitario, infatti, non soltanto si applicano di per sé, in virtù del principio di integrazione tra le fonti comunitarie e nazionali e del principio di supremazia del diritto comunitario, ma anche per espresso richiamo della legge n. 15/2005, art. 1. Si ritiene infatti, oggi, che le ordinanze di necessità ed urgenza incontrino anche questo nuovo limite¹⁷⁰.

E’ ivi previsto che l’attività amministrativa è retta da vari criteri indicati sin dalla legge n. 241/90 (come quelli di economicità, efficacia, trasparenza), “nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”.

Si tratta di un rinvio tanto ricettizio quanto formale, nel senso che si intende sia recepire il complesso dei principi generali per come finora elaborato dai giudici comunitari, sia accettare eventuali nuovi principi, alla loro della loro progressiva formazione in via giurisprudenziale¹⁷¹.

V’è poi da aggiungere che le deroghe contenute nelle ordinanze spesso riguardano le disposizioni normative concernenti le procedure contrattuali.

Il tradizionale ricorso a procedure ad evidenza pubblica è, infatti, apparso spesso inadeguato¹⁷² per l’accesso a finanziamenti di progetti di opere pubbliche da parte degli enti locali territoriali. La forma concorsuale, in astratto preposta a garantire esigenze di imparzialità e di qualità di prestazioni, finisce col tramutarsi in un ostacolo insormontabile proprio alla realizzazione di quei progetti più ampi ed articolati che richiedono il concorso di numerose e qualificate competenze e la

¹⁶⁹ S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, parte generale, 50.

¹⁷⁰ Però non manca qualche decisione in senso diverso, vedi TAR Puglia, Bari, II, 25 febbraio 1997, n. 208, con nota di M. RICCO, *Offerte anomale ed emergenze sanitarie*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 47 ss.

¹⁷¹ M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l’evoluzione dall’amministrazione all’amministrazione precauzionale*, cit., 149.

¹⁷² Anche se, *contra*, può osservarsi come in occasione dei Giochi Olimpici invernali di Torino 2006, su cui *infra*, in occasione dei quali è stato dichiarato lo stato di emergenza in quanto rientranti nella nozione di “grandi eventi”, la gran parte della progettazione ed esecuzione dei lavori necessari all’evento sono stati oggetto di appalti stipulati previo esperimento di gare ad evidenza pubblica (precedute dal preavviso di bando) e solo pochi sono stati conclusi a trattativa privata peraltro perché si trattava di gare andate deserte o perché vi erano pochissimi progettisti in tutto il mondo (es. per la pista di bob).

cui esecuzione tuttavia risulterebbe maggiormente significativa per lo sviluppo delle comunità locali¹⁷³.

Essendo, tuttavia, questa materia oggetto di disciplina comunitaria, la Commissione Europea ha aperto una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, procedura che ha costretto la Presidenza del Consiglio ad intervenire con la Direttiva 22 ottobre 2004.

Osservava la Commissione Europea che la violazione della normativa comunitaria deriva dalla circostanza che le ordinanze di protezione civile, in taluni casi, non sarebbero supportate da una situazione di estrema urgenza in grado di giustificare il ricorso a procedure in deroga alla normativa comunitaria, e che in alcune delle situazioni emergenziali o di "grande evento" dichiarate dal Governo potrebbero non rinvenirsi i presupposti dell'imprevedibilità e della non imputabilità allo Stato membro, la sussistenza dei quali sarebbe da considerarsi requisito indefettibile ai fini del legittimo ricorso a procedure di gara difformi da quelle previste dalla normativa comunitaria.

La sentenza n. 127/95, invece, intervenuta a seguito dell'introduzione nell'ordinamento positivo della legge di sistema sulla protezione civile (legge n. 225/92), si è maggiormente concentrata su presupposti concreti e sulle modalità di funzionamento alla base delle ordinanze di necessità ed urgenza¹⁷⁴:

- il conferimento di poteri ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio, con l'indicazione della materia o del tipo di interesse o di tutti e due insieme;

- l'indicazione adeguata, e non approssimativa, dei settori dell'ordinamento su cui indice il potere derogatorio e del "nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione"; tale necessità vale non solo per la legge ma anche per gli atti di esercizio del potere straordinario; e la possibilità di interpretare le ordinanze sulla

¹⁷³ M. SPASIANO, *Profili giuridico-amministrativi in ordine all'emergenza dell'utilizzo dei fondi europei da parte degli enti locali territoriali*, in *Annuario* 2005, Milano, Giuffrè, 2006, 133.

¹⁷⁴ Sulla importante sentenza Corte Cost. n. 127/95, si veda in particolare G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la l. n. 225 del 1992 (riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost.*, 1996, 506; G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2185 ss.

base della clausola della conformità ai principi dell'ordinamento giuridico non basta allo scopo, perché “resterebbe comunque un margine inaccettabile di incertezza circa l'efficacia, nell'arco di tempo considerato, di interi atti normativi, i quali introducono principi che potrebbero essere compromessi, sia pure per un periodo limitato di tempo”, né vale la possibilità di fruire della garanzia giurisdizionale;

- l'interpretazione “secondo normalità”, con l'obiettivo di scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti;

- la proporzionalità tra evento e misure;

- la rigorosità degli accertamenti.

Tali limiti delineano la struttura portante del regime giuridico delle ordinanze *extra ordinem* ancora oggi vigente ed assicurano proprio, nella loro concreta conformazione giurisprudenziale, che gli atti di necessità ed urgenza non travalichino i confini che segnano la sfera riservata dalla Costituzione alle fonti del diritto.

Più recentemente, la sentenza n. 196 del 2009 riguarda la natura ed i confini del potere di ordinanza, anche contingibile ed urgente, spettanti al Sindaco quale ufficiale del governo in materia di “sicurezza pubblica ed urbana” in relazione alle possibili interferenze con alcune competenze amministrative spettanti alle autonomie speciali. La decisione è significativa per due ragioni: da un lato perché cerca di definire attentamente l'ambito di applicazione dei poteri del Sindaco, dall'altro perché riconduce il potere sindacale in materia di sicurezza pubblica alla attività di prevenzione e repressione dei reati di competenza dello Stato (escludendo così interferenze con le funzioni di polizia amministrativa nelle materie di competenze delle regioni e delle province autonome)¹⁷⁵.

Infine, la sentenza n. 115 del 2011 ha dichiarato incostituzionale la previsione di ordinanze sindacali “anche contingibili ed urgenti”¹⁷⁶. Infatti, pur

¹⁷⁵ A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, III^a ed., Cedam, 2010, 280.

¹⁷⁶ L'art. 6 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modifiche nella legge 24 luglio 2008, n. 125, ha novellato l'art. 54 del TUEL, per ciò che concerne le attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale, stabilendo che questi, in qualità di ufficiale del Governo, “adotta con atto motivato provvedimenti,

trattandosi, in questo caso, di ordinanze adottate dai sindaci, diverse da quelle commissariali di protezione civile, si tratta pur sempre di provvedimenti amministrativi potenzialmente derogatori della legge, per la salvaguardia dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana. E non v'è dubbio, come è stato recentemente affermato, “che tra sicurezza ed emergenza esiste una relazione strettissima, in quanto è del tutto evidente che nelle situazioni emergenziali il bisogno di sicurezza è elevatissimo al punto da poter giustificare anche una limitazione provvisoria dei diritti fondamentali in ragione della imprevedibilità ed eccezionalità della circostanza che le ha generate”¹⁷⁷.

Per concludere la pur rapida panoramica delle decisioni della Corte in tema di ordinanze di necessità ed urgenza e completare il disegno di compatibilità costituzionale delle medesime, occorre osservare che lo scrutinio delle ultime due, più recenti pronunce citate (la n. 196 del 2009 e la n. 115 del 2011) ha condotto in dottrina a sostenere che le ordinanze in commento, se in un primo momento erano ritenute come la soluzione più rapida ed agevole per alcuni problemi presenti sul territorio (e sotto questo aspetto si potevano ritenere costituzionalmente orientate), in un secondo momento è emersa in tutta la sua forza la opinabile circostanza che si trattasse di vere e proprie “norme sostitutive di quelle che avrebbero dovuto adottare i competenti organi rappresentativi delle comunità locali”¹⁷⁸, per l'effetto dubitando che tale interpretazione potesse configurarsi come conforme a Costituzione.

7.- Principio di legalità e pubblica amministrazione: potere originario o potere derivato? Il ruolo della normazione secondaria.

Occorre a questo precisare che i parametri ai quali l'attività amministrativa deve fare riferimento non sono circoscritti alla sola legge in senso formale, ma anche a parametri diversi dalla legge (norme regolamentari e/o

anche contingibili ed urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire ed eliminare i pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”.

¹⁷⁷ A. MUSUMECI, *La sicurezza nell'emergenza. Osservazioni in margine ad un concetto in trasformazione*, in *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, III, 2329.

¹⁷⁸ G. RAZZANO, *Quattro novità in tema di emergenze e ordinanze “di protezione civile”*, in www.gruppodipisa.it

statutarie). Questo consente di parlare in dottrina, come già visto, non solo di legalità ma anche di legittimità¹⁷⁹.

La legge, in sostanza, non costituisce l'unica fonte del diritto amministrativo; anzi, quantomeno sotto l'aspetto quantitativo non ne rappresenta neppure la fonte più cospicua. In altre parole, se è vero che è la legge che individua le esigenze che vanno traducendosi in finalità della pubblica amministrazione, è anche vero che il termine "legge" deve essere inteso in senso ampio, perché la predetta individuazione ben può avvenire attraverso altri atti normativi, ad esempio attraverso gli atti di indirizzo politico, perché l'indirizzo politico consiste innanzitutto nella individuazione degli interessi ritenuti meritevoli di realizzazione in quanto rispondenti ad un' esigenza pubblica.

Sotto questo profilo, l'individuazione dei fini dell'azione amministrativa avviene sempre più nell'esercizio della funzione, confermando l'impossibilità di attribuire al principio di legalità il significato di vincolo predeterminato dell'azione amministrativa. Di conseguenza, quanto più le amministrazioni sono chiamate a sostituire il legislatore nell'individuazione degli obiettivi, tanto più si pone il problema del fondamento democratico delle scelte amministrative e, in definitiva, della stessa legittimazione delle amministrazioni¹⁸⁰.

E' stato osservato infatti che il legislatore ed i giudici sono da sempre sensibili alla necessità di affrancare, in certe circostanze, le amministrazioni pubbliche dalla stretta osservanza delle regole che normalmente sono chiamate a rispettare. Il principio di legalità deve quindi essere adattato, per così dire, alle circostanze poiché il suo fine primario è, a ben guardare, l'organizzazione della vita sociale¹⁸¹. La necessità di una simile operazione è da ricondurre, ad esempio, alla sussistenza di fattori quali la persistenza di antiche prerogative dell'esecutivo o le esigenze sempre più pressanti della società moderna (ad esempio, di snellezza operativa e di rapidità dell'intervento) che hanno nel tempo militato, e militano tuttora, a favore dell'impiego di fonti normative di matrice

¹⁷⁹ E. CASETTA, *op. ult. cit.*, 21.

¹⁸⁰ F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, cit., 125.

¹⁸¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 1987, 758 ss.

amministrativa, cui è in gran parte affidata, in molti casi, la disciplina di importantissimi settori nel nostro ordinamento.

Quanto sopra accade perché, dinanzi all'accrescersi ed al parcellizzarsi degli obiettivi della funzione amministrativa il concetto stesso di "esecuzione della legge" è andato evolvendosi e l'amministrazione è diventata, sia pur nel rispetto del quadro costituzionale e tramite l'applicazione del principio di ragionevolezza (che trova la sua massima espressione proprio nel procedimento amministrativo¹⁸²), la protagonista assoluta della ricognizione dei confini che separano la sua autorità dalla libertà degli individui¹⁸³.

Sulla stessa linea di pensiero, Giorgio Berti sosteneva che il principio di legalità continua a mantenere la propria attualità perché "contiene un principio di verità, in quanto occorre pur sempre un soffio che animi le amministrazioni e imprima l'inizio di quel moto che è tutt'uno con il loro essere". In questo contesto, l'amministrazione "si serve della legalità non tanto come limite di garanzia per i privati, ma come una forza della quale poter disporre per togliere di mezzo ostacoli o contestazioni all'efficacia imperativa delle sue determinazioni"¹⁸⁴.

Ciò premesso, il gruppo di norme promananti direttamente dalla Pubblica Amministrazione viene qualificato - secondo una accezione forse più definitoria che sostanziale - come "normazione secondaria", sotto la quale si suole identificare un fenomeno estremamente frastagliato e di difficile riconduzione unitaria.

Nell'ambito della categoria in esame, infatti, persino il carattere della "secondarietà" viene di frequente messo in discussione, dal momento che alcune delle fonti in commento sono in realtà di grado inferiore al secondo. Per altro verso, un dato comune che potrebbe caratterizzare siffatte fonti, ancorché per così dire "in negativo", è forse che non si tratta mai di leggi in senso formale, perché nessuna di esse promana dal Parlamento, bensì da organi dell'esecutivo.

¹⁸² G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Cedam, Padova, 1998, 101.

¹⁸³ A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Edizioni Comunità, Milano, 1963, 270 ss.

¹⁸⁴ G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, cit., 143 ss.

Il problema dei rapporti tra la legge e la normazione secondaria si può tradurre essenzialmente in quello della vigenza e della portata del principio di legalità.

Si inserisce proprio nel solco di questa analisi la differenza di opinioni esistente tra chi ritiene il principio un limite interno dell'attività amministrativa e chi lo considera invece un presidio delle libertà individuali¹⁸⁵. In conseguenza di questa dicotomia, il principio di legalità può essere configurato o in senso bilaterale¹⁸⁶ (legge-attività amministrativa) o in senso trilaterale¹⁸⁷ (legge-attività amministrativa-cittadini), a seconda che si esprima, rispettivamente, la totale subordinazione dell'attività amministrativa alla legge ovvero l'esigenza di sottoporre a regole solo l'attività autoritativa, a garanzia dei diritti dei destinatari dei provvedimenti alla legge, con conseguente apertura alla presenza della tutela effettiva e concreta del cittadino e della comunità e delle situazioni giuridiche soggettive che li riguardano, ovvero l'esigenza di sottoporre a regole solo l'attività autoritativa a garanzia dei diritti dei destinatari dei provvedimenti¹⁸⁸.

Per quanto si possa affermare una generale tendenza all'espansione del concetto di legalità trilaterale¹⁸⁹ (specialmente sotto il profilo organizzativo, laddove si appalesa sempre più necessaria la previsione di strutture in grado di saper fronteggiare prontamente le diverse esigenze che il cittadino richiede all'agire della p.a., e si impone quindi che la pubblica amministrazione non si limiti ad applicare la norma ma piuttosto assuma un ruolo di "compartecipazione creativa" dell'ordinamento¹⁹⁰), è stato osservato che per quanto concerne l'attività normativa secondaria promanante dagli organi dell'esecutivo, il

¹⁸⁵ F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, cit., 37.

¹⁸⁶ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1924, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, 1955, 205.

¹⁸⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 88.

¹⁸⁸ F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., 139. Osserva inoltre M.R. SPASIANO, in *Spunti di riflessione*, cit., 150, nota 51, che "la parzialità della distinzione tra legalità formale e sostanziale e l'esigenza di affermazione di quella tra legalità bilaterale e trilaterale assume particolare evidenza, con una netta prevalenza di quest'ultima, almeno in tutte quelle amministrazioni che rinvergono nel conforto del suffragio popolare la propria fonte originaria di legittimazione, differenza di quegli enti burocratici, privi di diretto legame con la comunità che continuano tendenzialmente a trarre dalla legge la legittimazione politica della propria attività".

¹⁸⁹ A. ROMANO TASSONE, *Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive. La normazione secondaria*, cit., 195.

¹⁹⁰ M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione*, cit., 150.

principio di legalità assumerebbe valenza “bilaterale-formale”: bilaterale, nel senso che ogni manifestazione di funzione normativa secondaria deve avere un fondamento legislativo, deve cioè essere autorizzata (in via generale o in via specifica) da una legge (è questa la c.d. teoria della necessità dell’*interpositio legislatoris* per l’esercizio del potere normativo secondario)¹⁹¹. Formale, perché la legge può limitarsi ad autorizzare *tout court* ed in via generale l’esercizio della potestà normativa secondaria, indicando l’organo cui essa spetta e le materie per cui la stessa è attribuita, senza doverne necessariamente circoscrivere il contenuto con previsioni che vadano al di là della prefissione dei principi generali della materia, e talora nemmeno di quelli.

In altri termini, l’attività amministrativa trova il suo fondamento nella legge, che, però, non ne definisce il contenuto, poiché altrimenti ne soffrirebbe la libertà di scelta e di valutazione dell’amministrazione.

Si spiega, di tal guisa, anche la legittimazione democratica dell’amministrazione, che troverebbe l’origine primigenia del suo potere discrezionale in una previsione normativa derivante dall’organo legislativo, espressione della volontà popolare¹⁹².

L’attività amministrativa non può considerarsi integralmente come proiezione ed esecuzione della legge, perché l’amministrazione, nel suo complesso e comunque in alcune sue importanti articolazioni (ad esempio le autonomie locali), ha un profondo e diretto radicamento nel corpo sociale, che ne legittima di per sé la veste autoritaria, senza bisogno che la sua attività trovi, in ogni suo aspetto, un preciso riscontro legislativo.

8.- Il rapporto tra potere straordinario e riserva di legge quale preludio all’esame dei rapporti tra organizzazione pubblica e principio di legalità.

E’ frequente l’affermazione che tra riserva e principio di legalità vi sia solo una differenza di grado, esigenza la prima che sia integralmente disciplinata dalla legge una materia che il secondo impone sia regolamentata in via legislativa

¹⁹¹ A. ROMANO TASSONE, *Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive. La normazione secondaria*, cit., 165 e ss.

¹⁹² L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 178.

solo per sommi capi. In particolare, chi dà una lettura “sostanziale” del principio di legalità inclina a ritenere che esso male si distingua dalla c.d. “riserva relativa” (affermandosi peraltro che quest’ultima non abbia alcuna autentica autonomia concettuale, e che la riserva, rigorosamente intesa, è sempre e soltanto assoluta¹⁹³).

Le riserve di legge, assolute e relative, impongono anzitutto che la Pubblica Amministrazione non possa lecitamente esercitare alcun potere pubblico se il soggetto attivo, l’oggetto o prestazione imposta ed il soggetto passivo non siano stati predeterminati dalla legge.

Le riserve di legge assolute richiedono inoltre che la disciplina del procedimento sia definita dalla legge (salvi i regolamenti esecutivi a discrezionalità tecnica)¹⁹⁴, mentre quelle relative impongono unicamente che il legislatore assicuri con la definizione di principi e criteri direttivi un adeguato sindacato giurisdizionale di legittimità dell’esercizio del potere pubblico, anche solo consentendo al vizio di eccesso di potere di operare compiutamente.

In ogni caso, la riserva di legge garantisce che i poteri dell’amministrazione singolarmente considerati abbiano un fondamento legislativo mentre i principi dell’ordinamento soccorrono allorché si renda necessario un contemperamento tra posizioni soggettive alle quali l’ordinamento riconosce legislative pari dignità, senza però indicare tra di essere quella prevalente in caso di conflitto.

La differente prospettazione ha portato a ritenere, in conformità alla tradizione storica, che sotto riserva assoluta appare difficile configurare un intervento del potere di ordinanza di necessità ed urgenza¹⁹⁵; al contrario nelle materie di riserva relativa, che è il campo di elezione tradizionale del potere in esame (artt. 23, 41, 42 Cost.). Sul punto, anche la Corte Costituzionale, con

¹⁹³ La tesi secondo cui la riserva di legge sarebbe sempre assoluta è stata sostenuta da E. TOSATO, *Prestazioni patrimoniali imposte e riserva di legge*, in *Scritti ambrosiani*, III, Milano, 1970, 2123 ss.

¹⁹⁴ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell’emergenza per fattori esterni all’amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 777 ss. e in *Annuario AIPDA*, Milano, 2005, 31 ss., spec. 42.

¹⁹⁵ Osserva correttamente, a tal proposito, C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell’emergenza: fonti e poteri*, cit., 15, che appare insuperabile il limite posto in Costituzione su alcune materie della riserva assoluta (ad es. in materia di accessi domiciliari coattivi o in materia di nuovi tributi), mentre è ritenuto superabile quello della riserva di legge relativa, “purché la legge indichi criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell’autorità a cui è conferito il potere” (Corte Cost., sentt. nn. 26/1961 e 201/1987).

sentenza n. 26/1961, ha affermato che le ordinanze di necessità ed urgenza sono inammissibili in materia coperta da riserva assoluta di legge e sono invece ammissibili in materia coperta da riserva relativa di legge, ove il legislatore individui idonei limiti all'esercizio del potere.

Riserva di legge e principi dell'ordinamento contribuiscono quindi, in diverso modo, a definire il potere di ordinanza ammissibile nel nostro ordinamento; il rispetto del principio di legalità si concretizza nella contemporanea efficacia della riserva di legge e dei principi generali dell'ordinamento.

8.- Principio di legalità e norme di organizzazione.

Come già detto, il principio di legalità, sia dell'azione che dell'organizzazione amministrativa, nasce come straordinaria conquista nei confronti degli arbitrii e degli abusi del potere assoluto dell'esecutivo¹⁹⁶. Contestualmente, tuttavia, non si può tacere la circostanza per cui l'exasperazione di questo principio ha condotto a trascurare livelli di efficienza minimi, al di sotto dei quali - è stato autorevolmente osservato - i "meccanismi di garanzia hanno finito con il garantire il nulla"¹⁹⁷.

Alla predetta tendenza si è accompagnato il continuo e progressivo fenomeno di individuazione di nuovi interessi rappresentati da soggetti collettivi e da forze sociali¹⁹⁸, cui l'organizzazione pubblica viene conseguentemente chiamata a prestare cura e l'allargamento della stessa pubblica amministrazione mediante forme e modelli estremamente variegati¹⁹⁹, con la conseguenza di determinare problematiche contestuali a quelle che hanno caratterizzato il parallelo sviluppo del dibattito sul tema del principio di legalità riferito all'esercizio dei poteri.

¹⁹⁶ C. MARZUOLI, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 8 ss.

¹⁹⁷ V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1982, 8 ss.

¹⁹⁸ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere: Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, *passim*.

¹⁹⁹ G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977, 18 ss.; G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986, 13.

Ciò premesso, sulla ricerca del fondamento del principio di legalità, operazione necessaria affinché non risultino incerti e discutibili il valore ed il contenuto del principio stesso, in dottrina si è discusso moltissimo²⁰⁰.

Se infatti gli artt. 95, comma 3, e 97 Cost. sembrano porre la legge a fondamento dell'esercizio della funzione pubblica, in coerenza con il complessivo impianto sistematico predisposto dal Costituente, c'è chi ritiene che l'art. 23 Cost.²⁰¹ sarebbe la principale enunciazione applicativa del suddetto principio, ed altri ancora tentano di desumere il fondamento della legalità dall'art. 76 Cost.²⁰², che impone la prefissione di principi e criteri direttivi.

Non dissimile è l'opinione che ricava l'esistenza di un principio di legalità da specifici precetti costituzionali, ed in particolare da quello che, imponendo l'obbligo all'amministrazione di agire con imparzialità, implicherebbe la necessità di tenere esattamente distinti il "disporre" della legge dal "provvedere" dell'amministrazione²⁰³. Quest'ultima, infatti, ove fosse rigidamente vincolata dalla legge, talora si troverebbe costretta ad operare in contrasto con il principio dell'imparzialità²⁰⁴.

Vi sono, infine, coloro che, per fondare il principio di legalità fanno leva sull'art. 113 Cost., argomentando che se questa norma esige sempre la tutela del cittadino contro l'amministrazione, correlativamente il legislatore deve emanare norme che rendano realizzabile la tutela medesima, con la formulazione vieppiù analitica di prescrizioni, in guisa da limitare al massimo la possibilità di valutazioni discrezionali²⁰⁵.

A parte quanto sopra, secondo un'accezione consolidata, "l'Amministrazione può esercitare i poteri, e solo i poteri che l'ordinamento generale le attribuisce delimitandoglieli e le norme di attribuzione e di

²⁰⁰ A. TIGANO, *Garanzie dei singoli*, cit., 16.

²⁰¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, 82-83.

²⁰² Cfr., per tutti, G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962

²⁰³ A. TIGANO, *op. ult. cit.*, 17.

²⁰⁴ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *E.d.D.*, XVII, 1950.

²⁰⁵ L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 152 ss.

delimitazione dei poteri della p.a. non possono essere espressione dell'autonomia di quest'ultima perché questa non la può definire ma la può solo esercitare"²⁰⁶.

Appare quindi evidente che la sottoposizione dell'organizzazione pubblica alla riserva di legge in funzione di garanzia del principio di legalità già di per sé costituisce il riconoscimento della rilevanza giuridica e non meramente descrittiva del fenomeno organizzatorio, sottoponendolo al vaglio democratico espresso dalla sovranità popolare²⁰⁷.

Può affermarsi quindi che nell'ambito strettamente organizzatorio il principio di legalità si è via via trasformato in "regola di disciplina della gerarchia delle fonti"²⁰⁸, ossia in mero fondamento e titolo dell'esercizio dell'azione pubblica, contestualmente all'affermarsi del fenomeno di integrazione tra amministrazione e comunità, specie a seguito dello sviluppo degli ordinamenti degli enti locali, fino ad acquisire in tempi più recenti un pregnante significato di "legalità-indirizzo"²⁰⁹, nel quale la sottoposizione della pubblica amministrazione alla legge è finalizzata a consentire la corrispondenza tra i fini posti dalla comunità, individuabili nelle norme istitutive di organizzazione, ed il potere che deve concretamente realizzarli²¹⁰.

Allo stato attuale, l'adozione di disposizioni normative che autorizzino l'esercizio di poteri amministrativi, limitandosi ad indicare lo scopo da perseguire ed i soggetti da coinvolgere non pare porsi in contrasto con la Costituzione. Accade infatti di frequente, sul punto, che le norme giuridiche vigenti individuino concretamente lo schema di esercizio del potere in vista di determinati obiettivi, ergendosi a parametro di legittimità dell'azione espletata²¹¹.

²⁰⁶ A. ROMANO, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., 40.

²⁰⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, I, 557; G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, 123.

²⁰⁸ F.G. COCCA, *La p.a. come organizzazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., I, 457 ss.

²⁰⁹ Secondo C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 146, il principio di legalità-indirizzo è inteso come lo strumento di direzione dell'amministrazione da parte del popolo, attraverso l'organo legislativo, e spiega la "democraticità" dell'amministrazione. Secondo F. MANGANARO, *op. cit.*, 39, il principio di legalità-indirizzo indica il vincolo di scopo a cui è tenuta l'attività amministrativa e che costituisce la stessa fonte di legittimazione dell'attività amministrativa.

²¹⁰ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 31; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, *passim*.

²¹¹ G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 248.

Il raggiungimento più recente di una consapevolezza dello stretto rapporto tra società ed amministrazione pubblica ha così condotto all'affermazione in dottrina di un concetto di organizzazione non più limitato al profilo normativo della predisposizione istituzionale, ma consapevole della circostanza che l'aspetto organizzatorio possa talora anche prescindere dal dato normativo o addirittura travalicarlo²¹². Ciò perché si afferma la legittimazione ad agire della pubblica amministrazione non più in funzione di mera esecutrice della legge bensì di co-operatrice, anche nel silenzio della legislazione, per prendersi cura di tutti gli interessi pubblici afferenti uno spazio lasciato libero dalla normazione, con il limite, naturalmente, dei diritti di libertà e di proprietà²¹³.

Si pone sul punto l'esempio delle numerose ipotesi nelle quali la norma di legge si limita a prendere atto di assetti organizzativi che si sono andati naturalmente disponendo e consolidando in determinati contesti spaziali e temporali, producendo effetti giuridici aventi rilevanza pubblica a prescindere da una specifica pre-configurazione giuridica, o persino in assenza di qualsiasi riconoscimento normativo, nonché l'insofferenza nei confronti di strutture tendenti ad ingessare entro ambiti "anelastici" situazioni giuridiche che ben presto, stante l'incapacità del tessuto organizzativo di adeguarsi e quindi di garantire accettabili livelli di efficienza, naturalmente finiscono col fuoriuscire dai modelli predisposti²¹⁴ per assumere assetti e moduli comportamentali *extra ordinem* o persino *contra legem*²¹⁵.

²¹² M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione*, cit., 141.

²¹³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 29 ss.

²¹⁴ M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione*, cit., 134.

²¹⁵ Si tratta, in entrambi i casi sopra riportati, di vicende che verranno diffusamente affrontate in prosieguo di trattazione.

CAPITOLO II

SEZIONE I

I POTERI AMMINISTRATIVI DI ORDINANZA

SOMMARIO: §. 1. Premessa. – §. 2. I poteri d'urgenza della P.A. *sub specie* del potere di ordinanza. Cenni su natura giuridica e classificazione. – §. 2.1. *Segue*. Applicazioni giurisprudenziali sui provvedimenti contingibili ed urgenti: deroghe ai presupposti. – §. 2.2. *Segue*. Applicazioni giurisprudenziali sui provvedimenti contingibili ed urgenti: deroghe al procedimento. – §. 3. La potestà ordinatoria negli enti locali. – §. 3.1. *Segue*. Il Prefetto, il Sindaco Ufficiale di Governo ed altre figure. – §. 4. Dalla contingibilità ed urgenza all'emergenza.

1.- Premessa.

Secondo una interessante ricostruzione dottrinale²¹⁶, i poteri pubblici di necessità e urgenza o di emergenza possono preliminarmente essere distinti in quattro classi di diritto obiettivo:

- 1) la fenomenologia giuridica della rivoluzione o del colpo di Stato;
- 2) la sospensione dei diritti costituzionali (in precedenza denominata “Stato di assedio interno o civile”, instaurato dal governo contro fermenti politico-sociali od a seguito di fenomeni naturali); si ritiene utile, a tal proposito, riferire la circostanza per cui la definizione “Stato di assedio civile” viene coniata in occasione del terremoto di Messina del 1908, con l'effetto dell'applicazione del codice penale militare di guerra e con conseguente passaggio della giurisdizione penale ai tribunali militari. Proprio da quest'ultimo grande evento è scaturita la elaborazione della teoria della necessità come fonte del diritto -che ha ricercato una forma di legittimazione per la decretazione d'urgenza del governo, prima del 1926, nella “assoluta impossibilità di applicare in certe condizioni le norme che regolano la vita normale dello Stato ed il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove” con “sostituzione, sia pure

²¹⁶ La classificazione è di R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, cit., 31 ss.

provvisoria e limitata di un nuovo di rito obiettivo al diritto obiettivo già esistente²¹⁷-, teoria che ha tratteggiato gli elementi essenziali della vigente disciplina della decretazione d'urgenza prevista in Costituzione;

3) i poteri straordinari del governo in tempo di guerra (che rinvergono le proprie fonti ne: la legge 31 gennaio 1926, n. 100; la legge 19 gennaio 1939 n. 129; l'art. 77 Cost.; la c.p.m.g.; l'art. 78 Cost.);

4) le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza, talvolta denominate anche, secondo il ceppo originario dei poteri "locali" di emergenza, come ordinanze contingibili ed urgenti.

Nonostante l'estremo fascino teorico rivestito dalle prime tre classi indicate, la loro contestuale desuetudine ha indotto a ritenere -fino a non molti anni fa- che il diritto amministrativo dell'emergenza coincidesse proprio con la problematica delle ordinanze contingibili ed urgenti, che rivestono particolare interesse in quanto si configurerebbero come espressione di un potere *extra ordinem*, tendente a colmare le lacune dell'ordinamento.

Il contenuto di queste speciali ordinanze, infatti, non è preordinato dalle norme attributive del potere di ordinanza, ma è liberamente determinato dal titolare del suddetto potere.

E' effettivamente quest'ultima classe che individua il tipico potere di emergenza disciplinato dal diritto amministrativo nel nostro ordinamento giuridico.

Avuto riguardo, poi, alle categorie dei poteri amministrativi ordinari e di quelli straordinari, una ulteriore classificazione dottrinale²¹⁸ in un certo qual modo si interseca con quella testé riportata, e più in particolare è quella che suole distinguere tra:

a) una prima accezione del potere straordinario, che ne valorizza il profilo soggettivo con riflessi sull'ordine delle competenze: si discute in questo caso di "organi straordinari che esercitano poteri ordinari" in luogo degli stessi organi dell'ente (in capo ai quali gli atti restano imputati), nel rispetto quindi dell'ordine

²¹⁷ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 257, poi in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1950, 1990

²¹⁸ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 351 e ss.

delle attribuzioni e della predeterminazione normativa sul piano sostanziale dei poteri di cui si verte; la straordinarietà, in questo caso, è data particolarmente quindi dalla tipologia dell'organo agente e dalla rottura, temporanea e funzionalmente circoscritta, dell'ordine delle competenze;

b) una seconda accezione, che attiene invece alle modalità di esercizio del potere ordinario (che rimane dotato di tutti i caratteri tipici sia con riferimento al soggetto, che all'atto che agli effetti) in situazioni straordinarie, connotate cioè dai requisiti della imprevedibilità (*rectius*, contingibilità) e della urgenza (o provvisorietà) e che pertanto richiedono deroghe alla disciplina comune; in questo caso, quindi, si tratta di esercizio di “poteri ordinari in situazioni straordinarie”.

Il riferimento principale che muove da questa categoria è agli “atti necessitati”, secondo la nota definizione²¹⁹ che li distingue nettamente dai poteri di ordinanza;

c) la terza ed ultima accezione si distingue ulteriormente dalle prime due, dando luogo per l'appunto all'istituto del potere di ordinanza, inteso come “potere straordinario utilizzato per far fronte a situazioni straordinarie”, non prevedibili, tale da rompere l'ordine prestabilito relativamente ad un determinato assetto amministrativo. Si tratta in questa ipotesi di poteri che la legge conferisce a determinate autorità, talvolta con norma generale ed astratta e talvolta con norme specificamente riferite al verificarsi di determinate situazioni. La nozione di potere straordinario finisce così per designare, come già accennato *supra*²²⁰, poteri del tutto innominati e quindi derogatori rispetto ai principi di tipicità e di nominatività degli atti amministrativi, nonché derogatori rispetto all'ordine normale dell'attribuzione e delle competenze.

Dopo avere aderito alla validità di questa terza definizione in particolare, che a ben guardare finisce per coincidere con quella di cui *sub* 4), si potrebbe procedere, sempre nel solco della ricostruzione effettuata da Vincenzo Cerulli Irelli, ad una scomposizione della categoria delle “ordinanze amministrative di

²¹⁹ M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 949.

²²⁰ v. Cap. I, §. 3.1.

necessità ed urgenza”, emanate con esercizio di potere straordinario a fronte di situazioni straordinarie, in due ulteriori specie:

a) quella più risalente dei poteri di ordinanza, imputati in via generale al Prefetto ed al Sindaco, le cui attribuzioni tradizionalmente riconosciute rientrano nell’alveo dell’ordinario esercizio della funzione amministrativa, e peraltro sono ordinariamente sindacabili;

b) quella emersa più recentemente nell’ambito dell’ordinamento della protezione civile (legge 24 febbraio 1992, n. 225), attraverso cui settori di amministrazione la cui gestione in sede ordinaria e con strumenti ordinari si presenta notevolmente complessa vengono assoggettati alla gestione speciale straordinaria, la cui disciplina in concreto (quella nel cui ambito l’organo straordinario deve operare per fronteggiare l’evento) non è posta dalla legge ma volta per volta, determinata dal Governo attraverso l’ordinanza che proclama lo stato di emergenza, e applicata, adattandola alle situazioni che via via si presentano dallo stesso organo straordinario.

Questo modello di intervento si differenzia rispetto al modello tradizionale dei poteri di ordinanza soprattutto perché interi ambiti di amministrazione (e non singoli, puntuali interventi a fronte di eventi contingibili) vengono sottratti all’applicazione del diritto amministrativo comune e sottoposti a disciplina speciale fortemente derogatoria.

La casistica, infine, entro cui si muove l’esercizio di questo potere, che si può abbozzare su base empirica, può essere ricondotta a tre principali categorie:

1) calamità naturali, nelle quali una situazione di emergenza effettivamente si rappresenta (come il terremoto in Abruzzo o i fatti alluvionali di Messina);

2) fatti di disfunzione amministrativa, la c.d. *maladministration*²²¹ (come la gestione dei rifiuti in Campania);

3) fatti di amministrazione complessa, i cc.dd. “grandi eventi” (come l’EXPO di Milano 2015), né imprevedibili né caratterizzati da fattori di urgenza

²²¹ V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 366.

ma connotati da esigenze di coordinamento nell'esercizio di funzioni spettanti ad autorità amministrative diverse.

Per i motivi fin qui sinteticamente illustrati, si muoverà in questa sede dall'analisi dei presupposti, del contenuto e delle applicazioni giurisprudenziali delle ordinanze contingibili ed urgenti tradizionalmente intese, per poi valutare se concretamente può parlarsi di un'evoluzione nel sistema, specialmente da quando, dopo l'entrata in vigore della legge n. 225/92, il "tipo" dei classici provvedimenti *extra ordinem* è andato a sovrapporsi a quello delle Ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile, strumento oggetto odierno di diffusissimo, e secondo alcuni abusato, ricorso.

2.- I poteri d'urgenza della P.A. *sub specie* del potere di ordinanza. Cenni su natura giuridica e classificazione.

L'attività dispositiva della pubblica amministrazione -intesa nel senso che l'organo amministrativo non esegue, non attua una norma preesistente, ma dispone- costituisce una deroga alla normale attività, che come già visto si attua di regola secondo il principio di legalità²²² (in forma subordinata alla legge).

La suddetta attività è straordinaria e derogatoria innanzitutto rispetto al principio della riserva di legge²²³, può essere esercitata dagli organi amministrativi nei casi tassativamente indicati dall'ordinamento ed ha il suo titolo legittimante nel c.d. potere amministrativo di ordinanza, cioè in quel potere che il legislatore ha attribuito ad alcuni organi amministrativi espressamente indicati, "di creare il diritto per il caso singolo, limitatamente a quelle situazioni di necessità ed urgenza per le quali nessuna norma può provvedere"²²⁴.

Il potere d'urgenza della pubblica amministrazione, in particolare quello di ordinanza, è dunque ritenuto il confine tra libertà ed autorità, da ricondurre nell'alveo del principio di legalità.

Pur se la nozione di urgenza si presenta tuttora come un concetto indeterminato, la scienza giuridica e la giurisprudenza hanno contribuito a

²²² M. AIMONETTO, cit., 271.

²²³ V. *supra*, Cap. I, §. 3.

²²⁴ G. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, cit., 19.

definire funzioni e limiti di un particolare tipo di potere d'urgenza, ossia del potere d'ordinanza²²⁵.

Le ordinanze in senso stretto vanno dunque più propriamente qualificate come “ordinanze di necessità e di urgenza”, e consistono in una particolare categoria di ordini che talune autorità amministrative sono autorizzate ad emanare sul presupposto della necessità ed urgenza di provvedere, con contenuto non predeterminato, per poterlo adattare a quanto le circostanze di volta in volta richiedono²²⁶. Esse si rinvergono, nella loro accezione più lata, nella categoria degli ordini, ossia di quegli atti con cui la pubblica amministrazione, “sulla base di una potestà di supremazia, fa sorgere a carico di un soggetto un dovere di condotta positivo (comando) o negativo (divieto), la cui inosservanza espone l'obbligato ad una sanzione in caso di disobbedienza”²²⁷.

La dottrina, più in particolare, ha distinto tra:

- ordini negativi od omissioni o divieti, che si concretano in un ordine di non fare (per es. divieto di transito, di uso di preparati nella fabbricazione di certi prodotti, di uso di disinfettanti o disinfestanti in agricoltura e simili);

- ordini di subire (es. subire visite fitosanitarie, ispezioni dell'ispettorato del lavoro etc.);

- ordini di fare (es. ordine rivolto ai proprietari di tinteggiare l'edificio, di mantenere l'allacciamento alla rete fognante pubblica, di rifare il marciapiede, all'imprenditore di sostituire macchinari pericolosi per i terzi o per i lavoratori)²²⁸.

Si è in presenza di un potere tipico della pubblica amministrazione, che si estrinseca nella emanazione di atti e/o provvedimenti emessi “dai titolari dei *munera* aventi rilevanza esterna e per i quali, per l'appunto, è riservata la qualifica di organi”²²⁹, che si manifestano prevalentemente come organi

²²⁵ M. GNES, *Limiti e tendenze*, cit., 212.

²²⁶ La definizione è di A. ROMANO TASSONE, *Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive. La normazione secondaria*, cit., 174 ss.

²²⁷ V. ITALIA - G. LANDI - G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, XII ed., 2000, 222; L. GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950, 65; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, vol. II, 1985, 19.

²²⁸ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 324.

²²⁹ F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza ed ordinanze di necessità*, cit., 34.

monocratici (Ministro, Presidente della Giunta regionale, Presidente della Provincia, Prefetto, Sindaco, Dirigente).

Il potere di ordinanza è un potere *extra ordinem*, minuziosamente regolato nella competenza e nei fatti di legittimazione, più o meno libero nell'oggetto, e soprattutto compatibile con il principio di legalità.

Per la sua particolare natura, esso è accordato solo ad alcune autorità periferiche che curano interessi attinenti all'amministrazione in generale, in particolare al Prefetto²³⁰, al Sindaco²³¹, al Presidente della Giunta regionale²³².

La legge determina tassativamente l'organo competente ad adottare le ordinanze d'urgenza, cosicché si avverte in ciò un primo non indifferente limite all'ampia discrezionalità che si rivela in questi atti.

Necessità di interventi straordinari d'urgenza possono però non consentire l'indugio di rivolgersi ad esempio al Prefetto per risolvere eccezionali situazioni locali, per cui si è ritenuto di affidare al Sindaco nella veste di ufficiale del Governo, come si vedrà meglio *infra*, alcuni poteri di ordinanza al fine di assicurare tempestivamente la tutela degli interessi pubblici.

2.1- Applicazioni giurisprudenziali sui provvedimenti contingibili ed urgenti: deroghe ai presupposti.

Le ordinanze contingibili ed urgenti sono dei provvedimenti amministrativi che “stanno” nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità; l'esercizio di detto potere permette perciò di creare provvedimenti atipici, necessariamente derogatori (senza tuttavia che ciò possa significare che il titolare del potere di ordinanza abbia una assoluta libertà di scelta²³³).

²³⁰ V. art. 19 T.U. della legge comunale e provinciale, n. 833 del 1934.

²³¹ G. GALATERIA, op. cit., 62; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e d'urgenza*, cit., 100.

²³² V. art. 32 legge 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale, e art. 12 d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, recante norme sullo smaltimento dei rifiuti.

²³³ M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, op. cit., 706.

Ferma l'opportuna premessa di derivazione giurisprudenziale²³⁴ secondo cui nell'adozione dei provvedimenti contingibili ed urgenti non esiste, in astratto, un metro di valutazione fisso da seguire, ma la soluzione va individuata di volta in volta, secondo la natura del rischio da fronteggiare, si possono riassuntivamente individuare²³⁵ alcuni presupposti²³⁶ di massima che legittimano il potere di emanare ordinanze d'urgenza:

a) la necessità, intesa come situazione di fatto che rende indispensabile derogare agli ordinari mezzi offerti dalla legislazione, tenuto conto delle presumibili serie probabilità di pericolo nei confronti dello specifico interesse pubblico da salvaguardare.

La necessità è la causa che determina l'intervento dell'autorità amministrativa, risolta a prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano la pubblica incolumità²³⁷.

Correttamente, essa è ritenuta non una fonte di produzione giuridica, ma una fonte sulla produzione giuridica, in quanto non può essere configurata come uno stato di fatto che rende attuale un obbligo giuridico, ma per la sua intrinseca forza, *“giacché essa non pone né è in grado di porre alcuna disposizione giuridica, ma semmai può legittimare dei soggetti a porre norme con propri atti”*²³⁸.

Il pericolo non deve essere necessariamente in atto, potendo anche essere eventuale, rientrando tra i compiti della pubblica amministrazione anche l'attività di prevenzione, per cui l'ordinanza di urgente necessità può essere finalizzata

²³⁴ Cons. St., sez. IV, 25 settembre 2006, n. 5639.

²³⁵ M. AIMONETTO, *op. cit.*, 274.

²³⁶ Esiste, sulla materia della individuazione dei presupposti per l'emanazione di ordinanze contingibili ed urgenti, una giurisprudenza fiorentissima ed in continua evoluzione, di cui non è possibile dare compiutamente conto in questa sede. Si rinvia, a titolo meramente esemplificativo, a: Cons. St., sez. IV, 25 settembre 2006, n. 5639; CGA, sez. giurisdizionale, 31 marzo 2006, n. 119.

²³⁷ Cfr. *ex plurimis*, recentissimamente, TAR Puglia, Bari, sez. I, 13 marzo 2008, n. 591, secondo cui “il potere extra ordinem presuppone, da un lato, una situazione di effettivo pericolo, da esternare con congrua motivazione, e, dall'altro, una situazione eccezionale e imprevedibile, cui non sia possibile far fronte con i mezzi previsti in via ordinaria dall'ordinamento”; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 1 agosto 2007, n. 5534; TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 4 maggio 2007, n. 4000. secondo cui “l'esercizio dell'azione amministrativa extra ordinem presuppone sempre la necessità di provvedere con immediatezza in ordine ad una situazione di natura eccezionale ed imprevedibile”; TAR Lazio, Latina, 17 gennaio 2007, n. 40: “l'esercizio del potere sindacale di emanare ordinanze contingibili ed urgenti ... non può prescindere dalla sussistenza di una situazione di effettivo e concreto pericolo”.

²³⁸ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza*, cit., 98.

non solo ad eliminare inconvenienti già manifestatisi, ma anche alla loro prevenzione.

b) l'urgenza, consistente nella materiale impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di danno a breve distanza di tempo²³⁹; in altre parole, l'urgenza sta a significare l'attualità di uno stato di pericolo che deve essere prontamente rimosso, non essendo più prorogabile: di qui il requisito delle improrogabilità o della contingibilità dell'emergenza, accanto a quello della carenza dei normali mezzi per provvedere;

c) la contingibilità, intesa come evento di carattere eccezionale, accidentale, eventuale, straordinario, inconsueto, tale da non poter essere in alcun modo previsto. Questo requisito deve essere interpretato tenuto conto dei criteri di relatività, in quanto una necessità, sia pure prevedibile, può assumere, qualora non fronteggiata tempestivamente, carattere d'urgenza; ciò perché "l'imprevidenza o negligenza dell'amministratore non possono precludere l'esercizio del potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti"²⁴⁰.

Alcuni autori²⁴¹, sostenuti anche da certa giurisprudenza²⁴², osservano che la contingibilità deve essere correlata non all'evento, bensì al provvedimento, avente carattere temporaneo e come tale legato a circostanze contingenti e destinato a cessare col cessare di esse.

Più di recente, una interessante sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa²⁴³ ha offerto una rinnovata esegesi del presupposto in esame. Sostiene il Collegio che: "... i termini contingente, contingibilità e contingibile, di uso arcaico ed ormai quasi esclusivamente confinato nel diritto pubblico, derivano dal latino *cum tangere*, ed indicano un evento che può accadere imprevedibilmente. La contingibilità, cioè l'essere contingibile, è sinonimo di una accidentalità, causalità. Indica, in sostanza, un accadimento che si pone fuori

²³⁹ Cons. St., sez. V, 23 agosto 2000, n. 4568, in *Cons. di Stato*, 2000, I 1892.

²⁴⁰ F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza*, cit., 980.

²⁴¹ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza*, cit., 101; M. VIGNALE, *Requisizione ed altre ordinanze di estrema urgenza*, Napoli, 1989.

²⁴² Cfr. *ex multis* TAR Sicilia, Palermo, 4 luglio 1984, in *I TAR*, 1984, I, 2906; TAR Calabria, Catanzaro, 20 aprile 1990, n. 266, in *I TAR*, 1990, I, 2809; TAR Lazio, 28 novembre 1991, n. 1817, in *I TAR*, 1991, I, 4190.

²⁴³ CGA, sez. giurisdizionale, 2 marzo 2007, n. 97, in *www.lexitalia.it*.

dell'ordinato e prevedibile svolgersi degli eventi, ma che, al contempo, si pone all'interno della catena di essi in maniera tale da risultare imprescindibile, vale a dire non altrimenti eludibile o evitabile.

L'evento contingente richiede un intervento, un rimedio che sia tale da annullare la situazione eccezionale che si è verificata. Della contingibilità, quindi, si deve predicare l'accidentalità e la causalità, cioè l'estraneità al percorso logico e razionale che si sarebbe potuti ragionevolmente attendere; l'eccezionalità, vale a dire il porsi, come eccezione, alla regola degli eventi, cioè, ancora, al dispiegarsi razionale di essi che la ragione e l'*id quod plerumque accidit* suggerisce e ci permette di attenderci; l'imprevedibilità, che è attributo naturale di un avvenimento il quale, proprio perché eccezionale, accidentale e casuale, come detto, non può essere previsto.

Il concetto di contingibilità, nel diritto pubblico, rinvia quindi ad un evento che, deviando dalla catena regolare, e regolata, degli avvenimenti non può essere affrontato che con strumenti anch'essi devianti rispetto alla catena regolare, e regolata, della attività amministrativa. Con strumenti, in sintesi, *extra ordinem*, là dove l'*ordo* cui si riferisce il brocardo non è l'ordinamento giuridico ma l'ordine naturale dell'azione amministrativa. Di per sé anche l'intervento *extra ordinem* è pur sempre all'interno dell'ordinamento giuridico e da esso normato”.

Contingibilità ed urgenza sono infine senza dubbio requisiti tra loro intimamente connessi e non possono essere presi in considerazione singolarmente in quanto, ai fini dell'applicabilità delle ordinanze di necessità, non vi può essere urgenza per ciò che è “prevedibile e duraturo nel tempo”, né evento contingibile per il quale non esista “la necessità di porre immediato riparo”²⁴⁴.

d) la proporzionalità: il contenuto del potere esercitato dall'Amministrazione deve saper realizzare il minor sacrificio possibile degli interessi del destinatario verso il quale si esplicano gli effetti sfavorevoli, con il

²⁴⁴ L. GIOVENCO-A. ROMANO, *L'ordinamento comunale*, Milano, 1994, 660.

vantaggio strettamente necessario al soggetto verso il quale si vuole che si realizzino effetti favorevoli²⁴⁵;

e) il previo accertamento, da parte di organi competenti, della situazione di pericolo o di danno che si intende fronteggiare;

f) la mancanza di strumenti alternativi, previsti dall'ordinamento, stante il carattere *extra ordinem* del potere sindacale di ordinanza²⁴⁶. Deve, pertanto, escludersi e che l'autorità competente ad esercitare il ricorso al provvedimento d'urgenza possa in concreto usarne quando la situazione di pericolo possa essere adeguatamente eliminata con strumenti ordinari²⁴⁷.

g) la provvisorietà²⁴⁸: presupposto di ultima generazione coniato dalla giurisprudenza, esso va inteso nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporalmente limitata;²⁴⁹ lo stesso giudice amministrativo²⁵⁰ ne ha affermato con forza l'operatività, a tutela della temporanea vigenza del microcosmo normativo del regime di emergenza e della rottura di questo con i principi di legalità e di tipicità dell'azione amministrativa.

2.2- Applicazioni giurisprudenziali sui provvedimenti contingibili ed urgenti: deroghe al procedimento.

Giova, altresì, commentare come le ordinanze in parola si pongano in rapporto ai principi sanciti nella legge sul procedimento amministrativo.

²⁴⁵ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza*, cit., 330; Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2003, n. 1990; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2004, n. 4767; Cons. St., sez. V, 3 aprile 1990, n. 332, in Consiglio di Stato, 1990, I, 557, che ha ritenuto illegittima un'ordinanza di urgenza con la quale era stata disposta la demolizione di un fabbricato anziché il solo puntellamento delle parti cadenti, come suggerito dalla relazione tecnica.

²⁴⁶ TAR Toscana, I, 13 febbraio 2000, n. 323, in *ITAR*, 2000, I, 1923.

²⁴⁷ Cfr. *ex multis*, Cons. St., 5 giugno 1997, n. 592, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 735; TAR Abruzzo, L'Aquila, 16 dicembre 2005, n. 1480, secondo cui "l'applicazione delle ordinanze *extra ordinem* deve ritenersi residuale e resta impedita ogni qualvolta esista una specifica normativa che disciplini la materia"; TAR Campania, Napoli, sez. V, 8 febbraio 2006, n. 1778, che osserva come "il ricorso allo strumento sussidiario e residuale dell'ordinanza contingibile ed urgente – che non può surrogare i rimedi giuridici ordinari tipici –, non può rinvenire il suo presupposto di urgenza nell'interzia della stessa amministrazione".

²⁴⁸ cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, 20 ottobre 2005, n. 828, che ha dichiarato l'illegittimità dell'ordinanza emanata per fronteggiare esigenze prevedibili e permanente, volte a regolare stabilmente una situazione od un assetto di interessi.

²⁴⁹ *Contra*, tuttavia, si veda Cons. St., sez. V, 13 agosto 2007, n. 4448, che ha affermato che "le ordinanze contingibili ed urgenti sprovviste di un termine dinale di durata o efficacia non per questo sono automaticamente illegittime in quanto, pur provocando mutamenti del tutto irreversibili di una particolare situazione non determinano un assetto stabile e definitivo della disciplina".

²⁵⁰ TAR Lazio, I Sez. *ter*, 14 febbraio 2001, n. 1148; TAR Lazio, I Sez. *ter* 14 febbraio 2001, n. 1161.

La necessità e l'urgenza non possono, infatti, tollerare quei limiti procedurali che sono posti dal legislatore per i tempi ordinari, ma è soprattutto la mediazione degli interessi stabilita dalle norme sul procedimento ad essere posta in discussione dal mutato rilievo degli interessi in conflitto e dalla diversa qualificazione che gli stessi ricevono in situazioni d'eccezione²⁵¹.

In questa prospettiva, le cautele ordinarie non appaiono più idonee²⁵² a soddisfare la mediazione che il legislatore aveva ritenuto ottimale per la composizione degli interessi normalmente presenti di fronte all'esercizio di un determinato potere pubblico, sono norme generali ed astratte che non riescono a conformarsi alle diverse e mutevoli graduazioni della necessità ed urgenza.

Il procedimento, e più in generale ogni enunciato che contribuisce a definire il contenuto d'esercizio dei poteri a contenuto predeterminato, divengono "cedevoli", sino alla loro eliminazione.

Viene in soccorso, ancora una volta, la giurisprudenza amministrativa.

E' stato innanzitutto osservato²⁵³ che la peculiare natura delle ordinanze contingibili ed urgenti quale rimedio *extra ordinem* dell'ordinamento non si traduce *sic et simpliciter* in una esenzione del processo di formazione della volontà amministrativa dagli oneri conoscitivi e delimitativi dei presupposti di fatto e di diritto nella quale l'atto è destinato ad operare, bensì la straordinarietà dell'esercizio del potere, se permette che l'acclaramento della situazione presupposta possa prescindere dalla necessità di massimizzare l'acquisizione degli elementi istruttori al fine di effettuare quei confronti propri del procedimento ordinario, rende, al contempo, più stringente la verifica di quelli acquisiti in primo esame, i quali vanno rigorosamente valutati, al fine di individuare e l'emergenzialità della situazione presupposta e la efficacia, congruità ed adeguatezza delle misure utili a fronteggiarla.

²⁵¹ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per cause e fattori esterni all'amministrazione*, cit., 50-51.

²⁵² TAR Puglia, Bari, sez. II, 27 marzo 2007, n. 820, secondo cui "è coerente in questi casi ritenere una estrema semplificazione procedimentale ed un onere motivazionale limitato essenzialmente allo stato di pericolo ... per la evidente prevalenza di tutela dell'interesse pubblico".

²⁵³ TAR Lazio, Roma, sez. II, 14 febbraio 2007, n. 1352.

A tutt'oggi controversa, poi, appare la questione circa l'obbligatorietà o meno della comunicazione di avvio del procedimento²⁵⁴.

A fronte, infatti, di pronunce che ribadiscono - anche in costanza di situazioni di urgenza - la assoluta necessità della comunicazione di avvio²⁵⁵ ex art. 7 legge n. 241/90, ve ne sono altre più laconiche, che ne sanciscono inequivocabilmente la non essenzialità²⁵⁶; va, infine, registrata una recente posizione "mediana" del Consiglio di Giustizia Amministrativa, che subordina l'omissione dell'avviso di avvio del procedimento a "particolari esigenze di celerità"²⁵⁷.

Così eliminati i vincoli procedurali in ragione dell'urgenza, il controllo di legittimità dell'ordinanza viene fatto normalmente rientrare nel vizio di eccesso di potere, nel senso di un difetto di proporzionalità della scelta operata dall'amministrazione pubblica, che presuppone sul piano logico l'insufficiente istruttoria²⁵⁸ o l'insufficiente motivazione, e, più raramente, lo sviamento di potere²⁵⁹.

Alla luce di quanto fin qui osservato, ben può affermarsi che le norme attributive della facoltà di provvedere in via d'urgenza sono accompagnate da limitazioni che attengono o alla materia o al fine, ma mai all'oggetto del provvedere. Le norme che prevedono le ordinanze di necessità, infatti, si limitano a determinare il presupposto, "ma non dicono mai che cosa la P.A. può disporre: all'opposto, autorizzano secondo lettera i soggetti investiti dei poteri di ordinanza a compiere, eseguire, far eseguire, ordinare, vietare tutto quello che

²⁵⁴ Sulla necessità o meno di comunicazione di avvio del procedimento, v. Cons. St., sez. V, 29 agosto 2006, n. 5058.

²⁵⁵ TAR Liguria, Genova, sez. I, 14 giugno 2007, n. 1119.

²⁵⁶ Cons. St., sez. V, 13 agosto 2007, n. 4448.

²⁵⁷ CGA, sez. giurisdizionale, 2 marzo 2007, n. 97, che osserva che "l'art. 8 della legge regionale n. 10 del 1991 richiedere "particolari esigenze di celerità" per autorizzare l'omissione dell'avviso di inizio del procedimento. L'uso dell'aggettivo "particolare" induce l'interprete a ritenere che quella urgenza di provvedere in termini strettissimi non è neppure ipotizzabile in un contesto normale, vale a dire che i fatti devono essere tali da determinare una tela necessità di avviare il procedimento da non sopportare alcun indugio. Va da sé che di tale particolare esigenza l'Amministrazione deve dare conto nel provvedimento".

²⁵⁸ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. I, 2 aprile 2003, n. 1021; Cons. St., sez. V, 7 aprile 2003, n. 1831; Cons. St., sez. V, 15 aprile 2004, n. 2144; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2004, n. 4767; TAR Emilia Romagna, 17 gennaio 2005, n. 51; TAR Toscana, sez. III, 8 marzo 2005, n. 994; TAR Toscana, sez. III, 10 maggio 2005, n. 2085.

²⁵⁹ Cons. St., sez. V, 12 novembre 1996, n. 1322; Cons. St., sez. IV, 13 dicembre 1999, n. 1844; Cons. St., sez. V, 2 aprile 2001, n. 1904.

contingentemente appare necessario ed indispensabile per il raggiungimento del fine²⁶⁰.

3.- La potestà ordinatoria negli enti locali.

Non si può limitare l'analisi del potere di ordinanza con riguardo agli atti contingibili ed urgenti del Governo centrale, ma occorre estenderla anche alle ordinanze d'urgenza dell'ex Prefetto (oggi dirigente dell'ufficio territoriale del Governo) e del Sindaco²⁶¹, di quei soggetti cioè diversi dal Governo in senso stretto "ma compartecipi della funzione esecutiva statale"²⁶², e ciò sulla base del presupposto che tali soggetti - secondo l'ordinamento vigente - spesso adottano gli atti in questione o come articolazioni territoriali dell'esecutivo statale o come rappresentanti dello stesso nel territorio²⁶³.

D'altro canto, tale scelta risulta l'unica pienamente funzionale rispetto all'obiettivo di comprendere quali siano i tratti fondamentali del potere di ordinanza unitariamente considerato: il che, per ragioni meramente quantitative, è possibile solo se si valutano anche gli apporti sulle ordinanze *extra ordinem* adottate da soggetti diversi dal Governo in senso stretto ma compartecipi della funzione esecutiva statale.

Ciò premesso, nell'ordinamento comunale il potere di emanare ordinanze compete, principalmente, all'organo monocratico, il Sindaco, investito dei più ampi poteri di rappresentanza dell'Ente²⁶⁴.

La potestà ordinatoria comunale e degli enti locali più in generale si manifesta sia con l'imposizione di specifici comportamenti, che trovano il loro

²⁶⁰ E. MAGGIORA, *op. cit.*

²⁶¹ Tra gli scritti più recenti in materia di potere di ordinanza del Sindaco si ricordano L. CHIODINI-W. TORTORELLA, *Le ordinanze dei Sindaci e oltre*, in *Amministrare*, 2, agosto 2010, 317 ss.; C. MEOLI, *Il potere di ordinanza del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, cit.; R. NOBILE, *Le ordinanze del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, www.lexitalia.it, 2, 2009.

²⁶² A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit., 72.

²⁶³ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (A CURA DI), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, Società editrice libraria, Milano, 1904, 1177 ss., rinveniva le ragioni dell'attribuzione di poteri contingibili ed urgenti agli organi titolari della funzione esecutiva nella sindacabilità giurisdizionale e politica degli atti governativi e nella natura intrinsecamente esecutiva delle misure di necessità ed urgenza.

²⁶⁴ Sostiene infatti *a contrario* CHECCHI, ne *Il Sindaco*, in *Corr. amm.*, 1951, 61, che se le ordinanze costituiscono gli atti tipici del Sindaco, così le deliberazioni costituiscono gli atti tipici del Consiglio Comunale.

fondamento in regolamenti locali o in leggi e regolamenti statali e regionali, sia con l'adozione, in caso di necessità, di provvedimenti comportanti obblighi non specificatamente previsti dall'ordinamento (le c.d. ordinanze di necessità).

Nei confronti delle ordinanze, dunque, che hanno cittadinanza nell'ordinamento degli enti locali, trova applicazione la distinzione tra:

- ordinanze normali o ordinarie;
- atti di urgenza;
- ordinanze di necessità.

Sono ordinarie o normali quelle ordinanze che si sostanziano in normali provvedimenti amministrativi adottati nell'esercizio di specifiche funzioni amministrative attribuite al Sindaco dalle norme²⁶⁵.

Esse si presentano come provvedimenti tipici, mediante i quali l'obbligo generico contenuto nelle disposizioni a carattere generale "si tramuta in obbligo specifico di compiere od omettere determinate azioni"²⁶⁶. Il fondamento del potere ordinatorio è in questo caso da ricercare nella potestà riconosciuta ad ogni pubblica amministrazione di agire per l'osservanza delle disposizioni da essa dettate.

Non è possibile procedere ad una preventiva individuazione delle ordinanze che il Sindaco o i capi delle amministrazioni locali possono adottare in merito, mentre le ordinanze emanate in attuazione di leggi e regolamenti statali e regionali sono individuate da specifiche e tassative previsioni normative²⁶⁷.

Nell'ampia categoria degli atti necessitati è dato distinguere tra atti di urgenza ed ordinanze di necessità, aventi entrambi in comune il presupposto dell'urgente necessità di provvedere, ma differenziabili, i primi, per essere anch'essi previsti e regolamentati, quanto al contenuto, da norme (al pari delle

²⁶⁵ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 91; BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Trattato di dir. amm.*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, 1915, vol. II, 2, 193.

²⁶⁶ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1962, quinta ed., vol. I, 360; L. GIOVENCO-A. ROMANO, *L'ordinamento comunale*, Milano, 1994, 651.

²⁶⁷ Come nel caso delle ordinanze per la tutela delle strade e della circolazione stradale (artt. 29, 30, 32 cod. str.; art. 15 D.Lgs. Lgt. 1446 del 1918); in materia di igiene e sanità (artt. 216, 217, 222, 223, 224, 232, 258, 260 T.U. san.; artt. 1, 11, 17 e 24 D.P.R. 320 del 1954); in materia urbanistica (art. 4 legge 47 del 1985); in materia commerciale (artt. 22 e 29 D.Lgs. 114 del 1998; artt. 5 e 7 legge 425 del 1971), etc.

ordinanze normali) e le seconde, per avere, invece un contenuto non predeterminato dalla legge²⁶⁸.

Nel campo del diritto amministrativo, le norme hanno seguito “la strada di moltiplicare le figure dei provvedimenti amministrativi necessitati, i quali talora addirittura doppiano dei provvedimenti non d’urgenza (requisizioni - requisizioni d’urgenza, occupazioni-occupazioni d’urgenza)”²⁶⁹.

Un tipico esempio lo si ricava dall’art. 378 della legge 2248, all. F, del 1865, il quale consente al Sindaco di far eseguire, nei casi d’urgenza, immediatamente d’ufficio i lavori di ripristino, mentre l’ordinanza normale, prevista dallo stesso art. 378 sancisce che l’esecuzione avvenga ad opera del trasgressore, a ciò previamente invitato.

Al di là delle ipotesi in cui si rinviene tale dualismo, ad ogni buon conto, si riscontrano nella legislazione comunale e provinciale atti d’urgenza, in sé e per sé considerati, che non si contrappongono ad ordinanze normali, specificatamente previste²⁷⁰.

Le ordinanze di necessità, infine, su cui *infra*, hanno in comune con gli atti di urgenza il presupposto dell’urgente necessità a provvedere, ma si differenziano dagli stessi per essere provvedimenti il cui contenuto non è predeterminato, essendo demandato all’autorità amministrativa il potere di stabilire, di volta in volta, la misura da adottare e l’ambito di applicazione.

Le principali ordinanze di necessità che la legge attribuisce al Sindaco sono quelle previste dagli artt. 50 e 54 del T.U.E.L., dall’art. 32 della legge n.

²⁶⁸ E. MAGGIORA, *Le ordinanze degli Enti locali*, Giuffrè, Milano, 2001, 5.

²⁶⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 578.

²⁷⁰ A titolo meramente esemplificativo, si segnalano come particolarmente conducenti: l’art. 94 Reg. san. del 1901, attributivo di una competenza della Giunta in ordine alla chiusura di stabilimenti insalubri o pericolosi; l’art. 79 della legge 17 luglio 1890 n. 6972, che prevede un’ordinanza del Sindaco al fine di disporre il ricovero o la cura di malati o feriti qualora gli ospedali ricusino di prestare i soccorsi richiesti d’urgenza; l’art. 258 T.U. san., che consente al Sindaco di richiedere a qualsiasi cittadino, quando nel Comune si sia manifestata una malattia di carattere epidemico, le prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione; l’art. 100 Reg. san., che conferisce facoltà al Sindaco di provvedere d’urgenza alla dichiarazione di inabitabilità o chiusura di una casa o parte della medesima; l’art. 71, co. 2, legge 25 giugno 1865 n. 2359, che stabilisce che in caso di rottura degli argini, di rovesciamenti di ponti per impeto delle acque e negli altri casi di forza maggiore e di assoluta urgenza, tali da non consentire l’indugio richiesto per fare avvertire il Prefetto ed attendere il provvedimento, il Sindaco può autorizzare l’occupazione temporanea dei beni indispensabili per l’esecuzione delle opere all’uopo necessarie; l’art. 7 della legge 2248, all. E, del 1865 concede al Sindaco la facoltà di procedere senza indugio, in caso di pendenza di un giudizio, all’esecuzione d’ufficio dell’atto delle cui conseguenze giuridiche si controverte.

833 del 1978, dall'art. 13 del D.Lgs. n. 22 del 1997, dall'art. 5 del D.M. 26 marzo 1991, dall'art. 9 della legge n. 447 del 1995 e dall'art. 7 della legge 2248, all. E, del 1865.

Degna di menzione appare la recente introduzione dell'ordinanza di cui all'art. 191 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (norme in materia ambientale), che in aggiunta alle disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale, sanitaria e di pubblica sicurezza, e con particolare riferimento alle disposizioni sul potere di ordinanza di cui all'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, dispone che, qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta Regionale o il Presidente della Provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti²⁷¹.

L'attribuzione di poteri contingibili ed urgenti a Sindaci e a Presidenti di Provincia in qualità di ufficiali del Governo è stata infine considerata legittima dalla giurisprudenza costituzionale fin dalla sentenza della Corte costituzionale, 16 marzo 1976, n. 45²⁷². La sopravvivenza della nozione di Sindaco o di Presidente della Provincia come "Ufficiale di Governo" dopo la riforma costituzionale del 2001 è, invece, stata implicitamente affermata dalla recente pronuncia della Corte, 1 luglio 2009, n. 196²⁷³.

3.1.- Il Prefetto, il Sindaco "Ufficiale di Governo" ed altre figure.

²⁷¹ Osserva V. SALAMONE, in *Le ordinanze di protezione civile*, cit., che la finalità è quella di consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione di rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente. Le predette ordinanze vanno comunicate al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, al Ministro della salute, al Ministro delle attività produttive, al Presidente della Regione ed all'autorità d'ambito entro tre giorni dall'emissione ed hanno efficacia per un periodo non superiore a sei mesi.

²⁷² In *Giur. cost.*, 1976, 355 ss., con cui si affermava la costituzionalità della previsione dell'art. 12 delle norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, la quale autorizza il Governo a sostituirsi al Presidente della Provincia in caso di sua inerzia nell'adozione dei necessari provvedimenti *extra ordinem*.

²⁷³ in *Le Regioni*, 2009, 1401 ss., in relazione alla novella dell'art. 54 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, operata dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 in tema di poteri di incolumità pubblica e sicurezza urbana dei Sindaci.

A questo punto, si può con discreto grado di esaustività aggiungere che il nuovo ordinamento sugli enti locali, il D.Lgs. n. 267 del 2000, sancisce perlomeno due novità di rilievo in riferimento all'esercizio della potestà ordinatoria, e cioè:

a) una “preferenza” per l'organo politico anche rappresentante della comunità locale, rispetto al Prefetto;

b) la posizione sussidiaria del Prefetto rispetto al Sindaco.

Vediamo in parallelo i nuovi poteri di questi due organi.

Il Sindaco-ufficiale del Governo ha rappresentato nella storia d'Italia una delle tecniche utilizzate dallo Stato per “addossare la cura di interessi propri agli uffici comunali”²⁷⁴. Tuttavia, mentre agli albori dell'ordinamento unitario l'attribuzione al sindaco di compiti quale ufficiale del governo rientrava nel disegno di una più ampia ingerenza che lo Stato esercitava sulle funzioni locali, nel successivo periodo c.d. “liberale” la figura costituisce una delle misure di “compensazione” della più ampia autonomia conquistata in quegli anni dagli enti locali; ulteriormente, durante il periodo fascista il Sindaco-ufficiale del Governo è espressione della concezione che considera gli uffici periferici dello Stato e i comuni come parte di “un'unica amministrazione locale, distinta in governativa ed autarchica, e, comunque, tutta chiamata a curare interessi statali” ed infine viene oggi spesso considerata mero residuo del passato, di dubbia compatibilità con il nuovo ordine costituzionale.

Ora, a favore della riconduzione delle competenze sindacali in tema di ordinanze contingibili ed urgenti alla qualità di ufficiale di Governo militano almeno tre circostanze di maggior rilievo:

1) la prima è data dal fatto che si tratta di provvedimenti notevolmente penetranti nei confronti della proprietà privata, un tempo riservati agli organi statali periferici che parevano offrire più ampie garanzie di tutela dei diritti dei cittadini, stante la soggezione gerarchica di essi al governo centrale²⁷⁵. Appare

²⁷⁴ G. VESPERINI, *Il sindaco nell'Italia unitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 858.

²⁷⁵ R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 54*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Cedam, Padova, 2006, 362. Nella dottrina più risalente, T. MARCHI, *Gli uffici locali dell'amministrazione generale dello Stato*, in *Trattato Orlando*, II, 1907, 383 ss.; G. FAGIOLARI e E.

emblematica in tal senso la già citata figura della requisizione di cui all'art. 7 della legge n. 2248/1865. Tale provvedimento, pur rientrando in un procedimento a sé stante, volto a perseguire finalità diverse da quelle proprie dei trasferimenti coattivi di proprietà da un lato e dalle ordinanze d'urgenza dall'altro²⁷⁶, viene dalla giurisprudenza considerato adottabile dal Sindaco solo in via sussidiaria rispetto al Prefetto²⁷⁷: nonostante il decentramento amministrativo, il Sindaco continua quindi ad esercitare il potere di requisizione quale ufficiale del Governo, e non quale organo dell'amministrazione comunale²⁷⁸. Anche in questo caso la *ratio* va ricercata nel fatto che la requisizione, quando ha iniziato ad assumere la fisionomia di provvedimento volto a risolvere tensioni sociali - come nel caso emblematico della crisi degli alloggi - ha posto ancor più il problema della competenza, poiché il vertice dell'ente territoriale, che trae elettivamente la propria legittimazione, sarà naturalmente più sensibile a tensioni di tale ampiezza per la propria collettività di riferimento, a differenza del Prefetto, che in quanto organo di un'amministrazione centrale appare tradizionalmente più attento alle esigenze garantistiche della proprietà privata²⁷⁹.

2) la seconda ha carattere "oggettivo e funzionale" e dipende dalla profondità e dall'ampiezza del potere di ordinanza, che può apportare deroghe all'ordinamento vigente. In tal senso la possibilità di apportare deroghe a precetti di rango legislativo e regolamentare potrebbe essere ammessa solo se ricondotta alla categoria generale del "potere di Governo", inteso in senso lato come cura degli interessi essenziali della comunità.

PRESUTTI, *Commento sistematico della legge comunale e provinciale*, II, 1914, 133 ss.; E. FORTI, *Sulle attribuzioni del sindaco come ufficiale di governo*, nota a Cassazione Roma, 18 marzo 1904, in *Giur. it.*, 1905, I, 1, 15.

²⁷⁶ G.B. VERBARI, *Requisizione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 909. Sulla requisizione, M. DI RENZO, *La requisizione d'urgenza*, Bari, 1970; D. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, cit., 78 ss.; M.S. GIANNINI, *Poteri di ordinanza ed atti necessitati*, cit., *passim*.

²⁷⁷ Cons. St., Ad. plen., 30 luglio 2007, n. 10.

²⁷⁸ G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 235 ss.

²⁷⁹ A. ROMANO, *Le requisizioni tra Sindaci, Prefetti e Giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1978, III, 174. Questa interessante chiave di lettura teleologica potrebbe forse oggi contribuire a spiegare il rafforzamento dei poteri sindacali, ma in qualità di ufficiale di governo, che finisce altresì per dimostrare una generale sfiducia nei confronti degli interventi rimessi agli organi rappresentativi, sia locali che nazionali (l'opinione è di G. MELONI, *Il potere "ordinario" dei sindaci di ordinanze extra ordinem*, in www.federalismi.it).

3) la terza ragione ha carattere “strutturale e soggettivo”, e muove da quella dottrina che considera gli enti locali territoriali enti ausiliari dello Stato, così che, come si evince dall’antica tesi del sistema degli enti locali come sistema a decentramento autarchico, quest’ultimo troverebbe la propria base unitaria nell’apparato statale²⁸⁰. Questa teoria è ancora meno attuale della precedente, entrando oggi in conflitto con l’attribuzione di autonomia (artt. 5 e 114 Cost.) a Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni, che sono, accanto allo Stato, gli enti necessari in cui la Repubblica è costituita (art. 114 Cost.).

Sicché secondo alcuni il Sindaco diviene rappresentante di un ente inserito in un sistema che, in quanto improntato al principio della pari dignità costituzionale di tutti i livelli di governo, non può tollerare quella legislazione di rango competenziale o di rango organizzativo che, improntata secondo l’antico modello gerarchico, lede in modo irragionevole e non necessario i principi costituzionali²⁸¹. Secondo la nuova formulazione dell’art. 118 Cost., peraltro, il conferimento delle funzioni dello Stato ai Comuni deve essere fatto a favore dell’ente (Comune) e non dell’organo (il Sindaco), con la conseguenza che l’organo competente all’esercizio di tali funzioni dovrebbe essere individuato alla luce delle previsioni dello Statuto comunale e del Regolamento sull’ordinamento generale degli uffici e dei servizi. La stessa giurisprudenza ha rilevato che “il nuovo Titolo V Cost. attenua notevolmente il rilievo soggettivo e strutturale del Sindaco quale “ufficiale di Governo”, che si giustificerebbe ormai solo sotto il profilo funzionale”.

Tuttavia, sussisterebbe un’altra strada per fondare la persistente legittimità costituzionale della figura del Sindaco quale “ufficiale del Governo”, più in particolare quella che vede il rafforzamento della posizione del Sindaco andare di pari passo col rafforzamento del potere del Prefetto, secondo una logica di stampo “cumulativo”, non già alternativo. Sulla base di questa lettura, si giustificerebbe ad esempio la *ratio* del coinvolgimento del Sindaco

²⁸⁰ Cfr. sul punto, *ex multis*, G. ZANOBINI, *L’amministrazione locale*, Padova, 1936.

²⁸¹ G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 241.

nell'esercizio di alcune funzioni statali, in quanto la qualità di amministratore locale permette di conoscere più a fondo le problematiche del territorio.

Ciò detto, in conclusione, la scelta operata dal testo unico sugli enti locali di mantenere la qualità di ufficiale del governo in capo al Sindaco è stata oggetto di forti critiche, in quanto la tradizionale sottoposizione gerarchica del Sindaco al governo centrale è ritenuta distante rispetto a quanto dettato dai principi costituzionali e legislativi di autonomia, decentramento e sussidiarietà²⁸². Ciò perché, ad esempio, si ritiene che un rapporto di gerarchia possa intercorrere fra organi (statali e comunali) ma non tra enti, specialmente se dotati -come nel caso in esame- di autonomia costituzionalmente tutelata²⁸³.

Ad ogni modo, al di là della condivisione o meno circa la validità della figura del Sindaco ufficiale di governo (comunque confermata dal legislatore), si fanno largo, soprattutto in giurisprudenza, diverse letture circa il rapporto intercorrente tra gli enti, ad esempio in termini di direzione e di coordinamento, piuttosto che di gerarchia. Fermo il riconoscimento della titolarità statale delle funzioni, quindi, quando il Sindaco agisce come ufficiale di governo non diventerebbe organo dell'amministrazione statale, limitandosi così ad imputare gli effetti dell'attività svolta²⁸⁴.

A quanto sopra riferito occorre aggiungere, come già anticipato, che all'ampliamento dei poteri del Sindaco quale ufficiale di Governo è corrisposto nel tempo un altrettanto incisivo ampliamento dei poteri del Prefetto²⁸⁵.

Al Prefetto spettano gli stessi poteri di organizzazione utili per l'emanazione di ordinanze di necessità e urgenza nella materia di ordine pubblico e di pubblica sicurezza (artt. 2 e 1, co. II, r.d. n. 733/1931; art. 13, legge 1 aprile

²⁸² G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 173.

²⁸³ R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 14*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 100 ss.

²⁸⁴ W. GIULIETTI, *Ampliamento delle funzioni del Sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2008.

²⁸⁵ In generale sul Prefetto, *ex multis*, cfr. C. MEOLI, *La Prefettura-Ufficio Territoriale del Governo e il raccordo tra le amministrazioni in periferia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2008, 1033 ss.; ID., *Il ruolo del Prefetto dopo le riforme amministrative e costituzionali*, in *Amministrazione pubblica*, n. 34/2003; M. TROISE ZOTTA, *L'Ufficio Territoriale di Governo: una organizzazione rinnovata ed un formazione mirata dei quadri* (Intervento al Convegno di Roma del 26 ottobre 2001 sul tema "Ufficio Territoriale del Governo: costruiamo una nuova presenza nel territorio"), in www.interno.it.

1981, n. 121) verso uffici ed organi periferici dell'amministrazione dello Stato, ed a tal fine il Prefetto può avvalersi di uffici di Regioni, Province o di altri enti locali²⁸⁶ in esercizio del potere di ordinanza di necessità ed urgenza²⁸⁷.

Un potere generale, ma residuale, di ordinanza di necessità ed urgenza avente ad oggetto l'organizzazione pubblica è stato da tempo individuato nel potere prefettizio *ex art. 19 co. 3 r.d. 3 marzo 1934 n. 383*²⁸⁸, così come modificato dalla legge 8 marzo 1949, n. 277, che ha annoverato importanti casi dei quali la più nota è la precettazione dei dipendenti del gestore²⁸⁹, che riguarda la limitazione dei diritti soggetti (es. diritto di sciopero) di contro ad altri (diritti degli utenti), con rilevanza del limite dei principi dell'ordinamento giuridico.

Se il Prefetto in situazioni ordinarie riferisce ai rispettivi organi competenti proponendo i provvedimenti che ritenga di interesse, in situazioni di necessità e urgenza può "per competenza funzionale generale"²⁹⁰ -anche in deroga alle disposizioni di legge- intervenire direttamente sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni²⁹¹ o dei gestori di servizi pubblici oppure di privati che esercitano un'attività di interesse pubblico e siano per ciò assoggettati ad un rapporto giuridico speciale con le amministrazioni.

²⁸⁶ Anteriormente al nuovo Titolo V della Costituzione si riteneva che l'amministrazione statale potesse valersi di uffici regionali, o di enti locali: Corte cost. 35/1972, *Giur. cost.*, 1972, 385; Corte cost. 74/1987, *Foro it.*, 88, I, 1487; Corte cost. 201/1987 -il riferimento si ricava solo attraverso il raffronto delle ordinanze del Ministro per la protezione civile 8 aprile 1986 n. 718 e 28 aprile 1986 n. 727, *Foro it.*, 88, I, 3350 e 3352.

²⁸⁷ Corte cost. 201/1987, alcuni passi della motivazione vanno interpretati come impossibilità per il Ministro di disporre una disciplina stabile, sostitutiva e integrativa degli obblighi imposti con il d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915, art. 6, lett. d), mentre nell'ordinanza del Ministro per la protezione civile n. 718 del 1986 non c'era alcuna motivazione sulla necessità di deroga delle competenze stabilite dal d.p.r. n. 915 del 1982, né sulla temporaneità dell'organizzazione di controllo delle imprese in tal modo istituita; a favore di quanto esposto si veda inoltre TAR Lombardia, sez. Milano, n. 901/1988, T.A.R., 88, I, 3051.

²⁸⁸ Il Prefetto "rappresenta il potere esecutivo nella provincia" ... "Vigila sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni e adotta, in casi di urgente necessità, provvedimenti indispensabili nei diversi rami di servizio"; "ordina le indagini necessarie nei riguardi delle amministrazioni locali sottoposte alla sua vigilanza"; "invia appositi commissari presso le amministrazioni degli enti locali territoriali e istituzionali ... per reggerle, per il periodo di tempo strettamente necessario, qualora non possano, per qualunque ragione, funzionare"; "tutela l'ordine pubblico e sovrintende alla pubblica sicurezza, dispone della forza pubblica e può richiedere l'impiego di altre forze armate".

²⁸⁹ TAR Sicilia, sez. Catania, n. 533/1978, in *Foro it.*, 89, III, 214: il Prefetto di Messina dispone la precettazione dei traghetti in sciopero; il Prefetto precetta i dipendenti del Banco di Sicilia addetti all'ufficio di tesoreria dell'amministrazione provinciale e comunale: *Itali a Oggi* 28 novembre 1986, 13; Cons. St., sez. I, n. 520/1985, Cons. St., 85, III, 465: il Prefetto precetta i controllori ed assistenti al traffico aereo.

²⁹⁰ G. DE GENNARO, *I provvedimenti di urgenza del Prefetto secondo il nuovo art. 19 t.u.c.p.*, in *Nuova rassegna*, 1949, I, 732 ss.

²⁹¹ L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, cit., 40 ss., spec. 55.

Con le nuove norme sulla Presidenza del Consiglio (d.lgs. n. 303/1999), quelle sul riordino dei ministeri (d.lgs. n. 300/1999, d.p.r. n. 267/2001), e con l'avvenuta entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001) e della relativa legge di attuazione (l.n. 131/2003, che all'art. 10, abroga l'art. 13 legge n. 400/1988), si verifica un ulteriore assestamento, che coinvolge il potere in esame anche con disposizioni particolari e di cui occorre offrire un'interpretazione, in attesa del compimento della delega al governo per la revisione del testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali.

Nei decreti delegati (nn. 300/1999 e 303/1999) si precisa che il Presidente del Consiglio coordina l'azione del Governo nei rapporti con il sistema delle autonomie e promuove lo sviluppo della collaborazione tra Stato, Regione ed autonomie locali, valendosi in sede decentrata dei Prefetti "rappresentanti dello Stato nelle Regioni"²⁹² che "dipendono a tal fine funzionalmente dal Presidente del Consiglio"²⁹³.

Più precisamente, il Prefetto preposto all'ufficio territoriale del Governo sito nel capoluogo di Regione svolge le funzioni di rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle autonomie (art. 10 co. 1 legge n. 131 del 2003).

Il Decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 300 rappresenta un intervento decisivo nella nuova configurazione delle Prefettura che vengono trasformate in Uffici Territoriali del Governo.

In definitiva, nell'ambito dell'organizzazione, della razionalizzazione e del riordino dell'amministrazione periferica dello Stato, la Prefettura si conferma polo di attrazione di una serie di funzioni tradizionalmente connotano l'Istituzione e si arricchisce, nel contempo, di nuove prerogative assicurando una presenza statale sul territorio nella quale confidare per garantire un responsabile sistema di integrazione e cooperazione con il sistema delle autonomie.

²⁹² Art. 10 co. 1 e 2 legge n. 131/2003; ex Commissario di Governo: art. 11 co. 3, D.Lgs. n. 300/1999; poi art. 11 legge n. 131/2003.

²⁹³ Art. 4 co. 3 D.Lgs. n. 303/1999.

Allo stesso modo, il Prefetto ha visto rafforzati i propri poteri di coordinamento attraverso la Conferenza provinciale permanente²⁹⁴. Sembra dunque confermata l'idea del coordinamento fra amministrazione statale (centrale e periferica) e Sindaco, attraverso i vari raccordi Sindaco-Prefetto stabiliti nell'art. 54 t.u.e.l., fino a far sì, secondo talune ricostruzioni, che la responsabilità politica del Sindaco da "solitaria" venga a divenire condivisa col Prefetto e con il Ministro dell'Interno, con beneficio per il principio di trasparenza e per il controllo democratico²⁹⁵.

Anche il Presidente della giunta regionale gode della facoltà di esercitare un potere di ordinanza tipizzato, ad esempio per emergenze sanitarie, potendo con ordine contingibile ed urgente provvedere alla riorganizzazione temporanea, parziale o generale, degli enti deputati all'erogazione dei servizi sanitari che normalmente interessano il territorio di più comuni²⁹⁶, e a tal fine altresì avvalersi di "uffici dello Stato"²⁹⁷.

Prima della riforma del Titolo V, l'art. 124 Cost. individuava nel Commissario del governo l'organo abilitato a soprintendere alle funzioni amministrative esercitate da organi statali, coordinandole altresì con quelle regionali, ed era così possibile affermare che l'ordinamento art. 124 Cost.²⁹⁸ attribuiva in situazioni di necessità ed urgenza un potere di ordinanza generale per il buon andamento della funzione amministrativa, ma residuale (in assenza di una utile competenza di altri organi titolari del potere di ordinanza) al commissario di governo di intesa con il Presidente della Giunta regionale²⁹⁹.

"Intese" fra organi statali e regionali per l'esercizio di poteri di ordinanza di necessità e urgenza erano imposte dalla legge³⁰⁰, ma l'espressione è stata

²⁹⁴ Per un esame dell'istituto v. M. LA IACONA, *La Conferenza Provinciale Permanente: tecniche e strumenti della mediazione e della conciliazione al servizio del principio di sussidiarietà*, in *Rass. amm. siciliana*, 1/2010, 409 ss.

²⁹⁵ G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità ed urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, www.associazionedeicostituzionalisti.it ed in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, 11.

²⁹⁶ V. art. 19 co. 6 r.d. n. 383/1934; art. 59 co. 4, 62 co. 3, legge n. 62/1953; art. 2, legge n. 382/1975; art. 4 co. 3, d.p.r. n. 616/1977; per possibilità dello Stato di sostituirsi alla Regione anche nell'esercizio di competenze proprie: Corte cost. 302/1988.

²⁹⁷ Art. 10 d.p.r. n. 616/1977.

²⁹⁸ Art. 13 legge n. 400/1988; art. 19 co. 3, r.d. n. 383 del 1934.

²⁹⁹ Cass. civ., SS.UU., 4364/96.

³⁰⁰ Art. 1 d.l. 18 settembre 1976, n. 648; art. 1 d.l. 11 novembre 1982, n. 829.

espressamente rettificata in “sentite le regioni”, con un chiaro affievolimento del vincolo procedimentale, che conferma l’idea che i vincoli procedurali sono in ragione dell’urgenza, ma al tempo stesso conformi al principio oggi denominato di leale collaborazione, sicché l’intesa deve prevenire solo entro e compatibilmente con le ragioni dell’urgenza di provvedere, ma non si può mai prescindere dalla ricerca della stessa (“sentite”).

4.- Dalla “contingibilità ed urgenza” all’emergenza.

Come già visto, per “poteri amministrativi d’emergenza” si intende oggi l’insieme delle titolarità dei compiti di prevenzione e gestione delle situazioni di rischio, affidate dall’ordinamento nazionale in capo a determinati soggetti pubblici (anche coadiuvati da soggetti privati). Si tratta di un complesso di poteri, relativamente nuovo ed in forte crescita, che appare molto ampio sia dal punto di vista dell’organizzazione che da quello del funzionamento.

Occorre premettere che la parola “emergenza”, in luogo dell’espressione “necessità ed urgenza”, si afferma soprattutto con la legislazione dei primi anni settanta del ‘900, dedicata a determinate calamità naturali³⁰¹, poi raccolta nella legge istitutiva del servizio nazionale di protezione civile. In questa prima fase, l’amministrazione dell’emergenza poteva effettivamente configurarsi come una “amministrazione straordinaria” di breve periodo, avente il compito di fronteggiare, con poteri *extra ordinem* ben delimitati (per oggetto e tempo), eventi calamitosi imprevedibili.

L’emergenza è in tal senso intesa come nozione di relazione, efficacemente definita come la determinazione o l’imposizione di un nuovo assetto di interessi che mette irresistibilmente in crisi l’assetto costituzionale, normalmente preconstituito³⁰². E’ lo strumento tramite il quale la normalità cerca di difendersi.

³⁰¹ V. legge 29 aprile 1982, n. 187, emanata a seguito dei terremoti in Friuli-Venezia Giulia ed in Irpinia, istitutiva della nuova figura del Ministero (senza portafoglio) per il coordinamento della protezione civile in sostituzione del commissario straordinario, autorizzato ad emanare ordinanze immediatamente esecutive ed a disporre temporaneamente di personale dipendente da altre amministrazioni dello Stato.

³⁰² C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell’emergenza: fonti e poteri*, cit., 5-6.

Nell'esperienza più recente, invece, essa non solo tende a stabilizzarsi (attraverso le ricorrenti dichiarazioni di “stato di pericolo” o di “grande evento”), ma (cosa ancor più rilevante) si compenetra sempre più nella amministrazione ordinaria. Lo prova il fatto che i “commissari” non sono più estratti, come in passato, dalle Prefetture, ma sono costituiti dagli stessi titolari degli organi sostituiti³⁰³: Presidenti di Regione, Presidenti di Provincia, Sindaci.

Si assiste, così, negli ultimi anni alla progressiva dilatazione della nozione (linguistica e giuridica) di emergenza, che sta trasformando in profondità il nostro sistema istituzionale, sino ad intaccarne gli stessi riferimenti costituzionali³⁰⁴.

E' così lo stesso concetto giuridico di emergenza ad aver subito negli ultimi anni una profonda trasformazione, attraverso una decisa estensione del suo campo semantico³⁰⁵. Questa evoluzione, come visto, è in parte legata al progresso scientifico e tecnologico, ai processi di globalizzazione, all'avvento della c.d. “società dell'incertezza” o “società del rischio”³⁰⁶. L'affermazione positiva del modello del diritto amministrativo dell'emergenza è da interpretare come la conseguenza “fisiologica” della società dell'incertezza, oppure come il sintomo più evidente della crisi “patologica” dei modelli di amministrazione pubblica basati sul costante anelito verso i principi della partecipazione procedimentale e della consensualità quali presupposti fondativi della legittimazione del potere³⁰⁷.

Indubbiamente, l'aumento del rischio e della sua percezione motivano il ricorso più insistito al modulo emergenziale, nella consapevolezza più o meno scoperta che solo attraverso poteri *extra ordinem* è più agevole, e soprattutto più celere, la definizione dei mutevoli problemi del “quotidiano”.

Le dimensioni qualitative e quantitative assunte dal nuovo diritto amministrativo dell'emergenza si inscrivono, più probabilmente, nella crisi post-

³⁰³ F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2005; S. CASSESE, *Diecimila commissari di ordinaria emergenza*, in *Sole-24 Ore* del 25 febbraio 2005.

³⁰⁴ D. CHIAVIELLO, *L'amministrazione della “ordinaria” emergenza*, cit.

³⁰⁵ S. D'ANTONIO, *Organi straordinari e amministrazione dell'emergenza*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, vol. I, pp. 203-214.

³⁰⁶ v. Introduzione, §. 1.

³⁰⁷ D. CHIAVIELLO, *L'amministrazione della “ordinaria” emergenza*, cit.

moderna dell'aspirazione ad avere decisioni amministrative condivise e legittimate dai destinatari, nella crisi più generale dell'ambizione di creare, anche nel nostro ordinamento, modelli di amministrazione pubblica e di azione amministrativa consensuali e partecipate.

Tuttavia, sul piano nazionale è anche l'effetto di una interpretazione impropria della legislazione sull'emergenza, che in realtà mette a nudo una grave crisi del sistema amministrativo³⁰⁸.

Come già visto in esordio di trattazione, la recente avvertita necessità di una riconsiderazione di ciò che appartiene all'ordine di idee dell'emergenza ha indotto qualcuno a parlare di emergenza come evento anticipatamente rappresentato, l'emergenza cioè in veste di previsione indicativa di un rischio. Questa emergenza è sicuramente una dimensione del quotidiano e lo diviene sempre più, alla luce dell'evoluzione della società e dell'ordinamento (è il caso del c.d. principio di precauzione): e ciò porta a dover ipotizzare ed esplicitare un mutamento di prospettiva, ad inserire l'emergenza in un più vasto contesto di "amministrazione del rischio"³⁰⁹.

Il diritto dell'emergenza appare poi in crescita non solo dal punto di vista quantitativo, ossia come ampiezza dell'ambito di applicazione, ma anche dal punto di vista qualitativo, cioè come intensità della *vis derogatoria*, come profondità del *vulnus* inferto alle regole ordinarie.

Lo strumento tecnico-giuridico che ha consentito tale metamorfosi è la legge sulla protezione civile, la n. 225 del 24 febbraio 1992, che ha aperto di fatto le maglie alle gestioni "commissariali"³¹⁰.

L'ampliamento del presupposto fattuale dell'emergenza alle situazioni più disparate, lo stabilizzarsi delle deroghe alle "leggi vigenti" e al sistema ordinario delle competenze attraverso lo strumento della proroga, nonché la conseguente

³⁰⁸ S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 210.

³⁰⁹ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., 315 ss.; M.P. CHITI, *Il rischio sanitario*, cit., *passim*.

³¹⁰ C. MEOLI, *La protezione civile*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, vol. II, parte speciale, 2145 ss.; F.S. SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92*, Giuffrè, Milano, 1996; L. GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile*, Giuffrè, Milano, 2003; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, 432 ss.; F. TEDESCHINI-N. FERRELLI, *Il Governo dell'Emergenza*, Jovene, Napoli, 2010, 90 ss.

perdita del carattere di temporaneità del fenomeno emergenziale e della sua gestione dimostrano la mutazione genetica che, progressivamente, l'amministrazione dell'emergenza ha subito, trasformandosi da temporanea ad eccezionale in amministrazione permanente, preposta alla gestione degli eventi più disparati.

Esemplificativamente, i grandi eventi³¹¹, al pari di catastrofi o calamità naturali, consentono ormai l'instaurazione dello "stato di eccezione" e la conseguente attivazione dei poteri derogatori. Da quanto detto si evince che l'espansione del fenomeno non deriva in effetti dal moltiplicarsi degli "eventi calamitosi", ma dalla crisi del sistema: dalla incapacità, in altre parole, per l'Amministrazione di risolvere i problemi della "normalità" (si pensi allo smaltimento dei rifiuti, l'approvvigionamento idrico, il traffico, i grandi eventi etc.).

Le ordinanze di emergenza -che costituiscono lo strumento dispositivo tipico di intervento in capo all'Amministrazione, nell'ambito degli anzidetti poteri- servono oggi, in sostanza, a legittimare la disapplicazione del diritto esistente, nel convincimento più diffuso che solo sfuggendo alle strettoie della legislazione esistente e dei normali procedimenti amministrativi sia possibile risolvere i problemi.

Riprendendo una categoria concettuale che per lungo tempo era andata desueta, le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno ritenuto³¹² nel 2006 che le ordinanze emanate dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 5 legge 24 febbraio 1992, n. 225 hanno natura di ordinanze "libere"³¹³,

³¹¹ Sui problemi giuridici dei cosiddetti "Grandi eventi" e in particolare su quelli di cui all'organizzazione dell'Expo 2015 di Milano, v. A. ROCCELLA, *Metamorfosi della protezione civile e Stato di diritto*, in *www.nuvole.it*, n. 43, aprile 2010, 22-28; ID., *Milano in stato di eccezione*, in *www.giustamm.it*; M. CAPANTINI, *Il modello "paraemergenziale" dei "grandi eventi"*, in *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo ed., 2011, 197 e ss.; ID., *I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, Editoriale scientifica, 2010.

³¹² Cass. SS.UU., 7 marzo 2006, n. 4813.

³¹³ v. Corte Cost., 12 gennaio 1977, n. 4 e A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, che distingue le ordinanze in senso stretto rientranti nella categoria delle ordinanze libere. Decisamente contro tale definizione TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Torino, 1961, 52, e F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza*, cit., 978, che osserva come il potere di ordinanza "si caratterizzerebbe per essere libero nel contenuto", ma "se la qualificazione di ordinanze libere va riferita non tanto al fatto che il potere sarebbe libero nel contenuto, quanto che non abbia un contenuto prestabilito o predeterminato dalla norma, la qualificazione stessa sarebbe sul piano giuridico spuria, dato che altri atti giuridici si

nel cui ambito sono compresi tutti i provvedimenti di autorità amministrative suscettibili di introdurre una disciplina divergente dall'ordine normativo che risultava in precedenza sulla base di disposizioni legislative.

Tali ordinanze, secondo la Suprema Corte, immediatamente esecutive, sarebbero espressione di autonomia ed opererebbero generalmente nel campo dell'attività amministrativa, ma, pur non avendo valore di legge, sono nel loro ambito indipendenti, e, nel loro contenuto, soggette solo alla Costituzione ed ai principi generali dell'ordinamento, e non sono vincolate da altre norme preesistenti che non siano quelle espressamente indicate dalla fonte da cui traggono origine, il che giustifica appunto la loro denominazione di ordinanze libere.

Ne consegue che esse, pur non contenendo disposizioni generali ed astratte, devono ciononostante formare oggetto della scienza diretta del giudice, il quale non sarebbe in grado diversamente di accertare quali limitazioni siano state apportate nel caso concreto alla disciplina normativa generale.

Un ulteriore elemento rivelatore, in tal senso, può essere considerato il fatto che, specialmente negli ultimi anni, l'ordinamento interno ha colto l'importanza di una strutturazione istituzionalizzata ed al tempo stesso decentrata, che come tale, attraverso una oculata distribuzione delle competenze, sappia offrire risposte immediate alle emergenze che via via si presentano nel governo del territorio.

Diversi motivi, in definitiva, giustificano oggi un rinnovato interesse all'analisi dei poteri d'urgenza, ed in particolare dei limiti a cui questi sono sottoposti.

Le recenti linee di sviluppo sembrano infatti seguire due tendenze, opposte ma non contrastanti. Da un lato, vi è una tendenza alla delimitazione dei diversi poteri d'urgenza. Prova di ciò può essere considerata la sempre minore rilevanza riservata ai tradizionali poteri d'urgenza, attribuiti al Sindaco ed al Prefetto³¹⁴.

dicono liberi non perché possano liberamente scegliere il proprio oggetto ma perché liberamente possono disporre nei confronti dell'oggetto prefigurato dalla norma".

³¹⁴ M. GNES, *Limiti e tendenze*, cit., *passim*.

Dall'altro, si assiste ad una concentrazione dei poteri d'urgenza in ambiti specifici, di cui il più importante è quello della protezione civile, e ad un ampliamento della loro applicazione, anche se in via residuale rispetto ad altri strumenti.

In definitiva, l'emergenza altro non è se non un modo che ridefinisce concretamente il valore di certi diritti di certi soggetti in certi contesti di emergenza, a fronte di altri diritti.

CAPITOLO II

SEZIONE II

IL MODELLO ORGANIZZATIVO DEL SERVIZIO NAZIONALE DI PROTEZIONE CIVILE

SOMMARIO: §. 1. Premessa. – §. 2. *Excursus* storico in tema di organizzazione delle amministrazioni dell'emergenza fino alla legge n. 225/92. – §. 3. Il modello organizzativo del Servizio nazionale di Protezione civile *ex lege* 24 febbraio 1992, n. 225 ed ai successivi tentativi di riforma. – §. 3.1. I soggetti. – §. 3.1.1. I Commissari straordinari. – §. 3.2. Il personale e gli uffici. – §. 3.3. Le risorse. – §. 4. L'ulteriore modello organizzativo "para-emergenziale" per la gestione dei cc.dd. Grandi Eventi. Il caso "EXPO Milano 2015". – §. 5. Analisi logica di un intervento complesso di protezione civile: il "caso Messina".

1.- Premessa.

Si ritiene che i problemi organizzativi delle pubbliche amministrazioni abbiano priorità logica e cronologica rispetto alle funzioni che le amministrazioni sono chiamate a svolgere³¹⁵. Ciò appare esatto nella misura in cui si riconosce che dalla complessiva adeguatezza delle strutture dipende l'effettiva soddisfazione degli interessi pubblici³¹⁶.

Quanto appena affermato conduce poi a non considerare gli aspetti relativi all'organizzazione dei pubblici poteri come "un valore a sé"³¹⁷, dal momento, piuttosto, che: da un lato, il fenomeno amministrativo si compone delle dimensioni sia della organizzazione che della attività della pubblica amministrazione³¹⁸, e che queste due componenti si collocano tra loro in un

³¹⁵ M.S. GIANNINI, *La priorità dei problemi di organizzazione*, in *Il motore immobile*, Edizioni lavoro, Roma, 1980, 45.

³¹⁶ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Giappichelli, Torino, 1999, 15.

³¹⁷ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e commercio dell'Università di Messina*, n. 2/1981, 434 ss.; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, cit., 89; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 1.

³¹⁸ Sulla distinzione tra organizzazione ed attività, in relazione alle norme che regolano i due aspetti, cfr. H.J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, II, München, Berlin, 1962, 7 ss.; E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif Allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1969, 625 ss.; in diverso senso, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 725 ss.

rapporto di stretta continuità e connessione³¹⁹; dall'altro, che imparzialità e buon andamento, nelle diverse accezioni che ad essi ha inteso attribuire nel tempo la dottrina³²⁰ sulla base del dettato costituzionale ed ormai anche della legislazione ordinaria vigente, costituiscono i principi ispiratori sia dell'assetto organizzatorio che dell'azione dei pubblici poteri³²¹. Il predetto *continuum* che viene a determinarsi, tra organizzazione e attività, rende spesso difficile trovare un punto di discriminazione tra le relative discipline.

Non si può però nemmeno tacere, potendo in questa sede soltanto darsene cenno, di una diversa prospettiva, secondo cui sarebbe possibile, anche sul piano concettuale, separare il profilo dell'organizzazione da quello dell'attività, “frutto della strenua difesa del dogma della personalità giuridica che ha condizionato il pensiero giuspubblicistico fino alla prima metà del '900 e comunque oggi fortemente in crisi”³²².

Un'ulteriore discussa tesi, infine, tende ad inglobare interamente il momento dell'attività nel fenomeno organizzatorio, sul presupposto che qualunque atto sarebbe pur sempre il frutto di un incontro di una pluralità di competenze ordinate a formare un'attività giuridica come produzione di un ordinamento³²³.

Ciò premesso, è stato rilevato che nel momento in cui il diritto entra in contratto con la necessità di affrontare e risolvere le emergenze, esso si confronta con tre settori fondamentali: quello delle fonti³²⁴, quello dell'azione e quello

³¹⁹ Secondo M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, 126, che parla della organizzazione e della attività come di due facce della stessa moneta, l'una è “il momento astratto della prefigurazione dell'attività” e l'altra “la traduzione dell'organizzazione in atti”.

³²⁰ *Ex multis*, cfr. R. MARRAMA, *L'organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, 345 ss.; M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, 1995, 177 ss.

³²¹ L'opinione è condivisa innanzitutto da G. PASTORI, *La burocrazia*, cit., 224 ss., che aggiunge che se l'imparzialità non può limitarsi ad avere un rilievo organizzativo ma si deve tradurre in una regola dell'attività, il buon andamento “può essere trasposto *tout court*”.

³²² M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione*, cit., 133.

³²³ E' la c.d. tesi dell'assorbimento dell'attività nella organizzazione, autorevolmente proposta da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 529 e *passim*, su cui v. anche M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., 125, nota 54.

³²⁴ Sul problema delle fonti dell'emergenza, non costituendo l'oggetto precipuo del presente studio, si rinvia a E. ALBANESI-R. ZACCARIA, *Le “fonti” dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrare*, n. 2, agosto 2010, 185 ss..

dell'organizzazione. Proprio quest'ultimo appare il settore che, a modesto parere di chi scrive, ha contenuto nel tempo le innovazioni più importanti: ciò perché mentre originariamente le calamità venivano pacificamente gestite dal livello di governo più elevato, l'assetto odierno richiede un sempre più frequente coinvolgimento diretto: delle amministrazioni locali, degli organi tecnici, ed anche della società civile³²⁵. Il contenuto del potere emergenziale finisce così per incidere sull'organizzazione delle funzioni e sul riparto delle competenze istituzionalmente rimesse a diversi livelli di governo, che il regime eccezionale arriva a sovvertire, in un movimento centripeto³²⁶ che tuttavia, perdendo il carattere della temporaneità, è ormai divenuto permanente.

Più chiaramente, è stato affermato che l'amministrazione dei rischi e dell'emergenza si caratterizza per “uno stretto legame tra funzione ed organizzazione”³²⁷: il tipo di funzione che l'amministrazione è chiamata a svolgere ha cioè una netta influenza sulla sua forma organizzativa, ed anzi opera una sua diretta trasformazione.

Il verificarsi di eventi esterni all'amministrazione trova pertanto soluzione non solo derogando ai vincoli procedurali ma anche e soprattutto modificando l'organizzazione pubblica. Sotto questo aspetto, l'amministrazione dell'emergenza si caratterizza per possedere, per così dire, due volti: quello della prevenzione e quello della gestione. A tal proposito, un Autore³²⁸ paragona l'amministrazione dell'emergenza all'iconografia del Dio Giano, il signore dei passaggi, in quanto tale rappresentato come bifronte.

Ora, la prevenzione comprende tutte quelle organizzazioni amministrative che, a vario titolo, si occupano della sicurezza delle persone e delle cose e che per questo analizzano, studiano, realizzano interventi finalizzati a prevenire o a rendere meno dannosi gli eventi catastrofici.

³²⁵ F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 3121.

³²⁶ D. CHIAVIELLO, *L'amministrazione della “ordinaria” emergenza*, cit..

³²⁷ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 161.

³²⁸ A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione dell'emergenza*, in *Annuario AIPDA 2005*, Giuffrè, Milano, 2006.

La gestione si riferisce invece alle amministrazioni che più direttamente intervengono nelle fasi immediatamente successive agli eventi. Sia pure con un aspetto bifronte, tuttavia, l'amministrazione dell'emergenza è unica: non ci sono amministrazioni che intervengono solo in una delle due fasi, ma esse intervengono sui due versanti del fenomeno anche se con una diversa intensità e specializzazione.

Ciò che maggiormente rileva ai fini del presente studio è senza dubbio la fenomenologia degli interventi e la collegata qualificazione delle amministrazioni coinvolte nell'ambito della seconda fase, quella della gestione delle emergenze, le cui funzioni - giova fin d'ora in questa sede rilevarlo - sono state nel tempo sempre più assorbite dalla c.d. "protezione civile"³²⁹, composta da una estesa rete di amministrazioni pubbliche e di altri soggetti privati ed a cui è stato attribuito, all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, il ruolo di Servizio nazionale.

Preliminarmente, si può osservare che la materia della protezione civile va ascritta innanzitutto, quale sua specifica componente, alla più ampia categoria della difesa civile³³⁰, che può essere definita come "il complesso delle attività da compiere per prevenire e fronteggiare tutte le emergenze di ordine generale potenzialmente connesse a qualunque evento in grado di compromettere continuità dell'azione di Governo, telecomunicazioni e sistema di allarme, salvaguardia dell'apparato economico e logistico, protezione civile, salvaguardia della sanità pubblica, informazione pubblica, addestramento alla protezione e salvaguardia dei beni artistici e culturali"³³¹.

Si sta pertanto verificando negli ultimi tempi una sorta di inglobamento dei poteri d'emergenza nell'ambito del sistema di protezione civile, sulla base di un processo che potremmo definire "metonimico" (la parte per il tutto). Se quindi,

³²⁹ Oltre a quelli citati alla superiore nota 296, tra gli autori che si sono occupati della materia della protezione civile si possono ancora ricordare: M. DI RAIMONDO, *Protezione civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988; D. BORGONOVO RE, *Ecologia*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990.

³³⁰ M. GNES, *La riforma dell'organizzazione nazionale per la "gestione di crisi"*, *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2011, 19.

³³¹ S. ORDINE, *La difesa civile in Italia*, Roma, *Quaderni pubblicati dall'Istituto Alti Studi per la Difesa - Iasd*, n. 53/8, 2 e 5, che riprende la definizione (e l'elencazione dei sei settori) indicata nel documento del Centro militare per la difesa civile. *La cooperazione civile-militare: DC-2*, Roma, Stato Maggiore della difesa, 1984.

da un lato, i classici poteri d'urgenza e quelli di ordinanza in particolare, trovano un effetto sempre più limitato e residuale per effetto della loro profonda delimitazione e tendenziale tipizzazione, dall'altro, nell'ambito della disciplina della protezione civile, si assiste ad un ampliamento e rafforzamento di tali poteri³³².

A tal proposito, richiamando l'analisi di Alfredo Fioritto³³³, è possibile individuare alcune caratteristiche comuni e ricorrenti nelle organizzazioni per l'emergenza. Si tratta di:

1) un'organizzazione dalla notevole estensione, oggi definita addirittura "globale": ciò in quanto le amministrazioni che se ne occupano sono numerosissime;

2) un'organizzazione "duale", perché si basa su due diversi modelli organizzativi che operano in maniera "sequenziale". Sotto questo profilo, l'amministrazione dell'emergenza è costituita da numerosissimi organismi, sia pubblici che privati, connessi tra loro in un modello di organizzazione "a rete". Questo modello però opera solo nella fase della prevenzione o della normalità. L'avverarsi dell'evento calamitoso "spezza" infatti il normale assetto delle competenze e trasforma l'organizzazione da sistema a rete a sistema piramidale, basato peraltro su una forte concezione del comando;

3) un'organizzazione nell'ambito della quale è estremamente difficile rintracciare un criterio razionale di allocazione di funzioni e di competenze: si riscontrano spesso, ad esempio, duplicazioni e sovrapposizioni (tra i diversi Ministeri e tra questi e la Presidenza del Consiglio; tra lo Stato e le Regioni; tra le Regioni e gli enti locali);

4) un'organizzazione necessariamente e fortemente influenzata dal contenuto della materia trattata. Sotto questo aspetto, l'organizzazione a rete è vista come l'unica possibile se non si vogliono prendere in considerazione rapporti interorganizzativi tradizionali come il coordinamento (che tuttavia non si

³³² M. GNES, *I limiti del potere di urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 687.

³³³ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 176 ss.

tralascerà di esaminare) e se non si pensa ad un'unica amministrazione in grado di operare su tutto il territorio nazionale ed in tutti i settori;

5) un'organizzazione fortemente politicizzata: l'amministrazione dell'emergenza si concretizza sì con atti di natura tecnica e materiale, ma le decisioni sui tempi e sui modi dell'intervento sono spesso assunte dagli organi di natura politica (Presidente del Consiglio, Presidente della Regione, Sindaco) e non amministrativa. Sono politici anche gli atti di nomina dei responsabili delle strutture ordinarie (di protezione civile) e straordinarie (i commissari)³³⁴. Un altro recente aspetto della politicizzazione riguarda i costi del sistema della protezione civile: le decisioni sulle spese non sono trasparenti e non seguono le vie ordinarie, e quindi sono anche difficili da controllare, ed anche su questo aspetto ci si soffermerà specificamente in prosieguo³³⁵.

L'anomalia della protezione civile e del suo modello organizzativo sta infine nella sua doppiezza: modello a rete nelle fasi dell'ordinaria amministrazione; modello piramidale nelle fasi straordinarie.

Non si può tuttavia sottacere la circostanza che questo complesso e per certi versi farraginoso sistema organizzativo abbia nel tempo messo a nudo alcune crepe. Da tempo si osserva infatti, anche autorevolmente, che la tendenza ad impiegare sempre più frequentemente i poteri d'urgenza tipizzati sotto il *genus* della protezione civile, per quanto rappresenti “il tentativo probabilmente più ambizioso per razionalizzare le procedure di intervento in caso di eventi eccezionali”³³⁶ proprio mediante la concentrazione di potere amministrativo in un unico organo (nella fattispecie, il Dipartimento della protezione civile, che propone i provvedimenti formalmente adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri), finisce per rivelare il rischio di un uso illegittimo dello stesso potere amministrativo.

Per legge o per prassi, infatti, le ordinanze di protezione civile, da strumenti emergenziali concepiti per far fronte a “calamità naturali e catastrofi”,

³³⁴ A. FIORITTO, *op. ult. cit.*, 177-178.

³³⁵ Cap. II, Sez. II, §. 3.3.

³³⁶ G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., 2185 ss.

sono oggi strumenti ordinari di regolazione e gestione di una serie atipica ed aperta di interventi, la cui pronta e tempestiva attuazione assume anzi un chiaro rilievo politico.

Può trattarsi di questioni -anche endemiche- che generano un diffuso disagio sociale (come l’immigrazione o la mobilità) o di situazioni -anche prevedibili con largo anticipo- in cui è in gioco il prestigio e l’immagine internazionale del Paese (i “grandi eventi” o la protezione dei grandi siti archeologici). Per altro verso, è molto frequente che il ricorso a poteri *extra ordinem*, pur inizialmente giustificato da un contesto realmente eccezionale, si protragga poi per anni, generando casi di “stabilizzazione” della gestione emergenziale (come in materia di rifiuti).

Si assiste, dunque, a procedure di urgenza per interventi i cui connotati di eccezionalità e/o di imprevedibilità: o difettavano *ab origine*, o sono progressivamente venuti meno; ma che i vari Governi succedutisi, per più ragioni, non hanno ritenuto di poter realizzare tramite le procedure ordinarie perché considerate inadeguate o addirittura ingestibili.

Le due principali implicazioni di questo complessivo approccio, come si vedrà meglio *infra*, sono state: quella di creare un modello procedurale e organizzativo “ibrido”, in cui si compenetrano i caratteri della gestione ordinaria e di quella emergenziale; e quella di ingenerare una perenne instabilità e fluidità del tessuto normativo, che può costituire a sua volta occasione per fenomeni di arbitrio o di malcostume amministrativo³³⁷.

2.- *Excursus* storico in tema di organizzazione delle amministrazioni dell’emergenza fino alla legge n. 225/92 ed ai successivi tentativi di riforma.

Le attività che danno vita alla protezione civile sono state, nel corso del tempo, oggetto di numerosi tentativi di allocazione, sia all’interno della struttura del governo nazionale, sia tra i vari livelli territoriali di governo, ma l’organizzazione di un sistema normativamente predefinito di difesa e di

³³⁷ L. DUILIO (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile. Il Parlamento di fronte alle procedure, alle strutture e ai poteri dell’amministrazione dell’emergenza*, pubblicato in allegato al resoconto della seduta del Comitato per la legislazione presso la Camera dei Deputati del 23 novembre 2010.

protezione civile nell'ordinamento italiano è vicenda relativamente recente. Ciò anche se istituti e strumenti atti a garantire la difesa civile esistono fin dall'antichità (come i *vigiles* romani, corpo istituito nel 6 d.C. da Augusto sia per assicurare la vigilanza notturna delle strade, sia per proteggere la città dagli incendi³³⁸).

In origine, la materia della protezione civile era giuridicamente collocata nell'ambito della tutela della sicurezza ed incolumità dei cittadini contro le condotte turbative dell'ordine sociale: si pensi a tal proposito alle disposizioni di cui al testo unico in materia di leggi di pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n. 773), sulla scorta del quale non era ancora prevista, in buona sostanza, alcuna specifica disciplina dei fenomeni pericolosi di origine naturale³³⁹.

Così, solo nel 1970 è stata emanata la prima normativa moderna di protezione civile, fino ad arrivare, nel 1992, alla travagliata approvazione della legge istitutiva del servizio nazionale della protezione civile.

Più in particolare, con la legge 8 dicembre 1970, n. 966, il legislatore provvede a definire il concetto di “calamità pubblica”, i cui caratteri necessari sono individuati nel grave danno o pericolo di grave danno all'incolumità delle persone ed ai beni e nella conseguente necessità di interventi tecnici straordinari per affrontare la situazione stessa. Per l'effetto, viene integrata in un'unica struttura di livello generale la gestione dei servizi antincendi e della protezione civile; viene aumentata la dotazione organica del Corpo dei vigili del fuoco; viene istituita la figura del commissario governativo, nominato con lo stesso Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che dichiara la catastrofe o la calamità naturale (a cui però -si badi bene- non viene ancora riconosciuto un potere derogatorio espresso, ma soltanto una funzione di coordinamento con le amministrazioni locali e di direzione per l'attuazione dei soccorsi determinati a livello ministeriale).

La legge del 1970 conferma pertanto la tendenza -fino a quel momento prevalente- di considerare le vicende normative e organizzative della protezione

³³⁸ M. GNES, *La riforma dell'organizzazione nazionale per la “gestione di crisi”*, cit., 20.

³³⁹ C. MEOLI, *La protezione civile*, cit., 2145 ss.

civile, da un lato, e quelle del potere contingibile ed urgente del Governo, dall'altro, assolutamente parallele ed estranee le une alle altre³⁴⁰.

Nel 1982, la legge n. 187 istituisce invece la figura del Ministro (senza portafoglio) per il coordinamento della protezione civile, al quale vengono attribuiti i poteri del commissario straordinario previsto dalla precedente legge del 1970, e che opera su delega del Presidente del Consiglio avvalendosi di un apposito "Dipartimento della Protezione civile", successivamente organizzato in maniera stabile con decreto del 14 settembre 1984. Il Ministro era legittimato tra le altre cose ad emanare ordinanze immediatamente esecutive e a disporre in via temporanea di personale dipendente da altre amministrazioni dello Stato, e per la prima volta gli venivano attribuiti anche poteri contingibili ed urgenti da esercitarsi in deroga alla legge ma nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento giuridico³⁴¹. Si può affermare fin d'ora che la figura del Ministro delegato, nata dalla prassi ma che si stabilizza nell'ambito dei modelli organizzativi dell'amministrazione centrale al punto da indurre il legislatore ad istituzionalizzarla³⁴², tramonta nel 1993, quando viene sostituita da un Sottosegretariato *ad hoc* istituito presso la Presidenza del Consiglio che conferma una nuova tendenza verso l'accentramento del potere di ordinanza nelle mani del Capo dell'esecutivo e rivela nel tempo alcune contraddizioni³⁴³.

La nuova figura ministeriale e la contemporanea istituzione del Dipartimento della Protezione civile presso la Presidenza del Consiglio dei ministri come struttura tecnica di supporto introdussero non poche contraddizioni nel sistema, soprattutto a causa della sovrapposizione di funzioni con il Ministro

³⁴⁰ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, 142 ss.

³⁴¹ M.P. SPANO-P. PINNA, *Le ordinanze del Ministro per il coordinamento della protezione civile*, in U. De Siervo (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, il Mulino, Bologna, 1992, 445.

³⁴² A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit., 174 ss.

³⁴³ Ci si riferisce in particolare all'ultima, più recente esperienza, allorquando il Governo Berlusconi IV nominò il Capo del Dipartimento della Protezione civile, Guido Bertolaso, Sottosegretario limitatamente ai problemi dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania (fino al 31 dicembre 2009) e del coordinamento della protezione civile in ambito europeo ed internazionale (fino al 31 dicembre 2010). U. ALLEGRETTI, *Criticità del sistema delle ordinanze di protezione civile e proposte per una riforma*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge?*, cit., 196 ha infatti rilevato, sul punto, che la figura sottosegretariale "non è mai stata chiara e non è prevista dalle leggi", che ha accumulato due cariche, una politica ed una di capo del dipartimento, e che dette circostanze avrebbero esposto il Servizio nazionale della Protezione civile ad "un eccesso di politicizzazione".

dell'Interno e, a livello locale, con i Prefetti. Apparve evidente, poi, come la distribuzione delle competenze non tenesse conto del ruolo delle Regioni e delle autonomie locali.

In conclusione, al termine di questa prima fase dell'evoluzione legislativa in materia di protezione civile, si può affermare che questa era configurata come una funzione propriamente statale, svolta tramite strutture centrali e periferiche ed attraverso il mero coordinamento centralizzato delle Regioni e degli enti locali³⁴⁴.

Un assetto definitivo e coerente dell'intera materia della protezione civile viene definitivamente impresso con la legge 24 febbraio 1992 n. 225, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile. Sembra cioè in questa seconda fase che la protezione civile si qualifichi come un servizio pubblico per la tutela delle persone e delle cose dagli eventi calamitosi.

Uno dei dati caratterizzanti la nuova disciplina è senza dubbio la definizione di un sistema organizzativo che abbandona il vecchio assetto ministeriale preferendo un sistema di tipo "policentrico"³⁴⁵ che coinvolge, in un ben determinato sistema di competenze, l'amministrazione statale, le Regioni e gli enti locali, nonché soggetti di varia natura, pubblica o privata.

Quest'ultima legge rappresenta il fulcro del vigente sistema di protezione civile, che, a seguito di numerose modifiche normative, trova il suo vertice politico e decisionale nel Presidente del Consiglio dei Ministri che a tali fini si avvale del Dipartimento della Protezione civile.

In Italia, quindi, la protezione civile non è più una funzione affidata ad un unico Ministero, come per la verità avviene in molti altri paesi (ove è generalmente affidata al Ministero dell'Interno ma coinvolge, sulla base del principio di sussidiarietà, tutta l'organizzazione nazionale, con la pianificazione e l'intervento delle strutture a livello comunale, provinciale o nazionale, a seconda della gravità dell'emergenza), così però acquisendo una sua specifica autonomia, sia sotto il profilo organizzativo, sia sotto quello della separazione da altre

³⁴⁴ A. FIORITTO, *op. ult. cit.*, 165.

³⁴⁵ A. FIORITTO, *op. ult. cit.*, 169.

funzioni alle quali era stata in passato attribuita (come quelle relative alla sicurezza pubblica ed alla tutela dell'ambiente).

Inoltre, la legge prevede l'intervento di un notevole numero di organi: sono considerate ad esempio strutture operative nazionali del Servizio nazionale della protezione civile il Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, le forze armate, le forze di polizia, il Corpo forestale dello Stato, i Servizi tecnici nazionali, determinati gruppi nazionali di ricerca scientifica, la Croce Rossa Italiana, le strutture del Servizio sanitario nazionale, le organizzazioni di volontariato ed il Corpo nazionale soccorso alpino.

In una terza ed ultima fase, l'impianto normativo definito con la riforma del 1992 è stato oggetto di alcune importanti modifiche che hanno in parte ulteriormente modificato l'essenza del sistema.

Innanzitutto, si è assistito ad un tentativo di ridisegnare la materia in chiave federalista, con la legge 15 marzo 1997, n. 59, attuata dal successivo D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 112, che comunque conserva intatto l'assetto organizzativo e funzionale precedente.

Una riforma più incisiva viene poi proposta con il D.Lgs. 30 luglio 1999 n. 300, che sottrae numerose funzioni di protezione civile alla gestione politica e ministeriale disponendo l'istituzione di un'apposita Agenzia di protezione civile, dotata di personalità giuridica e di autonomia regolamentare, amministrativa, finanziaria, patrimoniale e contabile, e l'attribuzione ad essa della direzione e del coordinamento delle attività tecnico-operative di previsione, prevenzione e soccorso³⁴⁶. In tal guisa, sembrava valorizzarsi un assetto maggiormente rispondente al progressivo affermarsi del principio di separazione tra politica ed amministrazione, soprattutto in forza della dislocazione delle competenze tra Presidenza del Consiglio, Ministero dell'Interno (cui venivano attribuiti espressamente i "poteri di ordinanza in materia di protezione civile") e -per l'appunto- Agenzia per la Protezione civile. Il nuovo sistema delineato dalle

³⁴⁶ A. SANDULLI, *L'Agenzia di protezione civile (articoli 79-87)*, in A. Pajno e L. Torchia (a cura di), *La riforma del Governo*, Bologna, Il Mulino, 2000, 415 ss. Sulle agenzie amministrative in genere, v. L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2003, 393.

riforme del 1998 e del 1999 si basava, pertanto, su una distribuzione dei compiti maggiormente funzionale al raggiungimento di idonei *standards* di efficienza.

L'attuazione di tale riforma di sistema è stata tuttavia impedita dalla successiva emanazione del d.l. 7 settembre 2001, n. 343 (convertito con legge 9 novembre 2001 n. 401) che, ancor prima che venisse istituita l'Agenzia di protezione civile, ne ha disposto la soppressione e la sostituzione ad opera del preesistente Dipartimento di protezione civile.

Sono molti i sostenitori³⁴⁷ della necessità di un ritorno al “progetto” dell'Agenzia di Protezione civile, dal momento che, per un verso, l'assetto vigente del Dipartimento appare “fortemente sbilanciato verso la Presidenza del Consiglio ed in contrasto con la tendenza al rafforzamento delle Regioni e delle autonomie locali”³⁴⁸. Per altro verso, un ulteriore e distinto tentativo di riforma del sistema organizzativo di protezione civile è stato sì condotto con la versione originaria dell'art. 16 del D.L. 30 dicembre 2009, n. 195, con il quale veniva istituita la società per azioni di interesse nazionale “Protezione civile S.p.A.”³⁴⁹, a capitale interamente pubblico e posta sotto la vigilanza della Presidenza del Consiglio: la novità legislativa, tuttavia -anche perché temporalmente coincisa con l'indagine condotta dalla Procura della Repubblica di Firenze sull'attività del Dipartimento della protezione civile per la preparazione del G8 di luglio 2009 a La Maddalena (prima della decisione governativa di trasferirlo a L'Aquila) che ha messo in luce “una sconcertante rete di rapporti tra esponenti politici, dirigenti amministrativi della protezione civile e imprenditori nel settore dell'edilizia”³⁵⁰-, è stata talmente tanto criticata anche dalla dottrina (che ha osservato che ogni questione legata all'emergenza verrebbe trattata con modalità eminentemente tecniche, aziendalistiche e sfumerebbe il profilo politico della responsabilità³⁵¹)

³⁴⁷ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Criticità del sistema delle ordinanze di protezione civile e proposte per una riforma*, cit., 196.

³⁴⁸ A. FIORITTO, *op. ult. cit.*, 168.

³⁴⁹ Ne dà atto, tra gli altri, A. CARAPPELLUCCI, *Il potere d'ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 332.

³⁵⁰ A. ROCCELLA, *Metamorfosi della Protezione civile e Stato di diritto*, cit., 22.

³⁵¹ G. RAZZANO, *Inquadramento costituzionale delle ordinanze di protezione civile*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge?*, cit., 201.

da indurre il Governo a stralciare dalla legge di conversione la disposizione in oggetto³⁵².

Le difficoltà di individuare un nuovo ed adeguato modello organizzativo di protezione civile, che concili le esigenze di efficienza con quelle, ormai altrettanto impellenti, di correttezza e legalità dell'azione amministrativa sono agli occhi di tutti, dal momento che il risultato finale dell'evoluzione dell'apparato normativo e burocratico del settore della Protezione civile in Italia testé descritta ha finito per determinare una "concentrazione di potere assoluto"³⁵³ (per l'approntamento di cantieri e siti, per la raccolta ed il trasporto di rifiuti anche unitamente alle forze di polizia, per la vigilanza e la protezione dei cantieri e di siti etc.) ed addirittura - come è stato osservato - una "militarizzazione dell'emergenza",³⁵⁴ in cui il controllo sfuma in maniera sempre più decisiva a favore della prevalente necessità di efficienza aziendalistica.

3.- Il modello organizzativo del Servizio nazionale di Protezione civile.

Dopo aver sinteticamente esaminato l'evoluzione legislativa della organizzazione della protezione civile in Italia, si ritiene utile a questo punto scendere nel dettaglio del modello attualmente vigente ed esaminarlo compiutamente.

Innanzitutto, la protezione civile può definirsi composta da una estesa rete di amministrazioni pubbliche e di altri soggetti privati, a cui è stato recentemente

³⁵² D.d.l. 1956, XVI legislatura, A.S. 1956, di iniziativa del Governo, disponibile in www.senato.it. Si riporta comunque uno stralcio della disposizione di cui al citato art. 16: "Al fine di garantire economicità e tempestività agli interventi del Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per lo svolgimento delle funzioni strumentali del medesimo Dipartimento e' costituita una società per azioni d'interesse nazionale, denominata: «Protezione civile servizi s.p.a.», con sede in Roma. In base allo statuto la proprietà del capitale sociale sarà esclusiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri con il divieto esplicito di cedere le azioni o di costituire su di esse diritti a favore di terzi; e quindi con il divieto di chiedere la quotazione in borsa o al mercato ristretto, ma la nomina dell'intero Consiglio di amministrazione sarà onere del Presidente del Consiglio dei Ministri, seppure su proposta del Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Capo del Dipartimento della protezione civile". La società avrebbe potuto infine "assumere partecipazioni, detenere immobili ed esercitare ogni attività strumentale, connessa o accessoria ai suoi compiti istituzionali, nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria in materia di affidamento a società a capitale interamente pubblico".

³⁵³ La definizione è di M. BONACCORSI, *Potere assoluto. La Protezione civile al tempo di Bertolaso*, Alegre ed., collana Tempi moderni, 2010, *passim*, cui si rinvia per considerazioni anche di ordine non strettamente giuridico.

³⁵⁴ S. RODOTÀ, *Le leggi speciali*, in "La Repubblica" del 27 maggio 2008.

attribuito - come visto - il ruolo di Servizio nazionale. Ebbene, anche se la figura della rete evoca un collegamento paritario tra i soggetti che la compongono, non pare un fuor di luogo rilevare fin d'ora che una delle principali caratteristiche del modo di interagire tra le amministrazioni e tra queste e gli altri soggetti coinvolti operano è piuttosto quella della forte asimmetria.

Esiste oggi, in conseguenza dei citati interventi legislativi, una struttura organizzativa centrale su base tripartita: Presidenza del Consiglio dei Ministri (che delibera e revoca lo stato di emergenza), Ministro dell'Interno (cui è affidato l'indirizzo politico) e Dipartimento di Protezione civile (cui è affidata la gestione amministrativa).

Il caso della protezione civile testimonia, in definitiva, il fatto che è la funzione amministrativa ed i compiti ad essa connessi ad influenzare la scelta del modello organizzativo³⁵⁵.

Nel già citato Studio condotto dal Comitato per la legislazione istituito presso la Camera dei Deputati, sono state individuate alcune tendenze di massima derivanti proprio dalla espansione delle strutture emergenziali:

1) innanzitutto, una tendenza espansiva dal punto di vista dimensionale (numero degli addetti, nuovi uffici, organi attuatori), temporale (proroghe annuali reiterate) e funzionale (aumento degli obiettivi e delle funzioni), sia sul piano delle attribuzioni che su quello dei poteri (ampliamento delle deroghe);

2) in secondo luogo, una significativa e costante instabilità del tessuto regolatorio: le statistiche rivelano l'esistenza, per ogni ordinanza di emergenza, almeno di un'altra ordinanza di modifica della precedente. Si riscontrano negoziazioni dei poteri da utilizzare tra Presidenza del Consiglio e amministrazioni interessate, a dimostrazione di una sorta di "contrattabilità" ed "instabilità" del contenuto delle ordinanze e dei loro confini, che a ben guardare possono essere adeguati alle necessità del caso. Questo approccio è insofferente al principio di legalità, dal momento che rinnega che la regola di diritto predetermini e vincoli il potere pubblico. Le ordinanze cc.dd. *omnibus*, poi,

³⁵⁵A. FIORITTO, *op. cit.*, 172.

adottano una tecnica normativa “opaca”, con novellazioni a cascata che rende arduo ricostruire con precisione la filiera delle misure adottate;

3) ultima tendenza rilevata dallo Studio *de quo* è l’incidenza sulla regolazione a regime, soprattutto relativamente alle emergenze socio-ambientali (es. i rifiuti), alla luce del fatto che finiscono per vincolare *pro futuro* le Amministrazioni. Si verificano frequenti proroghe dello stato di emergenza che rischia di paralizzare le competenze ordinarie degli enti locali.

Si è parlato a tal proposito di “ibridazione procedurale ed organizzativa”³⁵⁶.

Dinanzi a situazioni di reale e assoluta urgenza, l’ordinamento può consentire deroghe amplissime ai sistemi di controllo dell’azione amministrativa, alle fasi procedimentali tipiche, alle guarentigie procedurali a difesa dei privati e allo stesso riparto di competenze decisionali tra diverse autorità. Viceversa, in carenza dei predetti presupposti, simili innominate deroghe non dovrebbero poter essere ammesse, né vengono pretese, sia per ragioni di coerenza sistematica sia perché comportano rischi gestionali eccessivi o possono generare reazioni conflittuali da parte dei soggetti (pubblici o privati) coinvolti.

Accade perciò che, in queste ipotesi, la gestione emergenziale (sia sotto il profilo delle procedure che su quello della organizzazione) apparentemente soppianti, ma al tempo stesso concretamente imiti e si compenetri con l’amministrazione ordinaria, modificandone solo alcuni profili³⁵⁷.

Varie sono le tecniche:

a) funzioni di competenza regionale o locale vengono attratte dallo Stato, ma l’esproprio è solo formale perché viene nominato Commissario delegato un rappresentante dell’amministrazione territoriale (ad es. il Presidente od un Assessore della Regione interessata). La dichiarazione dello stato di emergenza diviene uno strumento per integrare con poteri straordinari le attribuzioni degli enti o dei soggetti competenti in via ordinaria, sviluppando, forse, il regime dell’autogoverno;

³⁵⁶ L. DUILIO (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile*, cit.

³⁵⁷ L. DUILIO (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile*, cit.

b) viene istituita un'organizzazione "di missione" *ad hoc*, formalmente distinta dagli uffici ordinari e ad essi sovrapposta, ma vengono poi previsti dei meccanismi di raccordo: ad esempio la possibilità per il commissario di fare ricorso allo "avvalimento" di uffici esistenti, specie verso enti o organi con competenze tecniche, provveditorati o società pubbliche³⁵⁸; oppure, i nuovi uffici emergenziali possono essere, in tutto o in parte, composti da funzionari e personale pubblici, già impiegati nelle materie, negli ambiti e nei settori oggetto di intervento;

c) le funzioni ed i poteri di iniziativa, di istruttoria e di decisione sono soltanto apparentemente accentrati in capo alla Presidenza del Consiglio, al Dipartimento della protezione civile ed ai commissari nominati³⁵⁹; in concreto, tuttavia, si rileva un'intensa attività endoprocedimentale, che precede e segue l'emanazione delle ordinanze, rivelando l'esistenza di ampie fasi di coinvolgimento, di coordinamento e di intesa tra autorità e organismi pubblici e privati, del tutto similmente a ciò che accade nel farsi delle procedure ordinarie. Queste attività dimostrano per altro verso l'effettivo ampio anticipo con cui sono previsti o addirittura programmati gli interventi o gli eventi oggetto delle ordinanze di emergenza, e come queste siano spesso il frutto di una contrattazione meditata tra le varie autorità ed i diversi livelli di governo interessati;

d) gli organi di controllo, come la Corte dei Conti, la Ragioneria generale dello Stato o l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici sono pressoché estromessi, ma ne vengono previsti di nuovi (ad esempio, come nel caso dell'emergenza-Abruzzo, che ha visto l'istituzione di comitati e commissioni di

³⁵⁸ Sulla configurabilità dell'istituto dell'avvalimento nel caso della organizzazione dell'emergenza, cfr. *infra* A. MEZZOTERO, *L'Ufficio del Commissario delegato L'Ufficio del Commissario Delegato ex art. 5 l. n. 225 del 1992: natura giuridica ed ambito dei poteri straordinari riguardo la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, 1, 2010, 160 ss.

³⁵⁹ Per meglio riflettere su questo fenomeno, si veda quanto verificatosi per l'organizzazione dell'EXPO Milano 2015 (Cap. II, Sez. II, §. 3.2.), nell'ambito del quale è accaduto *de facto* che il Dipartimento della Protezione civile è rimasto estraneo alla speciale organizzazione amministrativa creata per l'evento; l'unico elemento di contatto si rinviene nella decisione del Commissario straordinario di far partecipare il capo del Dipartimento della Protezione civile alla commissione di coordinamento.

garanti per supervisionare la gestione delle risorse); ovvero essere previsti in via generale, come i Comitati per il rientro nell'ordinario³⁶⁰.

In conclusione, i mezzi, i fini e i limiti dell'azione amministrativa non sono previsti e imposti da una fonte superiore o quantomeno stabile, che funga da parametro e punto di riferimento della legittimità dei provvedimenti e dei comportamenti assunti. Essi possono essere, viceversa, costantemente adeguati alle necessità del caso o alle richieste dei soggetti interessati, in una logica di continua disponibilità e contrattabilità delle regole.

Ciò accade con controlli esterni solo deboli o indiretti, sia sul versante parlamentare (a differenza dei decreti legge le ordinanze di protezione civile non sono oggetto di scrutinio da parte delle Camere); sia amministrativo (come si vedrà meglio *infra*, le gestioni commissariali operano infatti tramite contabilità speciali); sia giurisdizionale (i giudici manifestano storicamente una certa ritrosia a sindacare le scelte adottate dalla Presidenza del Consiglio).

E' probabilmente proprio questa straordinaria flessibilità e adattabilità dello strumento ordinanza, assieme alla libertà da vincoli e condizionamenti esterni, che ne ha determinato il crescente utilizzo, anche al di fuori dei suoi confini naturali, e che al tempo stesso ha condotto le gestioni commissariali ad agire in una terra giuridica "connotata da eccessiva discrezionalità e al di fuori della necessaria ortodossia amministrativa"³⁶¹.

Nonostante la forte centralizzazione della funzione, si sta comunque delineando un sistema di protezione civile anche a carattere decentrato, nell'ambito del quale le competenze statali sono individuate in modo tassativo, ed alle autonomie locali viene conferita in generale la competenza in materia.

Ciò perché il legislatore del 1992 ha stabilito che nel momento dell'emergenza scatta una diversa distribuzione delle competenze, basata su uno schema "graduato" (e limitando gli interventi derogatori maggiormente incisivi alle sole ipotesi più gravi) che è dettagliatamente indicato all'art. 2 della legge:

³⁶⁰ Sull'operatività della figura, v. ad esempio O.P.C.M. 5 dicembre 2007, n. 3633 (c.d. "emergenza-Messina").

³⁶¹ L. DUILIO (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile*, cit.

a) eventi fronteggiabili mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria;

b) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria;

c) calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, devono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari.

In conseguenza di detta schematizzazione, può innanzitutto osservarsi come il ruolo del Prefetto appaia ridimensionato, posto che la normativa vigente gli riserva unicamente compiti di generica promozione e coordinamento, o poteri di intervento diretto nelle sole ipotesi di eventi calamitosi di eccezionale entità (gli è stata, invece, sottratta la competenza alla redazione del piano provinciale di protezione civile). Tuttavia, i medesimi sono sempre considerati i soggetti "naturalmente" competenti, per la gestione di alcune particolari categorie di emergenze, quali quelle connesse ai fenomeni migratori ed agli insediamenti nomadi. A tal proposito, prendendo a parametro di riferimento un preciso arco temporale (individuato nell'anno 2009), si riscontrano quattro casi di nomina di un Prefetto a commissario delegato: la c.d. "emergenza nomadi" in Veneto, le emergenze-rifiuti in Calabria e a Palermo ed i dissesti idrogeologici nella provincia di Foggia.

Le Regioni e gli enti locali sono, rispettivamente, competenti per gli eventi indicati nelle lettere a) e b) dell'art. 2 della legge n. 225/92. Le Regioni svolgono, inoltre, compiti di indirizzo e programmazione, ed in alcuni casi anche funzioni direttamente operative³⁶².

La Provincia provvede alla predisposizione dei piani provinciali di emergenza, prima di competenza del Prefetto, e svolge attività di previsione e prevenzione dei rischi, di vigilanza sulla predisposizione da parte delle strutture provinciali di protezione civile dei servizi urgenti, anche di natura tecnica, da attivare in caso di eventi calamitosi.

³⁶² Predisposizione dei programmi di previsione prevenzione dei rischi, sulla base degli indirizzi nazionali, alla individuazione degli indirizzi per la predisposizione dei piani provinciali di emergenza ed all'attuazione di interventi urgenti in caso di eventi calamitosi di loro competenza.

Quanto alle funzioni dei Comuni, esse si articolano nelle due distinte direzioni della previsione e prevenzione dei rischi³⁶³. Alle competenze del Comune in qualità di ente territoriale vanno aggiunte quelle spettanti al Sindaco in qualità di autorità comunale di protezione civile.

L'art. 5 della legge 225 disciplina invece lo stato di emergenza ed il potere di ordinanza. Secondo detta disposizione, al verificarsi degli eventi di cui all'art. 2, co. 1, lett. c) si deve far fronte con mezzi e poteri straordinari rientranti nella competenza del Dipartimento della Protezione civile, e si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza. Il relativo procedimento amministrativo é caratterizzato da due fasi.

In una prima fase, il Consiglio dei Ministri delibera lo stato di emergenza determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi (con le medesime modalità, al venir meno dei relativi presupposti, si procede alla eventuale revoca dello stato di emergenza).

In una seconda fase, per l'attuazione degli interventi di emergenza si provvede a mezzo di ordinanze, "anche in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico".

Il Presidente del Consiglio dei Ministri può anche emanare ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o cose: in questa ipotesi non è consentita la deroga al regime normativo ordinario, se non con riguardo alla competenza che rimane di regola incardinata in modo derogatorio in capo agli organi straordinari investiti di poteri³⁶⁴.

Le ordinanze vengono di solito adottate al fine di consentire il completamento degli interventi caratterizzati dall'esercizio del potere derogatorio al regime normativo ordinario.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri può infine avvalersi per l'attuazione degli interventi di Commissari delegati³⁶⁵. Il relativo provvedimento

³⁶³ Predisposizione dei piani comunale ed intercomunali di emergenza, adozione dei provvedimenti necessari ad assicurare i primi soccorsi in caso di eventi calamitosi a rilevanza comunale e interventi diretti in caso di necessità (attuazione concreta dei primi soccorsi, coordinamento delle attività di volontariato, e loro concreto utilizzo).

³⁶⁴ V. SALAMONE, *op. cit.*

³⁶⁵ Su cui, *amplius*, v. *infra* al §. 3.1.1. di questa Sezione.

di delega deve indicare il contenuto della delega dell'incarico ed i tempi e le modalità del suo esercizio.

Le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti devono contenere, inoltre, l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate. Sul punto, l'art. 5 co. 5 l. n. 225/1992 stabilisce che il provvedimento deve indicare solo le "principali" norme a cui deroga, e non tutte, e questo nonostante gli impressionanti elenchi di molte decine di disposizioni espressamente derogate, relative sia all'attività "interna" della pubblica amministrazione (procedure contabili e finanziarie; organizzazione; disciplina del pubblico impiego; formazione della volontà dell'amministrazione nel procedimento amministrativo; riparto di competenze amministrative tra enti) che alle attività "finali".

Suscitano, conseguentemente, stupore gli sconfinati poteri derogatori riconosciuti ai Commissari delegati, che consentono di adottare provvedimenti atipici sia per forma che per contenuto.

Risulta evidente che le stesse annoverano genericamente le leggi che il Commissario potrebbe derogare, ma risulta assente, rispetto a tali norme, sia la valutazione puntuale dell'impossibilità di realizzare gli interventi nei tempi resi necessari dall'emergenza, sia il motivato giudizio circa la necessità di procedere alla deroga di tali norme.

Si ingenera per questa via una perenne fluidità della disciplina e la continua dilatazione dei poteri di emergenza, all'insorgere di nuove esigenze o anche per mere ragioni di opportunità gestionale, magari non adeguatamente valutate in origine.

E' stato, peraltro, osservato³⁶⁶ che nei rapporti tra l'ordinanza presidenziale e i conseguenti atti commissariali, la prima delimita il campo di esercizio della deroga, i secondi possono usare in concreto la deroga solo funzionalmente alla necessità degli interventi.

³⁶⁶ C. VENTIMIGLIA, *Una emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Cons. Stato*, I, 2004, 941 ss., 961.

Orbene, questa previsione sembra forse, tra le altre, quella che maggiormente determina l'alterazione - quanto a tipicità dello strumento ed a relativi presupposti - del tipo delle ordinanze *extra ordinem, sub specie* di O.P.C.M. di protezione civile.

Il requisito, infatti, della capacità derogatoria alle norme vigenti, dapprima fortemente circoscritto avuto riguardo ai provvedimenti contingibili ed urgenti di prima generazione, trova oggi una applicazione nella prassi molto più estesa, senza dubbio consentendo alle gestioni commissariali nominate dalla Presidenza del Consiglio di individuare una non quantificabile ulteriore gamma di disposizioni, regionali e nazionali, cui derogare con l'esercizio dei poteri speciali e derogatori di cui sono in possesso.

La stessa giurisprudenza è intervenuta più volte per sanzionare siffatte condotte. Merita di essere ricordata una decisione del Consiglio di Stato del 1998³⁶⁷, con la quale veniva dichiarata l'illegittimità di alcune O.P.C.M. nella parte in cui consentivano la deroga all'intera legge 11 febbraio 1994 n. 109 in materia di lavori pubblici nonché all'intero ordinamento di settore posto a tutela delle bellezze naturali.

Allo stesso modo, nel 1999³⁶⁸, veniva affermato il principio per cui la legislazione speciale per situazioni di emergenza non impedisce ai Comuni, o ad altri enti ed organi, di esercitare i poteri loro spettanti in base alla normativa ordinaria, sul presupposto che la deroga alla legislazione ordinaria va intesa come "istituzione o ampliamento dei poteri degli organi amministrativi preposti o delegati agli interventi di emergenza e non come restrizione dei poteri di altre autorità".

Appare in definitiva un dato pacifico affermare che non esiste un fondamento espresso di questo tipo nella legge di sistema sulla protezione civile. La *ratio* giustificatrice di una siffatta tendenza, per quanto discutibile, la offrono alcuni Autori³⁶⁹, con una ermeneutica di derivazione costituzionale: la chiave

³⁶⁷ Cons. St., sez. IV, 16 aprile 1998, n. 197.

³⁶⁸ Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 1999, n. 52.

³⁶⁹ G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi, cit.*, 2195, che prosegue osservando: "avrei qualche dubbio sull'esattezza e praticabilità del rispetto, sempre e comunque, dei principi generali dell'ordinamento", "il

decisiva sarebbe il principio di ragionevolezza, in quanto si ritiene il dettato del surriportato art. 5 co. 5 come “previsione ragionevole”, giacché davvero l'emergenza in linea di massima non consente uno studio così accurato dello Stato di diritto da potere indicare, una volta stabilito che cosa appare adeguato per fronteggiare l'emergenza, tutte le norme previgenti che per conseguenza risultano derogate.

Va infine garantita la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, nonché la trasmissione ai Sindaci interessati affinché vengano pubblicate negli albi pretori.

Dalla sommaria analisi della disciplina fin qui svolta, può osservarsi che è autorizzato il ricorso al potere di ordinanza *extra ordinem*, anche in deroga alle norme vigenti nell'ordinamento, in relazione alla necessità, non fronteggiabile con gli ordinari poteri affidati all'amministrazione, di porre rimedio all'emergenza.

In materia di protezione civile, il legislatore ha ritenuto così di ammettere uno strumento di intervento assai discusso, e tradizionalmente connotato da stringenti vincoli, necessari a rendere l'esercizio dello stesso, come visto, in qualche modo coerente con i principi di legalità e di tipicità degli atti amministrativi.

L'assenza, tuttavia, di una puntuale definizione dei presupposti di fatto per l'esercizio del potere -che ha di fatto aperto le maglie alle gestioni commissariali- ripropone l'interrogativo di partenza della presente trattazione: quali possano essere gli effetti della necessità e dell'emergenza entro i confini dell'ordinamento; nel contempo, l'individuazione di precisi parametri applicativi del principio di legalità-tipicità³⁷⁰ si rende più problematica.

Deve affermarsi, ad onor del vero, che ciò è avvenuto probabilmente contro le intenzioni stesse del legislatore, il quale a ben guardare non aveva

principio di congruità e proporzionalità tra evento e misura assorbe, e limita nello stesso tempo, il presunto principio del rispetto dei principi generali dell'ordinamento”, e che è “ragionevole immaginare un'emergenza tale da esigere, in un caso specifico, la deroga anche ad un principio generale dell'ordinamento (naturalmente la cosa andrà adeguatamente motivata e resta sotto il controllo dei giudici)” (2198); G.U. RESCIGNO, *Ordinanza*, cit., 99; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., a proposito del principio di ragionevolezza in senso “aperto”, 317-318.

³⁷⁰ C. VENTIMIGLIA, *Una emergenza da inefficienza*, cit., 941 ss.

inteso legittimare sbrigativamente un nuovo e più ampio regime *extra ordinem* per ogni ipotesi di emergenza o di pericolo dichiarate dal Governo nazionale, ma, al contrario, mantenere fermo il più possibile l'ordine esistente.

3.1- I soggetti.

La legge 225/92 incide in modo esteso anche sulla forma di governo, perché attraverso di essa l'esecutivo incrementa i propri poteri normativi, incrementa il "proprio organico" perché i Commissari sono nominati dal Governo e in qualche maniera sono un ulteriore braccio dello stesso, superando le competenze regionali e snellendo i procedimenti amministrativi lenti³⁷¹.

E' stato affermato che le ordinanze straordinarie sono "quegli atti aventi il carattere di atti normativi o di provvedimenti amministrativi, emessi da autorità governative (Ministro, Presidente della Giunta Regionale etc.) o da autorità amministrative (Prefetto, Sindaco etc.), sul presupposto della necessità ed urgenza, senza predeterminazione del contenuto, ed anche in deroga alle norme vigenti al fine di consentire alla pubblica amministrazione di attuare i fini di pubblico interesse in fattispecie non previste da norme di diritto positivo"³⁷².

Sotto il profilo della qualificazione soggettiva, *rectius* della promanazione del peculiare potere di ordinanza sopra descritto da parte di differenti tipologie di organi, l'analisi testé riportata appare eccessivamente generica e pertanto insufficiente a descrivere il variegato panorama di autorità -non importa in questa sede se governative o amministrative, ammesso che tale distinzione abbia ancora una sua validità- che al giorno d'oggi sono deputate ad emanare provvedimenti *extra ordinem*, con conseguenze sostanziali soprattutto sul riparto delle attribuzioni normativamente predefinite.

Tra gli strumenti tipici del diritto dell'emergenza vi è infatti un ampio ricorso ad organi straordinari, che in varia misura sono investiti del compito di intervenire a tutela degli interessi pubblici e privati danneggiati o minacciati nella situazione contingente.

³⁷¹ G. RAZZANO, *Inquadramento costituzionale delle ordinanze di protezione civile*, cit., 200.

³⁷² L. GALATERIA-M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo: principi generali*, Utet, Torino, 1993, 52.

Per organo amministrativo straordinario si intende preliminarmente un organo non contemplato nel disegno organizzativo di un'amministrazione, il quale, in determinati casi, vi si inserisce con il compito di svolgere determinate funzioni normalmente spettanti ad altri organi³⁷³. Il concetto di organo straordinario richiama il fenomeno della sostituzione amministrativa, sulla cui definizione ci si soffermerà più diffusamente in prosieguo di trattazione³⁷⁴, dal momento che è insito nella straordinarietà il fatto di assumere provvisoriamente competenze di regola affidate ad organi diversi³⁷⁵.

Certamente, gli organi che popolano il diritto amministrativo dell'emergenza sono straordinari nel duplice senso che il loro intervento determina l'alterazione del normale assetto delle competenze ed altresì nel senso che sono investiti di poteri straordinari, capaci di derogare alle vigenti disposizioni di legge; la straordinarietà caratterizza, in altri termini, tanto l'organizzazione³⁷⁶ quanto i poteri.

Si è felicemente parlato di "sistema parallelo", perché alle ordinanze governative ed a quelle dei Sindaci occorre aggiungere le dichiarazioni di stato di emergenza, con cui i Presidenti di singole Regioni sono nominati Commissari per far fronte a vere o supposte emergenze nei settori dell'ambiente, della sanità e dei rifiuti con particolare perversione del quadro delle competenze costituzionalmente garantite alle autonomie regionali³⁷⁷.

E' stato infine osservato che detto fenomeno comporta delle conseguenze anche sul piano della profondità del sindacato giurisdizionale, dal momento che quest'ultimo non sembra estendersi alla verifica sull'uso strumentale della misura

³⁷³ G. BERTI-L. TUMIATI, *Commissario e commissione straordinaria*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, 842 ss.; G. RIZZA, *Commissario (diritto pubblico)*, e *Commissario straordinario*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2003, vol. VII; T. KLITSCH DE LA GRANGE, *Gli organi amministrativi straordinari*, in *Cons. Stato*, 1984, fasc. 3, 431 ss.

³⁷⁴ Cap. II, Sez. III, §. 2.2.

³⁷⁵ G. RIZZA, *Commissario*, cit., 1, ricorda che "tradizionalmente, le figure di commissario straordinario ... vengono riportate allo schema ... del c.d. controllo sostitutivo".

³⁷⁶ Sulla rilevanza organizzativa dell'emergenza si veda G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, cit., 505 ss.; ID., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, il quale parla di "stato di eccezione organizzativo".

³⁷⁷ C. PINELLI, *Un sistema parallelo, Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, Relazione al Convegno del Gruppo S. Martino, Università di Milano Bicocca, 13 novembre 2009, su *Recenti novità nell'uso dei poteri normativi del governo*, pubblicato in *Dir. pubbl.*, 2/2009, 317 e ss.

derogatoria a finalità elusiva della stessa separazione dei poteri o anche solo dei presupposti e dei limiti che circonderebbero la portata dispositiva dell'atto se esso fosse adottato con le forme e le procedure ordinarie.

L'importanza dello scrutinio sul c.d. "motivo soggettivo"³⁷⁸ si apprezza se si tengono presente alcune prassi illegittime che difficilmente possono essere "giustiziate". Si pensi (come già visto) al caso del ricorso al potere d'ordinanza per supplire all'inefficienza amministrativa, ossia all'adozione di provvedimenti in deroga alla legge non per l'oggettiva impossibilità di fronteggiare i contesti emergenziali attraverso l'ordinario diritto legislativo ma per l'incapacità di conseguire i fini dell'azione amministrativa *secundum legem*³⁷⁹.

Nasce così l'amministrazione parallela, che ha un vertice nel Commissario delegato, che è scelto dal Presidente del Consiglio e risponde a quest'ultimo ed al Capo del Dipartimento della Protezione civile.

Per questi motivi, appare opportuno in questa parte della trattazione esaminare partitamente le varie figure soggettive emerse nel corso degli anni in relazione all'attribuzione del potere di ordinanza, e verificare così come concretamente queste si sono atteggiate nel relativo esercizio.

Si tratta normalmente, come meglio si vedrà a breve, di personale prefettizio o proveniente da autorità statali. Per la gestione delle catastrofi naturali, invece, il Commissario straordinario è individuato nei vertici delle amministrazioni regionali o locali³⁸⁰.

3.1.1.- I Commissari straordinari.

Il potere di commissariamento esprime un'esigenza di continuità dell'azione amministrativa³⁸¹ ed assume la natura di provvedimento non repressivo né sanzionatorio³⁸², ma preordinato all'esigenza di eliminare le

³⁷⁸ A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit., 414.

³⁷⁹ S. CASSESE, *I paradossi dell'emergenza*, in A.I.P.D.A. - ANNUARIO 2005, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., 223, parla dell'abuso dei poteri d'emergenza come di un paradosso.

³⁸⁰ G. RAZZANO, *Inquadramento costituzionale delle ordinanze di protezione civile*, cit., 191.

³⁸¹ C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, Giuffrè, 2007, 30.

³⁸² Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 1982, n. 70, in *Cons. Stato*, 1982, I, 156.

situazioni di danno per l'interesse pubblico determinate da una oggettiva e grave disfunzione nella conduzione dell'organo medesimo³⁸³.

Nel nostro ordinamento, la figura dell'organo straordinario preposto alla gestione dell'emergenza è disciplinata in via generale della legge n. 225 del 24 febbraio 1992, istitutiva del Servizio nazionale della Protezione civile³⁸⁴.

La previsione della legge n. 225/92 che più ha condizionato l'evoluzione del potere *extra ordinem* del Governo è pertanto contenuta proprio nel comma 4 dell'art. 5, che abilita il Presidente del Consiglio o il Ministro per il coordinamento della protezione civile da lui delegato ad avvalersi di "commissari delegati" per l'adozione delle ordinanze contemplate dalla medesima legge, precisando che "il relativo provvedimento di delega deve indicare il contenuto della delega dell'incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio". La norma, così, finisce per generare una figura, quella del Commissario delegato, avente carattere ibrido³⁸⁵ perché non paragonabile a quella di Commissario straordinario del Governo contemplata dall'art. 11 legge 23 agosto 1988 n. 400 ma comunque distante dalla logica del riparto organizzativo delle funzioni ed in più dotata di poteri straordinari per fronteggiare situazioni eccezionali e temporanee³⁸⁶.

La figura del predetto Commissario ha una natura che è ancora da definire: per certi versi, si tratta di dirigenti amministrativi, specialmente quando provengono dalla Protezione civile; per altri versi, in riferimento alla nomina

³⁸³ B. PONTI, *La "manifesta" illegittimità del commissariamento del Consiglio nazionale delle ricerche*, sottolinea questo carattere non sanzionatorio del commissariamento nel commento a Tar Lazio, sez. III, 6 marzo 2003, n. 1778, in *Foro amm. TAR*, 2003, 583.

³⁸⁴ Gli Autori consultati per un inquadramento preliminare della figura dei Commissari straordinari sono stati: A. FIORITTO, *I commissari straordinari per il completamento delle opere incompiute*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 11.; D. CALDIROLA, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, in *Amministrare*, n. 2, agosto 2010, 197 e ss., per un utilissimo *excursus* storico in materia ed una differenziazione tra le varie figure; C. FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2009, 561 ss., anche in questo caso per la distinzione tra le differenti tipologie commissariali, fino agli interventi legislativi più recenti; F. LEMETRE, *La "stabile temporaneità" dei regimi commissariali: un ossimoro lesivo delle competenze regionali? Note minime a Corte costituzionale 16 luglio 2008, n. 277* in www.giustamm.it; I. LA GROTTA, *Stato d'emergenza socio-economico ambientale, poteri commissariali, nomina sub-commissari: rapporti tra i poteri e le competenze attribuite in via ordinaria agli Enti Locali*, in www.giustamm.it, entrambi sull'esperienza dei commissariamenti nell'emergenza rifiuti campana.

³⁸⁵ A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit., 171.

³⁸⁶ L. GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile: commento alla legge 24 febbraio 1992, n. 225*, cit., 105-106. Sulla figura del "delegato" e su quella del "commissario" cfr. G. BERTI-L. TUMIATI, *Commissario e commissione straordinaria*, in cit., 843.

della Presidenza del Consiglio dei Ministri, si tratta di esponenti politici. Però, la garanzia del ruolo dirigenziale è data proprio dal procedimento, dall'osservanza cioè della legge, ed il principio democratico si manifesterebbe (e verrebbe fatto salvo) proprio in tal guisa. La subordinazione al procedimento in questo caso non c'è perché il commissario adotta ordinanze in deroga alla legge: non manca pertanto, sotto questo aspetto, chi sottolinea il ruolo politico del Commissario e per l'effetto la necessità che vengano individuati “meccanismi istituzionalizzati di responsabilità”³⁸⁷, ad oggi assenti o comunque sensibilmente deficitari.

La nomina commissariale pone inoltre le premesse perché le deroghe all'ordinamento legislativo possano essere realizzate nel sistema di protezione civile a due distinti livelli, quello dell'ordinanza presidenziale e quello del provvedimento commissariale, che non necessariamente deve avere la forma dell'ordinanza. Detto altrimenti, l'ordinanza del Presidente del Consiglio non deve necessariamente essa stessa derogare la legge ma può limitarsi a prevedere che la deroga sia disposta dal Commissario delegato. In questo caso, l'O.P.C.M. è norma sulla produzione giuridica, ed il collegato provvedimento commissariale derogatorio dovrà rispettarne i limiti³⁸⁸.

Peraltro, l'organo straordinario in qualche caso è individuato, proprio in quanto tale, con un esclusivo compito di esercitare i poteri di ordinanza previsti e necessari a fronteggiare la situazione di emergenza (la titolarità in questi casi è in genere conferita ad un funzionario dello Stato espressamente deputato all'assunzione di detta titolarità); in altri casi, il potere è conferito alla titolarità di un organo ordinario dell'Amministrazione statale sul territorio (il Prefetto) ovvero ancora il commissario delegato può anche essere, e spesso è, persona fisica già titolare di organo ordinario dell'Amministrazione regionale o locale (Presidente della Regione, Presidente della Provincia o Sindaco), con la conseguenza che in capo al medesimo soggetto si concentrano poteri ordinari e straordinari.

³⁸⁷ A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit. Sulla questione della responsabilità dei Commissari *versus* organi politici v. anche G. RAZZANO, *Inquadramento costituzionale delle ordinanze di protezione civile*, cit., 200.

³⁸⁸ G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza*, cit., 2195.

Più in particolare, si tratta in capo alla stessa persona della titolarità di due organi, l'uno ordinario nell'ambito dell'ente di appartenenza e l'altro straordinario per l'attuazione degli interventi di protezione civile.³⁸⁹ Ed in questi casi accade che i commissariamenti nascono con l'appoggio proprio degli enti che sarebbero ordinariamente competenti cui, nella sostanza, la nomina commissariale riassegna le stesse funzioni, riconoscendo però la facoltà di esercitarle attraverso poteri derogatori³⁹⁰.

E' stato altresì osservato³⁹¹ che la prassi di nominare commissario un soggetto già istituzionalmente preposto ad una amministrazione territoriale coinvolta dall'emergenza viene considerata come espressione dei principi di "sussidiarietà" e di "leale collaborazione".

In ordine alla qualifica dei commissari delegati, può riscontrarsi negli ultimi anni un sempre maggiore ricorso a soggetti politico-istituzionali rappresentativi dell'area territoriale interessata dalla situazione emergenziale (Assessori e Presidenti di giunte regionali, Sindaci, altri soggetti), con un contestuale assottigliamento della presenza dello Stato nell'ambito del regime straordinario.

Tale tendenza potrebbe rappresentare il tentativo statale di realizzare un bilanciamento o una compenetrazione del regime straordinario nel tessuto amministrativo ordinario. L'investitura dell'organo elettivo nel ruolo di commissario straordinario produce l'effetto di riconsegnare a organi politici compiti di diretta gestione amministrativa, in violazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione³⁹².

³⁸⁹ Siffatta efficace schematizzazione appartiene a V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, cit., 363, il quale a titolo meramente esemplificativo ricorda altresì che con O.P.C.M. 14 giugno 2007, n. 3595, Disposizioni per la celebrazione del "grande evento" in relazione della visita nel Comune di Assisi di Papa Benedetto XVI, il Sindaco di Assisi è stato altresì nominato Commissario delegato; o ancora, con O.P.C.M. 10 giugno 2005, n. 3439, Interventi conseguenti alla dichiarazione di "grande evento" nel territorio della provincia di Torino, per garantire il regolare svolgimento dei XX Giochi Olimpici Invernali "Torino 2006", è stato nominato Commissario delegato il Sindaco di Torino.

³⁹⁰ F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da fattori interni all'amministrazione*, in *ANNUARIO AIPDA*, 2005, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., 103.

³⁹¹ M. FRANCAVILLA, *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, *Corr. giur.*, 2008, 301 ss.

³⁹² F. MERLONI, *Ragionando sui rifiuti campani e dintorni: Stato e Regioni tra la continua emergenza e l'impossibile normalità*, in *Le Regioni*, 6, 2007, 925 ss.

Non è infrequente, poi, che il commissario venga individuato tra i soggetti già a vario titolo ordinariamente competenti a curare gli interventi oggetto dei provvedimenti di protezione civile: ad esempio, al fine di disporre le misure per il rilancio dell'immagine e del turismo nazionale in vista sia del centocinquantenario dell'Unità d'Italia, sia dell'EXPO Milano 2015, è stato individuato quale commissario delegato il Capo di gabinetto del Ministro del Turismo; al fine di contrastare la diffusione della pandemia influenzale da nuovo virus A (H1N1), è stato nominato Commissario il Direttore generale per la prevenzione e per la comunicazione del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali; per il superamento dell'emergenza traffico a Treviso ed a Vicenza sono stati attribuiti poteri straordinari all'amministratore delegato della società Veneto Strade; per l'emergenza rifiuti in Campania, al direttore centrale per le nuove costruzioni dell'ANAS.

Altre gestioni commissariali, infine, vengono talora affidate a soggetti politico-istituzionali con trascorsi nella dirigenza della Protezione civile. E' il caso sia del commissario delegato nominato per la realizzazione del nuovo Palazzo del Cinema di Venezia, sia del commissario delegato per la gestione dell'emergenza presso gli scavi di Pompei ed altri siti archeologici vesuviani³⁹³. Niente affatto infrequente, ancora, il ricorso a tecnici, professionisti ed esperti esterni, come nei casi dei commissari delegati nominati per il superamento dell'emergenza idrica alle isole Eolie, delle emergenze connesse alla messa in sicurezza delle grandi dighe, nonché della situazione di "grave pericolo" nelle aree archeologiche di Roma ed Ostia antica.

In altri tre casi, peraltro molto diversi tra loro (terremoto de L'Aquila, competizione velistica "*Louis Vuitton Cup*" a La Maddalena e dissesto della zona archeologica romana), è invece lo stesso capo del Dipartimento della protezione civile ad assumere la veste di Commissario straordinario³⁹⁴.

³⁹³ Il primo aveva rivestito la carica di vice-Capo del Dipartimento della Protezione civile, di vice-Presidente della Giunta regionale calabrese e di Commissario del governo per l'emergenza socio-economico-sanitaria nella Regione Calabria; il secondo di direttore delle emergenze al dipartimento della Protezione civile e di Segretario generale del Ministero delle Comunicazioni.

³⁹⁴ L. DUILIO (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile*, cit.

Si è anticipato che la prassi più recente vede nei Presidenti o, più di rado, negli Assessori delle Regioni interessate dallo stato di emergenza i soggetti cui spesso vengono delegati i poteri straordinari. E' il caso delle emergenze connesse alle agli eventi sismici; alla bonifica delle discariche di Manfredonia, fino a quelle connesse alla "seconda fase" dell'emergenza abruzzese. Nella quasi totalità delle emergenze alluvionali il commissario delegato è individuato tra le fila delle istituzioni regionali (si pensi alle avversità atmosferiche verificatesi, nell'anno 2009, a gennaio in Calabria, a settembre in Friuli e ad ottobre a Messina). La stessa tendenza, con un ricorso ancor più evidente alla figura dei Presidenti di Regione, accomuna le emergenze sismiche (nelle province di Parma, Modena e Reggio Emilia). Al contrario, come già anticipato³⁹⁵, una netta preponderanza della presenza dello Stato (nella persona dei Prefetti) nel regime straordinario sembra ormai confinata ad emergenze quali quelle connesse ai fenomeni migratori ed agli insediamenti nomadi.

Nel complesso, tuttavia, meno di un quarto dei commissari delegati oggi in attività proviene dalle fila statali.

Mancano, invece, criteri uniformi e costanti nella scelta dei Commissari delegati per i "grandi eventi", la cui gestione è, a seconda dei casi, affidata a Sindaci, Presidenti di Regione, al Capo del Dipartimento della Protezione civile, ad altri funzionari o tecnici/professionisti. A questi ultimi, infine, è affidato circa il 10% delle gestioni commissariali in corso, con particolare riguardo alle emergenze derivanti da inquinamento ambientale e ad entrambe quelle connesse alla messa in sicurezza delle grandi dighe.

Il protrarsi *sine die* delle gestioni commissariali rappresenta un altro ricorrente metodo di elusione degli stringenti presupposti alla base del potere di ordinanza.

Giova, in questo caso, fare riferimento alle due già citate pronunce del TAR Lazio del 2001, rese con riferimento ai commissariamenti della Regione Puglia e della Regione Siciliana in materia di smaltimento dei rifiuti. Con le decisioni in esame, infatti, il TAR ha statuito l'illegittimità della reiterazione dei

³⁹⁵ Cap. II, Sez. II, §. 3.

provvedimenti di proroga dello stato di emergenza quando la gestione straordinaria sembra destinata a protrarsi senza limiti di durata.

La dichiarazione di emergenza nella Regione Puglia, ad esempio, era stata reiterata dal 1994 ininterrottamente fino al 2001 con appositi successivi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, motivando la proroga in relazione al permanere della situazione emergenziale, ed alla necessità dell'adozione di ulteriori provvedimenti urgenti e straordinari finalizzati al superamento della situazione di crisi ed al completamento degli interventi in corso³⁹⁶.

Si guardi anche alla “storia infinita” della emergenza rifiuti nella Regione Campania.

In Campania, il primo provvedimento che dichiara lo stato di emergenza per il problema dello smaltimento dei rifiuti è del 1994: il Presidente del Consiglio nominava il Prefetto di Napoli quale Commissario straordinario del Governo per l'emergenza, attribuendogli il compito di attuare gli interventi di somma urgenza ed omettendo qualsivoglia previsione finalizzata all'effettivo coinvolgimento delle comunità locali, le cui competenze venivano peraltro fortemente incise dalle nuove prerogative prefettizie³⁹⁷. Da allora, nel ruolo di commissario delegato si sono nell'ordine succeduti: 1) il Prefetto di Napoli; 2) il Presidente della Regione Campania; 3) il Capo del Dipartimento della Protezione civile; 4) nuovamente il Prefetto di Napoli; 5) un alto funzionario dello Stato già Capo della Polizia; 6) e poi di nuovo il Capo del Dipartimento della Protezione civile in qualità di Sottosegretario di Stato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai quali con apposite ordinanze del Presidente del Consiglio venivano dapprima conferiti e poi prorogati gli appositi poteri straordinari³⁹⁸.

Dopo l'approvazione del piano regionale per lo smaltimento dei rifiuti ed in vista della sua gestione, il modello organizzativo della Regione Campania è stato profondamente rimaneggiato, modificando la distribuzione delle competenze ed istituendo nuovi enti di gestione quali autorità d'ambito, comitati,

³⁹⁶ C. VENTIMIGLIA, *op. cit.*, 959.

³⁹⁷ M. FRANCAVILLA, *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, cit., 301 ss.

³⁹⁸ La puntuale ed accurata ricognizione è condotta da S. D'ANTONIO, *Organi straordinari e amministrazione dell'emergenza*, cit., 209.

consorzi e soggetti di cooperazione tra comuni, ma il piano non è mai stato attuato ed infine si è stabilito di redigerne uno nuovo finalizzato allo smistamento dei rifiuti addirittura al di fuori del territorio regionale³⁹⁹.

La Corte dei Conti, con delibera n. 6/2007/G, Sezione giurisdizionale di controllo, ha evidenziato che la struttura organizzativa dell'emergenza rifiuti "ha perso gli originali caratteri della precarietà ed eccezionalità, e si è configurata come una complessa e duratura organizzazione "*extra ordinem*", che si è affiancata a quella ordinaria, bloccandone spesso l'operatività". Questa situazione "ha favorito una prassi abnorme, che ha portato all'adozione di regimi commissariali derogatori anche per situazioni di pericolo determinate sostanzialmente da inefficienze, ritardi e imprevidenza degli ordinari apparati amministrativi".

Ed infine, per lo specifico settore dei Grandi eventi, si prenda a riferimento il caso dell'EXPO Milano 2015.

Con ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, la n. 3623 del 18 ottobre 2007, il Sindaco di Milano *pro-tempore* veniva nominato Commissario delegato per la predisposizione degli interventi necessari alla migliore presentazione della candidatura della città di Milano quale sede dell'EXPO 2015. Al Commissario delegato veniva affidato il compito di coordinare e attuare le iniziative, anche all'estero, volte a sostenere la candidatura della città, mediante interventi volti al miglioramento dell'immagine e della mobilità della città, nonché all'acquisizione urgente della disponibilità dei beni, forniture e servizi, necessari e strumentali alla promozione e al buon esito della candidatura. Seguiva una lunga descrizione di compiti, che per la verità corrispondono ai normali compiti di cura della città propri di una Amministrazione comunale⁴⁰⁰.

Sicché, in occasione della candidatura di Milano all'EXPO 2015 una lunga lista di compiti propri del Comune veniva sottratta alla gestione ordinaria del Comune e dei suoi organi istituzionali (in primo luogo il Consiglio, ma anche la Giunta) ed affidata al Sindaco *pro-tempore*, ma nella sua distinta e diversa

³⁹⁹ Per un ulteriore approfondimento della "vicenda campana" si rinvia a A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 230 ss.

⁴⁰⁰ A. ROCCELLA, *Milano in stato di eccezione*, cit.

qualità di Commissario delegato del Governo, Commissario che però si sarebbe avvalso del personale e degli uffici dell'Amministrazione comunale.

Il Commissario straordinario delegato, che rimane in carica in qualità di Commissario fino al 31 dicembre 2016, svolge numerose funzioni riguardanti direttamente la realizzazione dell'EXPO e svolge altresì funzioni di vigilanza sulle attività relative alle opere connesse.

L'autorizzazione a queste deroghe rendeva infine palese la configurazione del Commissario delegato quale figura ibrida di organo straordinario di amministrazione innestato nel Comune: si ammetteva che l'attività del Commissario incidesse sulla organizzazione e sulle funzioni del Comune, il che non sarebbe avvenuto se invece il Commissario fosse stato considerato esclusivamente come organo dell'amministrazione statale della protezione civile investito di compiti propri dello Stato.

Il Sindaco veniva parzialmente staccato dal rapporto con la comunità cittadina e con l'assemblea elettiva ma paradossalmente, nella separata veste di Commissario delegato, era autorizzato a derogare allo Statuto.

Ed ancora, con D.P.C.M. del 22 ottobre 2008⁴⁰¹ il primo cittadino di Milano aveva acquisito l'ulteriore differente ruolo di Commissario straordinario delegato del Governo per la realizzazione dell'EXPO Milano 2015 (c.d. CO.S.DE.), con l'esclusivo compito di porre in essere gli interventi necessari per la realizzazione dell'EXPO. L'ordinanza arriva cioè ad integrare quella previgente, attribuendo al Sindaco-CO.S.DE. il nuovo ruolo di Commissario di protezione civile, nella cui veste è autorizzato a perpetrare deroghe ulteriori alla normativa ordinaria (statale, regionale e comunale).

Alla luce di detta ultima esposizione, ci si è chiesti⁴⁰², per vero - sia consentito - con approccio eccessivamente pessimistico, se il cumulo di quattro distinti ruoli istituzionali in uno stesso soggetto corrisponda a requisiti di razionalità e chiarezza dell'organizzazione amministrativa o se invece non costituisca inevitabilmente fonte di confusione e commistione.

⁴⁰¹ Successivamente modificato dall'ulteriore D.P.C.M. 7 aprile 2009.

⁴⁰² A. ROCCELLA, *Metamorfosi della protezione civile*, cit., 26.

Pare piuttosto, a chi scrive, che occorra comunque essere in grado di cogliere “il buono” di un simile assetto -perlomeno fino a quando se ne discuterà per così dire “a legislazione invariata”, e cioè fino a quando non verrà maturata la sensibilità di un intervento riformatore che, recependo le già numerose proposte avanzate sul tavolo dell’amministrazione dell’emergenza, provveda ad ovviare alle anomalie del sistema-, buono che si potrebbe ricavare, più in particolare, dall’avvenuto ampliamento (per il tramite del conferimento dei predetti poteri commissariali) delle attribuzioni di cui sono ordinariamente muniti i vertici degli enti locali, e più in genere degli organi rappresentativi.

Ciò consentirebbe forse di parlare di un nuovo e moderno regime dell’autogoverno nell’ambito dell’amministrazione dell’emergenza, su cui comunque si tornerà più diffusamente al termine della trattazione⁴⁰³.

3.2- Personale ed uffici.

I Commissari delegati operano pertanto mediante una vera e propria “organizzazione parallela dell’emergenza”, la cui dimensione quantitativa non sempre è definita puntualmente nell’ordinanza di origine. Per addivenire al risultato della predetta strutturazione, come d’altronde appare evidente, è innanzitutto necessaria l’autorizzazione alla deroga alle norme ed ai vincoli ordinariamente posti al reclutamento, realizzato in forma organica o tramite consulenze esterne, in ogni caso tramite procedure rapide e snelle.

Dal complesso delle ordinanze, ancora, emerge che i Commissari delegati sono ordinariamente supportati da una composita platea di soggetti, e più in particolare da:

- 1) personale amministrativo, anche di livello dirigenziale, già in servizio presso gli enti locali coinvolti nell’emergenza o presso altri enti pubblici, territoriali e non;
- 2) personale scelto sulla base di criteri fiduciari;
- 3) personale scelto sulla base di comprovate competenze tecniche⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Cap. III, §. 5.

Gli addetti sono perciò costituiti da avventizi o comandati, reclutati con chiamata diretta strettamente fiduciaria; l'unico limite è quello numerico complessivo, ma talvolta anche questo resta indeterminato con il solo limite imposto dalle somme a disposizione.

Può anche accadere che, “in corso d’opera”, i singoli commissari o gli enti -spesso territoriali- interessati facciano pervenire, spesso tramite lo strumento delle “note istituzionali”, le loro richieste al Dipartimento della protezione civile (ad esempio l’ampliamento dell’ufficio stampa, con l’aggiunta di un nuovo giornalista).

Ed ancora, per l’attuazione degli interventi è recentemente invalsa nella prassi delle ordinanze l’attribuzione al Commissario delegato del potere di nominare uno o più “Soggetti attuatori”⁴⁰⁵: si tratta a volte di uffici pubblici (come nel caso della “emergenza-Messina”) ed in altri casi anche di imprese private, alle quali vengono appaltate le opere da realizzare. L’elemento ad un tempo più controverso e qualificante dei Soggetti attuatori consiste nella facoltà, espressamente attribuita loro dall’ordinanza, di esercitare, sotto la supervisione ed il controllo del Commissario, gli stessi poteri straordinari e derogatori.

A parte quanto sopra, accade spesso altresì che le ordinanze di protezione civile istituiscano nuovi organismi volti a supportare in diverso modo l’azione commissariale, nella valorizzazione della funzione di coordinamento cui gli uffici commissariali sono certamente chiamati⁴⁰⁶: strutture di missione, strutture di supporto, comitati di indirizzo, commissioni tecniche, commissioni di garanzia, commissioni consultive, e così via. Si è parlato a tal proposito di “panoplia”⁴⁰⁷ dell’innominato e quindi indeterminabile novero dei possibili organismi, di controllo e non solo, apprestati per lo svolgimento dell’azione commissariale.

⁴⁰⁴ La puntuale ricognizione è ricavata dal già citato *Studio* del Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati, a cura dell’On. L. DUILIO.

⁴⁰⁵ Soltanto nelle 107 ordinanze del 2009, risultano con certezza 52 Soggetti attuatori, per quanto in quindici casi l’ordinanza prevede la nomina di “uno o più soggetti attuatori”, senza specificarne il numero esatto.

⁴⁰⁶ Sul punto, v. *infra* al Cap. II, Sez. III, §. 2.1.

⁴⁰⁷ L. DUILIO (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile*, cit.

Ancora, è nelle ordinanze *omnibus* che si rinviene di frequente l'incremento del personale già impiegato in altre emergenze, od anche la costituzione, anche a distanza di tempo dall'avvenuta dichiarazione dello stato di emergenza, di strutture operative, il cui numero di membri può essere anche indeterminato.

Appare emblematico, a tal ultimo proposito, il progressivo incremento delle strutture emergenziali in Abruzzo, dove sono stati via via istituiti:

- un comitato di garanti, al fine di supervisionare la gestione delle risorse da parte della struttura commissariale;

- una commissione di garanzia, per quanto attiene al controllo di natura legale e contabile;

- una commissione internazionale - peraltro indefinita nella sua composizione - per la prevenzione degli eventi sismici, mediante l'elaborazione di linee-guida per il futuro;

- una struttura di supporto, costituita dal Vice-Commissario delegato e composta da personale del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, al fine di coadiuvare il Commissario nella messa in sicurezza del patrimonio culturale;

- una commissione di esperti, senza che ne sia specificato il numero di membri, costituita all'uopo da parte del Presidente del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, al fine di assicurare il necessario supporto tecnico all'attività di ricostruzione;

- una struttura di missione temporanea, senza specificazione del numero di unità, operante a L'Aquila;

- una struttura tecnico-scientifica per supportare il commissario delegato nell'ambito del piano di interventi urgenti per il ripristino degli immobili pubblici;

- una struttura tecnica di missione ed una commissione tecnico-scientifica "avente il compito di prestare alta consulenza nella risoluzione dei problemi amministrativi, finanziari, contabili e di garanzia della trasparenza e della legalità".

Oltre alle strutture di nuova costituzione, frequenti sono i casi di incremento dei membri di strutture precedentemente costituite o, in generale, della dotazione organica del Commissario delegato.

A parte le strutture e gli uffici istituiti *ad hoc*, le gestioni commissariali hanno poi ampia facoltà di avvalersi⁴⁰⁸ di una pluralità di uffici già esistenti ed appartenenti ad altri enti e soggetti pubblici, ad esempio: degli uffici tecnici dei comuni, delle Province e delle Regioni interessate dall'emergenza; dei Provveditorati Interregionali alle Opere Pubbliche; di Agenzie regionali; di società a capitale pubblico o misto (come le società gestori di servizi pubblici locali o la Fintecna); infine, di enti di ricerca finanziati dalla stessa Protezione civile, quali lo *European Centre for Training and Research in Earthquake Engineering (Eucentre)* o il Consorzio Rete dei Laboratori universitari di ingegneria sismica (ReLuis).

Anche con riferimento alla struttura organizzativa costituita (e costituenda) merita menzione il Grande evento EXPO Milano 2015⁴⁰⁹.

L'EXPO del 2015 è stata dichiarata grande evento con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 agosto 2007. A quella data, tuttavia, esisteva soltanto la candidatura del Comune di Milano quale sede dell'EXPO 2015, non ancora la formale decisione sulla sede del B.I.E., il *Bureau International des Expositions*. Si trattava dunque di una dichiarazione di un grande evento in quel momento ancora ipotetico (o, come è stato rilevato, “sotto condizione non esplicitata”⁴¹⁰).

L'ordinanza che seguiva alla dichiarazione di grande evento e che, come già visto sopra, nominava il Sindaco di Milano Commissario Delegato precisava tra le altre cose che questi si poteva avvalere “del personale e degli uffici dell'Amministrazione comunale”.

L'EXPO 2015 diventava così -senza precedenti- estraneo alla competenza del Dipartimento, e veniva attribuito ad un Commissario delegato, identificato

⁴⁰⁸ Sulla figura dell'avvalimento in quanto applicabile all'esercizio dei poteri emergenziali v. Cap. II, Sez. III, §. 2, ed *ivi* A. MEZZOTERO, *L'Ufficio del Commissario Delegato*, cit., 160 ss.

⁴⁰⁹ Su cui, *amplius*, v. *infra*.

⁴¹⁰ A. ROCCELLA, *Milano in stato di eccezione*, cit.

nel Sindaco, operante in luogo del Comune ed in rapporto esclusivo con il personale e le strutture del Comune (!).

Ed ancora, successivamente all'approvazione del D.L. n. 112/2008 il Sindaco di Milano *pro-tempore* veniva nominato Commissario straordinario del Governo per l'attività preparatoria urgente, disponendo l'istituzione degli organismi per la gestione delle attività, compreso un "Tavolo istituzionale per il governo complessivo degli interventi regionali sovra-regionali" (presieduto dal Presidente della Regione Lombardia *pro-tempore*), venendo altresì prevista la fissazione dei criteri di ripartizione e delle modalità di erogazione dei finanziamenti.

Occorre precisare peraltro che sulla stessa area territoriale già insisteva un tavolo concertativo, e più in particolare, dal 2006, il "Tavolo istituzionale Milano"⁴¹¹, istituito con l'intento, da un lato, di affrontare l'insieme dei nodi e delle esternalità negative riguardanti un'area territoriale del nostro Paese caratterizzata da sviluppo economico molto avanzato e da elevata densità abitativa e produttiva, e soprattutto, dall'altro, di promuovere la scelta della Città di Milano come candidata del Governo per ospitare l'Expo 2015.

Si può così osservare che detta peculiare amministrazione parallela - giustificata, come detto, dalla necessità di affrontare al meglio le "emergenze" che in prospettiva sarebbero derivate dalla futura organizzazione dell'EXPO- è stata graduata addirittura attraverso tre momenti ben scanditi, trovando un primitivo fondamento, persino prima che venisse ufficializzata la candidatura (a sua volta suffragata da un'apposita ordinanza), mercé l'istituzione con D.P.C.M. del citato Tavolo.

A parte ciò, venivano quindi istituite tre nuove strutture:

⁴¹¹ Istituito con D.P.C.M. del 29 settembre 2006, in www.governo.it. Nell'ambito della sua azione il Tavolo si è fatto promotore della valorizzazione e del potenziamento del ruolo dell'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione, a cui il Governo ha assegnato una dotazione finanziaria di 5 milioni di Euro (legge finanziaria per il 2007). Inoltre, per quanto riguarda le criticità infrastrutturali dell'area, l'attività del Tavolo ha favorito l'accelerazione sia dei processi finalizzati al completamento della realizzazione delle opere infrastrutturali della Pedemontana lombarda, sia delle attività progettuali ed esecutive dell'autostrada Bre.Be.Mi. (Brescia-Bergamo-Milano), delle tangenziali esterne di Milano e della stessa Pedemontana.

- una commissione di coordinamento per le attività connesse all'EXPO Milano 2015 ("CO.E.M.");
- la Società di gestione "EXPO Milano 2015 S.p.A.";
- il Tavolo istituzionale per il governo complessivo degli interventi regionali e sovra-regionali.

Con questo provvedimento è stata dunque creata un'organizzazione amministrativa speciale per EXPO Milano 2015 ed è stato istituzionalizzato il ruolo del Sindaco di Milano, che in relazione all'EXPO ha assunto la specialissima figura di Commissario straordinario delegato del Governo. Resta fermo inoltre che per il compimento delle attività oggetto dell'ordinanza il Commissario delegato si avvale, oltre che della segreteria tecnica operante presso il Comune di Milano, del personale e degli uffici dell'amministrazione comunale di Milano.

Il Dipartimento della protezione civile rimane invece estraneo alla speciale organizzazione amministrativa creata per EXPO Milano 2015; l'unico elemento di contatto deriva dalla decisione del Commissario straordinario di far partecipare il capo del Dipartimento della Protezione civile alla commissione di coordinamento.

3.3- Risorse.

Ogni ordinanza che regoli una situazione di "nuova emergenza" prevede inoltre, sempre, la costituzione di una contabilità speciale a diretta disposizione del Commissario. E' parallelamente stabilita la deroga alla disciplina di cui alla legge generale sulla contabilità di Stato ed al relativo regolamento di attuazione⁴¹².

Questo approccio evidentemente consente di impegnare somme e di procedere a pagamenti con modalità sostanzialmente privatistiche, senza la sottoposizione ai controlli preventivi della Ragioneria generale e della Corte dei Conti. Residuano solo i controlli interni (ad opera dello stesso Dipartimento della

⁴¹² R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

Protezione civile o dei Comitati per il rientro nell'ordinario da esso istituiti) ed i controlli successivi delle Ragionerie territoriali.

Sulla specifica questione delle “risorse dell'emergenza”, appare necessario precisare che non sempre è agevole ricostruire l'effettiva dimensione della spesa, direttamente o indirettamente, imputabile alla Protezione civile. Per gli interventi straordinari, infatti, le ordinanze attingono non solo e non tanto al c.d. Fondo di protezione civile ed agli altri fondi iscritti al bilancio del Dipartimento presso la Presidenza del Consiglio, ma piuttosto, e variamente: a risorse iscritte a bilancio di altri Ministeri, di Regioni o di enti locali; a rifinanziamenti in corso d'anno; ai Fondi per le aree sottosviluppate (F.A.S.); ai Programmi operativi regionali (P.O.R.); ai fondi stanziati dal CIPE; a donazioni e ad atti di liberalità⁴¹³, a contabilità speciali di protezione civile già aperte e variamente riutilizzate.

Ovviamente, la possibilità di impegnare queste somme ulteriori tramite le Ordinanze di protezione civile necessita di una previa apposita autorizzazione legislativa, dal momento che ciò non può che determinare una variazione al bilancio dello Stato. Nella prassi, tale autorizzazione è quasi sempre contenuta in decreti-legge che hanno espressamente rinviato, quanto alle modalità per la loro attuazione, alle ordinanze. A seconda dei casi, oltre che mediante ri-assegnazione di somme inizialmente destinate ad altro fine, la copertura finanziaria per i nuovi interventi viene garantita anche per il tramite di nuove entrate (ad es. nuove lotterie).

Inoltre, laddove i fondi da impegnare siano iscritti a bilancio di enti territoriali o fossero in origine destinati ad impieghi in Regioni individuate -come i Fondi per le Aree Sottoutilizzate- occorre, oltre all'autorizzazione legislativa,

⁴¹³ È ormai sistematico ad esempio, a partire dal 2005, il ricorso al c.d. “SMS solidale”, utilizzato cioè come mezzo per fare donazioni ad enti senza fini di lucro o ad organizzazioni umanitarie. Chiunque può inviare un SMS dal proprio cellulare per sostenere qualsivoglia associazione che disponga di un numero adibito alla ricezione di questi SMS. Solitamente viene attivato, in genere per un periodo limitato nel tempo questo numero, verso il quale l'invio di un SMS, che prende per l'appunto il nome di SMS solidale, viene addebitato con un importo più alto del normale (in genere 1 o 2 Euro) e che viene interamente devoluto a titolo di donazione all'associazione o all'ente organizzatore. Con questo sistema, ad esempio, in seguito al maremoto che alla fine del 2004 ha colpito l'Asia, solo in Italia sono stati raccolti oltre 26 milioni di Euro. Sulle donazioni più importanti, come ad esempio quella dello *tsunami*, il Governo ha varato un Decreto per la non applicazione dell'IVA, che altrimenti era dovuta nella misura classica del 20% (dal settembre 2011, 21%), *Voce “SMS”*, in it.wikipedia.org e *SMS solidali: quando e come vengono versate le donazioni degli Italiani*, in www.serviziocivilemagazine.it.

anche una previa intesa con l'ente interessato; ove si tratti di risorse di altri Ministeri, si ricorre invece (con le stesse finalità) ad atti di concerto.

In definitiva, non esistono forme di rendicontazione unitaria di tutte le risorse intermedie dalla Protezione civile che permettano di ricostruire compiutamente l'ammontare complessivo di queste operazioni; a migliori risultati non conduce nemmeno il censimento delle singole ordinanze, giacché spesso le somme non sono quantificate con chiarezza o sono quantificate con mero rinvio ad altre fonti.

Gli unici dati che si possono presentare, per quanto parziali, sono quelli che si traggono dai bilanci preventivi e dal conto finanziario della Presidenza del Consiglio, cui si aggiungono quelli relativi alle somme stanziare per le gare d'appalto, censite dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Dai bilanci preventivi traspare essenzialmente il costo dell'attività prevedibile e "ordinaria" della Protezione civile.

Sono quattro, sul punto, le voci di spesa più importanti⁴¹⁴:

a) oltre un miliardo di Euro è stabilmente destinato per contributi annuali alle Regioni per l'ammortamento di mutui contratti per trascorsi eventi calamitosi, ed in minor misura anche per l'organizzazione di "grandi eventi";

b) circa 100 o 200 milioni di Euro vengono stanziati annualmente per la manutenzione dei mezzi aerei;

c) una cifra che oscilla tra i 200 ed i 300 milioni di Euro è destinata ai cc.dd. "fondi finalizzati", per la gestione di emergenze già in essere;

d) circa 200 milioni di Euro sono destinati al Fondo nazionale per la protezione civile, che viene sfruttato principalmente per la prevenzione di incendi boschivi e per il monitoraggio di rischi naturali ed antropici.

Le previsioni finali d'anno -ma è probabilmente una conseguenza ineliminabile dell'attività svolta dal Dipartimento- segnano spesso valori anche doppi rispetto alle previsioni originarie, ed anzi, negli ultimi tempi, ad una tendenza a contrarre gli stanziamenti di bilancio fa fronte l'opposta tendenza all'aumento delle spese finali rilevate a consuntivo.

⁴¹⁴ L. DUILIO (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile*, cit.

Ad esempio, sempre ottimisticamente sottostimato è l'impegno per le "ricorrenti emergenze" di carattere naturale o antropico -che si attesta intorno ai 100 milioni di Euro in sede di previsione e spesso in 500 milioni di Euro nei conti consuntivi- e, più in generale, l'impegno per spese in investimenti legate alle emergenze sul territorio. Del tutto fuori scala risulta poi il rapporto tra bilancio preventivo e conto consuntivo per il 2009: ma sul dato pesano 1.669 milioni di Euro per il rifinanziamento per l'emergenza Abruzzo.

Appare altresì indicativo della reale incidenza delle attività di protezione civile, infine, il dato sulle somme impiegate per le gare d'appalto: quasi quattro miliardi di euro soltanto nell'anno 2009, circa il 5% delle complessive risorse mobilitate dal settore pubblico tramite appalti e commesse⁴¹⁵.

Per interventi di portata maggiore oppure che incidono su gestioni emergenziali di particolare peso e rilievo politico, si ricorre, invece, ad ordinanze di modifica *ad hoc*, che hanno ad oggetto singoli interventi. Spesso può trattarsi di correttivi che implicano significativi impegni economici, o un profondo ripensamento degli interventi preventivati o delle finalità generali che la gestione emergenziale deve perseguire. Basti riflettere sulla sorte delle gestioni emergenziali nel campo dei rifiuti: nate per adottare misure "tamponate", sono poi divenute strumenti di lungo periodo, per programmare e gestire stabilmente e per anni il ciclo di smaltimento rifiuti in determinate aree del Paese, adottando scelte di lungo periodo, surrogandosi agli enti competenti in via ordinaria.

Si osserva infine che con deliberazione n. 213 del 2011 della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Calabria, depositata il 24 maggio 2011, è stato chiarito che l'assoggettamento a controllo preventivo di legittimità degli atti commissariali che attuano ordinanze di protezione civile può fondarsi anche e soprattutto sulla mancanza di indicazioni circa la disciplina del regime fiscale applicato e sulla mancata definizione della spesa complessiva⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Sulla base di quanto appurato, non sorprenda che le somme in oggetto siano spesso superiori a quelle che risultano impegnate sulla base dei bilanci: ciò risponde sempre alla circostanza che le fonti di approvvigionamento sono varie e in buona misura non riconducibili alla Presidenza del Consiglio.

⁴¹⁶ Sulla base della recente introduzione dell'art. 2-*sexies* del decreto-legge n. 225/2010 (c.d. decreto "milleproroghe"), come convertito dalla legge n. 10 del 26 febbraio 2011, che ha inserito la lettera *c-bis*)

4.- L'ulteriore modello organizzativo para-emergenziale per la gestione dei cc.dd. "grandi eventi".

Un altro significativo indice del fatto che il legislatore sia orientato a svincolare l'esercizio del potere di ordinanza dai presupposti della necessità e della emergenza è dato, come già in parte anticipato, dall'estensione dell'applicazione del potere di cui al citato art. 5 alla gestione dei c.d. "grandi eventi", introdotta nell'ordinamento con il D.L. 7 settembre 2001 n. 343: una brevissima disposizione, aggiunta ad un decreto-legge in sede di conversione, che ha comportato l'estensione di un regime di poteri straordinari a circostanze, non esattamente definite, che comunque possono non avere nulla di straordinario.

La definizione di "grande evento" ha così esportato *in toto* il sistema della protezione civile nell'organizzazione dei grandi eventi, senza specificare peraltro quali eventi potessero definirsi "grandi". Il problema interpretativo rimane ancora sulla carta. Ad esempio, eventi come le Olimpiadi, altre manifestazioni sportive o le esposizioni universali promanano da programmazioni internazionali, comportando un'aggiudicazione dell'evento di norma con grande anticipo ed il conseguente inserimento della programmazione dell'evento nel sistema interno: una volta ciò avveniva tramite l'approvazione di leggi speciali *ad hoc*, come ad esempio nel caso dell'organizzazione italiana dei Campionati Mondiali di calcio del 1990⁴¹⁷, ma questa abitudine è andata desueta, probabilmente per l'eccessiva astrattezza delle disposizioni cui si rimaneva legati dall'utilizzo di una normativa di rango primario. Non manca peraltro chi espressamente suggerisce di ritornare a questo sistema, forgiando probabilmente delle "leggi-provvedimento"⁴¹⁸, ma comunque preferendolo al metodo delle ordinanze di protezione civile.

Quella di "grande evento" è pertanto ormai una denominazione usuale e segna una tipologia di casi che è senza dubbio contingente, ma la cui organizzazione è in molte ipotesi prevista per tempo e pianificata. Solo in certi

all'art. 3 comma 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dove si elencano appunto i provvedimenti sottoposti a controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti.

⁴¹⁷ V. legge 30 dicembre 1988, n. 556 (c.d. legge "mondiali Italia '90") ed anche legge 29 maggio 1989, n. 205 ("Interventi infrastrutturali nelle aree interessate dai campionati mondiali di calcio del 1990").

⁴¹⁸ M. CAPANTINI, *Il modello "paraemergenziale"*, cit., 199.

casi, seppure non sia prevedibile il momento esatto, l'evento non sempre può dirsi imprevisto o imprevedibile (es. il decesso di capi di Stato⁴¹⁹).

Ed in effetti, la dichiarazione di grande evento, con la conseguente possibilità di emanare ordinanze in deroga alle leggi, è stata utilizzata per una gran quantità di eventi imprevedibili, ma al contrario programmati, e senza situazioni di rischio per la vita e per i beni, come, per esempio: i campionati mondiali di ciclismo di Varese; i campionati mondiali di nuoto di Roma, il congresso eucaristico di Bari; le Olimpiadi invernali di Torino; il G8 previsto a La Maddalena⁴²⁰.

In tutti i casi, il fatto contingente è dato dal richiamo di grandi masse in un certo luogo, di cui occorre indirizzare l'arrivo, favorire la circolazione, assicurare i viveri, l'ospitalità diurna e notturna, le cure sanitarie, la comunicazione etc.

L'art. 5-*bis* dispone pertanto che “le disposizioni di cui all'art. 5 si applicano anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile, e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza”.

L'estrema genericità della norma e le prime forme di attuazione richiamate destano la ulteriore preoccupazione di un potere *extra ordinem* incondizionato dai tradizionali presupposti: si introduce sostanzialmente nell'ordinamento una nuova categoria di ordinanze derogatorie, adottabili in ricorrenza di eventi di qualsiasi natura⁴²¹ anche non connotati dal carattere della imprevedibilità ed a prescindere dalle valutazioni circa l'esistenza e l'efficacia degli ordinari strumenti di azione della P.A.

Il modello di gestione dei grandi eventi, che è stato definito “paraemergenziale”⁴²², è uno dei tanti che il nostro ordinamento ha sperimentato, soprattutto in riferimento alla organizzazione amministrativa per la preparazione

⁴¹⁹ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit., 86.

⁴²⁰ A. ROCCELLA, *Metamorfosi della Protezione civile e Stato di diritto*, cit., 23.

⁴²¹ A titolo esemplificativo si citano: il vertice NATO-Federazione Russa, il vertice FAO, le manifestazioni connesse alle beatificazioni di Padre Pio e di Madre Teresa di Calcutta, il semestre di presidenza italiana dell'Unione Europea, le Esequie del Santo Padre Giovanni Paolo II, i XX Giochi Olimpici invernali Torino 2006.

⁴²² M. CAPANTINI, *Il modello “paraemergenziale”*, cit., 197.

dei vari eventi che univocamente possiamo definire “grandi”: sono state utilizzate strutture organizzative a tempo determinato con funzioni speciali, enti pubblici speciali, figure di carattere privatistico come società pubbliche, comitati.

Esistono già soggetti specifici con attribuzioni speciali “a tempo”, ai quali negli ultimi anni si sono affiancati sempre più spesso Commissari straordinari con poteri *extra ordinem*. Questo è accaduto per le Olimpiadi di Torino del 2006, laddove, accanto al comitato organizzatore richiesto dal C.I.O. ed all’Agenzia olimpica per le opere infrastrutturali è stato nominato un Commissario straordinario (nella persona del Sindaco *pro-tempore* di Torino) che aveva poteri speciali *extra ordinem* per coordinare le questioni “dell’ultimo minuto”. La stessa struttura si è ripetuta anche per i Mondiali di Nuoto a Roma del 2009, laddove accanto ad un comitato organizzatore cui partecipava il CONI assieme al Comune di Roma è stato nominato, con tre anni di anticipo rispetto all’evento, un Commissario straordinario.

Il sistema in commento, come è ovvio, è stato replicato anche per l’EXPO di Milano 2015, che ancora una volta riemerge nella nostra riflessione. L’apposita ordinanza autorizzava infatti il Commissario delegato, ove ritenuto necessario, a derogare a numerose disposizioni contenute in quindici leggi statali, in sette leggi regionali della Lombardia e addirittura nello Statuto del Comune di Milano, fermo il solo limite del rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e dell’ordinamento comunitario.

Se, per un verso, è vero che al fine di accertare preventivamente che non vi siano violazioni delle sfere di autonomia e di responsabilità della Regione viene prescritta l’adozione di un’Intesa *ad hoc* con quest’ultima, è altresì vero che Presidente del Consiglio dei Ministri e Presidente della Giunta regionale si sono accordati per derogare (anche) a leggi regionali, alle spalle del Consiglio regionale nonché per derogare allo Statuto del Comune di Milano, senza che nemmeno il Consiglio comunale, che quello Statuto aveva deliberato avesse mai autorizzato tali deroghe: la violazione dell’autonomia statutaria del Comune era ancora più palese.

A gennaio 2010 il Presidente del Consiglio dei Ministri emanava un'ulteriore ordinanza di protezione civile⁴²³, con la quale si provvedeva ad integrare l'ordinanza-madre del 2007, che viene appositamente ripescata, prorogata e integrata, confermando il Sindaco come Commissario delegato ed in accoglimento delle richieste di quest'ultimo disponendo circa la realizzazione di opere pubbliche e il programma urbano dei parcheggi con un elenco di tredici atti normativi statali e di due leggi regionali della Lombardia, con l'indicazione degli specifici articoli di ciascun atto normativo per i quali la deroga è autorizzata. L'elenco degli atti normativi include addirittura il regolamento del decentramento territoriale del Comune di Milano.

In ragione di quanto fin qui esposto, di recente un Autore ha provveduto a sintetizzare alcune ritenute tra le “distorsioni in questo utilizzo dei poteri di protezione civile”⁴²⁴.

⁴²³ O.P.C.M. 19 gennaio 2010, n. 3840, in *G.U.* n. 21 del 27 gennaio 2010.

⁴²⁴ A. ROCCELLA, *Milano in stato di eccezione*, cit.: 1) l'EXPO di Milano 2015 è una manifestazione programmata con largo anticipo. La scelta della sede è avvenuta il 31 marzo 2008 e mancano ancora cinque anni alla data del suo svolgimento. Non ci si trova di fronte a una situazione imprevedibile e straordinaria, suscettibile di mettere in pericolo la vita delle persone o i beni, ma a un impegno assunto con largo anticipo per la cui realizzazione il presidente della società di gestione EXPO Milano 2015 – SOGE S.p.A. ha dichiarato alla stampa che non ci sono ritardi rispetto ai tempi programmati. Manca quindi del tutto la proporzione tra l'obiettivo dichiarato e il provvedimento adottato, mentre la proporzione tra evento e misure di protezione civile è stata affermata espressamente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 127/95. Si può quindi prospettare l'ipotesi che il Presidente del Consiglio dei Ministri abbia inteso favorire il Sindaco, considerato nella sua qualità di Commissario straordinario delegato, in vista delle elezioni del 2011 per il rinnovo degli organi dell'amministrazione comunale; 2) l'ordinanza è stata emanata su proposta del Dipartimento della protezione civile. Ma, come si è visto, EXPO Milano 2015 è un grande evento di tipo particolare, in quanto escluso dalla competenza del medesimo Dipartimento. Già nella fase della candidatura l'O.P.C.M. n. 3623/2007 aveva avuto cura di precisare che il Dipartimento della protezione civile rimaneva estraneo ai rapporti comunque nascenti in dipendenza delle attività del Commissario delegato con l'ordinanza medesima. Inoltre il d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, e il D.P.C.M. 22 ottobre 2008 (modificato dal D.P.C.M. 7 aprile 2009) hanno istituito per la realizzazione dell'EXPO apposite strutture di gestione e di coordinamento, escludendo qualsiasi ruolo del Dipartimento della protezione civile. La distorsione nell'uso del potere di ordinanza è palese, poiché l'art. 5 della legge n. 225/92 che regola le ordinanze di protezione civile è applicabile solo ai grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile, non all'EXPO che invece non vi rientra; 3) l'oggetto dell'ordinanza non è costituito dalle opere essenziali e dalle opere connesse previste dalla specifica disciplina concernente EXPO Milano 2015. L'oggetto dell'ordinanza è invece quello su cui si è realizzata l'intesa col Presidente della Regione Lombardia, e cioè la realizzazione delle opere pubbliche previste dal programma triennale 2009-2011 dell'amministrazione comunale e dai programmi precedenti. In definitiva l'ordinanza ha per oggetto non le opere necessarie per la realizzazione dell'EXPO Milano 2015 (individuata in essenziali e connesse dal D.P.C.M. 22 ottobre 2008 e allegati), bensì normali opere di competenza comunale da realizzarsi nello stesso periodo di tempo, ma senza relazione con l'allestimento di EXPO Milano 2015, con la manifestazione. EXPO Milano 2015 costituisce soltanto l'occasione dell'ordinanza, non il suo oggetto. Il potere di ordinanza, esercitabile solo per grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile, è stato invece esercitato, in occasione di un grande evento non rientrante in tale competenza, per opere diverse da quelle

In conclusione, quindi, le ordinanze per i grandi eventi non sono forse le più numerose, ma rappresentano la punta dell'*iceberg* di un sistema di estensione dell'uso delle ordinanze di protezione civile in un ambito che non ha a che fare con calamità e catastrofi.

La giurisprudenza costituzionale ed amministrativa non hanno ritenuto di dover intervenire per sanzionare adeguatamente una simile prassi, mentre la Corte dei Conti ha invece contestato al Governo⁴²⁵ di averle sottratto al competente controllo di legittimità l'ordinanza relativa all'organizzazione della *Louis Vuitton Cup* all'isola de La Maddalena. A fronte delle motivazioni che inducevano il Governo ad escludere dal controllo della Corte dei Conti questa ordinanza, la magistratura contabile si è soffermata sulla circostanza che, forzando al massimo le maglie già larghe della giurisprudenza, si può ammettere che queste ordinanze siano escluse dal controllo soltanto qualora sia incombente un pericolo per le popolazioni. L'urgenza in sé non può legittimare trattamenti *extra ordinem*; vi deve essere quantomeno una situazione di pericolo che normalmente nei grandi eventi non è riscontrabile.

Ebbene, la reazione della Corte dei Conti lascia intravedere la possibilità che i grandi eventi potrebbero presto essere rimossi dal "sistema protezione civile". Ciò perché in effetti una simile gestione dei grandi eventi appare una

che il Governo ha considerato essenziali e connesse all'evento medesimo; 4) l'ordinanza non reca un limite di tempo per la sua applicabilità. Si dovrebbe quindi ritenere che, avendo essa come suo destinatario il Commissario straordinario delegato (COSDE), essa sia applicabile fino a tutto il 2016, data di cessazione dalla carica del COSDE. Ma sette anni di applicabilità del regime derogatorio speciale istituito sono decisamente sproporzionati all'obiettivo; 5) considerazioni analoghe a quelle relative alla deroga a disposizioni di legge regionale possono essere svolte per la deroga al regolamento comunale sul decentramento territoriale. L'autonomia regolamentare dei Comuni è prevista dal nuovo testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e, dopo la legge cost. n. 3 del 2001, trova garanzia nell'art. 117 co. 6 Cost. L'autorizzazione alla deroga all'intero regolamento comunale sul decentramento territoriale incide sul valore dell'autonomia locale, inserito dalla Costituzione tra i principi fondamentali (art. 5). Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha disposto così, con ordinanza, di un interesse costituzionalmente protetto contro l'assemblea elettiva locale, dato che un regolamento, deliberato dal consiglio comunale, può essere derogato dal COSDE – Commissario di protezione civile. La commistione nel COSDE di due ruoli distinti, organo dell'amministrazione statale (che non avrebbe titolo ad applicare o derogare regolamenti locali) e organo del Comune, così come l'ingerenza governativa nell'autonomia locale sono palesi e gravi. E ancor più grave appare che l'ingerenza sia stata sollecitata dal Sindaco-COSDE.

⁴²⁵ Corte dei Conti, Sez. centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, deliberazione n. 5/2010/P. Ne dà recentissimamente atto anche G. TROPEA, *Spigolature in tema di sicurezza urbana*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2011, il quale parla di "lodevole interpretazione restrittiva compiuta dalla Corte dei Conti in sede di controllo preventivo di legittimità di ordinanze adottate ai sensi della legge n. 225/1992 e sprovviste dei requisiti della contingibilità e dell'urgenza".

risposta sbagliata a situazioni che hanno sì bisogno di interventi particolarmente impegnativi, anche per il coinvolgimento di interessi e di obblighi a livello internazionale ma la cui regolazione andrebbe ricondotta nell'alveo del principio di legalità magari prevedendo una specifica normativa, tipizzando le attività e la stessa tipologia degli eventi.

5.- Analisi logica di un intervento complesso di protezione civile: il “caso Messina”.

Sembra che la Città di Messina abbia l'emergenza nel suo destino.

Lunedì 28 dicembre 1908, alle ore 5.21 del mattino, un terremoto, che raggiunse l'undicesimo grado della scala Mercalli, immediatamente seguito da un maremoto, colpì le coste calabro-sicule con numerose e devastanti scosse.

La città fu praticamente rasa al suolo, con il crollo del novanta per cento degli edifici ed oltre ottantamila vittime (su una popolazione di circa centotrentamila persone), mentre gravissimi danni furono subiti sia dalla città di Reggio Calabria (ove le vittime furono più di quindicimila), sia da molti altri centri abitati del circondario. Furono sconvolte le vie di comunicazioni stradali e ferroviarie nonché le linee telegrafiche e telefoniche; l'illuminazione stradale e cittadina venne di colpo a mancare in numerosi centri abitati, a causa dei guasti nelle condutture dei cavi dell'energia elettrica, mentre le rotture delle condutture del gas causarono numerosi incendi.

Le cronache e gli studi dell'epoca⁴²⁶, nonché le ricostruzioni più recenti⁴²⁷, riferiscono sia dei numerosi gesti di generosità dei soccorritori, accorsi da diverse nazioni (ed in particolare di quelli portati dagli equipaggi delle navi da guerra russe, francesi, inglesi, tedesche, spagnole, greche e di altre nazionalità), nonché

⁴²⁶ La eccellente ricostruzione storica è effettuata da M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, cit., 641-643, il quale menziona tra le cronache dell'epoca: E. PALERMI-B. CIMINO, *Nella città della morte! L'ultimo giorno di Messina e Reggio. Narrazione storica ed aneddotica del cataclisma siculo-calabrese*, Milano, 1909; M. BARATTA, *La catastrofe sismica calabro-messinese (28 dicembre 1908)*, Roma, 1910; G. MERCALLI, *Contributo allo studio del terremoto calabro-messinese del 28 dicembre 1908*, in *Atti del Regio Istituto di Incoraggiamento di Napoli*, Napoli, s. VI, 7, 1909, 249 ss.; L. RICCIARDI, *Il vulcanismo nel terremoto calabro del 28 dicembre 1908*, in *Bollettino della Società dei Naturalisti in Napoli*, 23, Napoli, 1909.

⁴²⁷ G. BOATTI, *La terra trema. Messina 28 dicembre 1908. I trenta secondi che cambiarono l'Italia, non gli italiani*, Milano, 2004.

da parte dell'esercito italiano; sia del saccheggio di quanto abbandonato e disperso da parte di bande di sciacalli.

Anche a causa dell'intensificarsi del fenomeno dello sciacallaggio vennero adottati provvedimenti durissimi. Con i decreti legge del 3 e dell'8 gennaio 1909 fu proclamato lo stato d'assedio (in seguito definito "civile") nei comuni e nei circondari di Messina e di Reggio Calabria, fu nominato un Commissario straordinario per i circondari di Messina e di Reggio Calabria a cui furono conferiti "pieni poteri", e furono istituiti appositi Tribunali militari⁴²⁸.

Proprio l'utilizzo dello strumento dello stato d'assedio in una tale situazione richiamò l'attenzione dei giuristi. Infatti, a differenza delle precedenti occasioni in cui si era fatto ricorso all'instaurazione di tale regime⁴²⁹, a seguito del terremoto di Messina e Reggio, per usare le parole di Santi Romano, "lo stato d'assedio fu proclamato non per reagire ad una illecita attività contro l'ordine costituito, ma per rimediare al dissolvimento di ogni organizzazione sociale e politica avvenuto per un fenomeno del tutto involontario e naturale"⁴³⁰.

Quasi un secolo dopo, esplodeva a Messina una nuova emergenza (o presunta tale), quella ambientale e del traffico, tipica di una città "di passaggio" come quella siciliana. Così, dopo l'ennesimo incidente mortale verificatosi in pieno centro cittadino a causa dell'incontrollato transito dei TIR che dal continente devono raggiungere le altre località siciliane, il capoluogo dello Stretto entrava a pieno titolo nel novero dei casi di *maladministration*⁴³¹ o di "emergenza da inefficienza"⁴³², già precedentemente segnalati. Così, nel 2001 è il Prefetto di Messina a promuovere una forte richiesta al Governo nazionale per la concessione di poteri speciali per l'emergenza traffico e ambientale, più in particolare per la realizzazione del secondo approdo in località Tremestieri,

⁴²⁸ Con il d.l. 3 gennaio 1909 venne proclamato lo "stato d'assedio" con riferimento al Comune di Messina ed ai Comuni del circondario di Reggio Calabria; il successivo d.l. dell'8 gennaio 1909 estese lo stato d'assedio al circondario di Messina.

⁴²⁹ F. GIUFFRÉ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statalistici e nuove ispirazioni autonomistica*, in *Dir. soc.*, 2001, 118.

⁴³⁰ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., 349 ss.; sulla teorizzazione dello stato di assedio v. G. MOTZO, voce *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 250-268; F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *Nss. D.I.*, XVII, 1971, 233 ss.

⁴³¹ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

⁴³² C. VENTIMIGLIA, *op. cit.*

poteri speciali che vengono deliberati con D.P.C.M. dell'8 settembre 2006⁴³³, con la nomina proprio del Prefetto quale Commissario delegato straordinario, resi operativi nel 2007, con l'O.P.C. 5 dicembre 2007, n. 3633⁴³⁴, più di un anno dopo. Si parla altresì di istituire un "Tavolo istituzionale Messina"⁴³⁵.

Nella citata ordinanza n. 3633, come anche in altre⁴³⁶, si possono riscontrare appositi strumenti di monitoraggio della situazione emergenziale e, specularmente, dell'attività commissariale, aventi lo scopo di verificare la realizzazione degli interventi dichiarati indifferibili, urgenti e di pubblica utilità.

In particolare, è previsto che il Commissario delegato predisponga entro il breve termine di trenta giorni i cc.dd. crono-programmi delle attività da porre in essere articolati in relazione alle diverse tipologie d'azione e cadenzati per trimestri successivi⁴³⁷.

Inoltre, il medesimo è obbligato a comunicare al Dipartimento della Protezione civile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri lo stato di avanzamento dei programmi entro 30 giorni dalla scadenza del trimestre, evidenziando e motivando gli eventuali scostamenti, ed indicando le misure che si intendono adottare per ricondurre la realizzazione degli interventi ai tempi stabiliti dai crono-programmi.

⁴³³ D.P.C.M. del 8 settembre 2006, *Dichiarazione dello stato di emergenza ambientale determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nella città di Messina*, pubblicato in *G.U.R.I.* n. 211 del 11 settembre 2006.

⁴³⁴ O.P.C.M. 5 dicembre 2007, n. 3633, *Interventi urgenti di protezione civile diretti a fronteggiare l'emergenza ambientale determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nella città di Messina*, pubblicata in *G.U.R.I.* n. 289 del 13 dicembre 2007.

⁴³⁵ Accanto ai suoi compiti istituzionali ordinari, infatti, il Dipartimento per lo Sviluppo delle Economie Territoriali (D.I.S.E.T.) svolge funzioni di coordinamento e di supporto tecnico e organizzativo ai "Tavoli concertativi" istituiti presso la Presidenza del Consiglio per dare rilevanza allo strumento della concertazione della *multilevel governance* nella definizione delle politiche e degli interventi in materie complesse e trasversali.

⁴³⁶ Cfr. O.P.C.M. 12 marzo 2003 n. 3268; O.P.C.M. 12 marzo 2003 n. 3269; O.P.C.M. 12 marzo 2003 n. 3270; O.P.C.M. 12 marzo 2003 n. 3271; O.P.C.M. 3 luglio 2003 n. 3299.

⁴³⁷ V. art. 6 co. 1 Ord. cit.: "al fine di assicurare il rispetto dei termini di scadenza dello stato d'emergenza il commissario delegato predispone entro trenta giorni dalla data di pubblicazione della presente ordinanza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana i crono-programmi delle attività da porre in essere, articolati in relazione alle diverse tipologie d'azione, cadenzati su base trimestrale e con l'indicazione della copertura finanziaria. Entro trenta giorni dalla scadenza di ciascun trimestre, il commissario delegato comunica al Dipartimento della Protezione civile lo stato di avanzamento dei programmi, evidenziando e motivando gli eventuali scostamenti ed indicando le misure che si intendono adottare per ricondurre la realizzazione degli interventi ai tempi stabiliti dai crono-programmi".

Al Capo del Dipartimento è altresì affidato il compito di individuare la composizione e l'organizzazione di una nuova struttura di missione temporanea, il c.d. "Comitato per il rientro nell'ordinario"⁴³⁸, utilizzando personale in servizio presso il Dipartimento.

Tale struttura ha il compito di esaminare e valutare i crono-programmi, e la sua durata coincide con la scadenza dello stato di emergenza dichiarato.

Nel 2008, il Sindaco di Messina neo-eletto ottiene il trasferimento dei poteri speciali originariamente assegnati al Prefetto nelle proprie mani. Anzi, si può rammentare - ad ulteriore rafforzamento della singolarità della circostanza - che i due candidati che si fronteggiarono in quella competizione elettorale avevano entrambi inserito nel relativo programma la richiesta, da rivolgere al Governo nazionale, di trasferire i poteri speciali dalle mani del Prefetto a quelle del nuovo primo cittadino. E così fu, con un ampliamento - in ragione di quanto sopra - quasi "prestabilito" delle ordinarie attribuzioni sindacali.

Questo stato di emergenza, prorogato nel 2009, terminerà il 31.12.2011.

Ma nel frattempo, nell'ottobre 2009, a seguito dei drammatici eventi alluvionali di Messina, Scaletta Zanclea e Itala, una nuova dichiarazione di emergenza assegnava al Presidente della Regione poteri speciali per la gestione dell'emergenza verificatasi, nominandolo Commissario delegato straordinario ed individuando nel Sindaco di Messina il c.d. Soggetto attuatore. Questo ulteriore stato di emergenza è a tutt'oggi vigente, essendo stato prorogato al 31.10.2012⁴³⁹.

⁴³⁸ V. art. 6 co. 2 Ord. ult. cit.: "In relazione alle esigenze derivanti dalle disposizioni di cui al comma 1, entro trenta giorni dalla data di pubblicazione della presente ordinanza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, il capo del Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri istituisce un comitato per il rientro nell'ordinario, con il compito di esaminare e valutare i documenti utili per il conseguimento degli obiettivi ivi indicati"; ma v. anche art. 5 ord. cit.: "al fine di supportare il commissario delegato nell'espletamento delle attività da porre in essere per il superamento del contesto emergenziale e per assicurare un'efficace azione di programmazione ed una costante attività di impulso e di verifica dell'avanzamento e della congruità delle procedure di realizzazione degli interventi e della copertura finanziaria, è istituito con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, un comitato istituzionale di controllo presieduto da un rappresentante del Dipartimento della protezione civile e composto da cinque membri tra cui un magistrato amministrativo o un avvocato dello Stato, un esperto designato dall'ufficio territoriale di Governo, e due esperti, in materia di traffico e di infrastrutture, designati rispettivamente dal Presidente della Regione e dal Comune di Messina".

⁴³⁹ D.P.C.M. 2 ottobre 2009, *Eccezionali avversità atmosferiche verificatesi l'1 ottobre 2009 – Provincia di Messina* (Commissario Delegato Presidente Regione Sicilia); O.P.C. 10 ottobre 2009, n. 3815, *Primi interventi urgenti di protezione civile per fronteggiare la grave situazione di emergenza determinatasi a seguito delle eccezionali avversità atmosferiche verificatesi l'1 ottobre 2009 nel territorio della provincia di Messina*; O.P.C. 5 dicembre 2009, n. 3825, *Ulteriori disposizioni urgenti di protezione civile per*

Per quanto concerne la composizione della robusta amministrazione dell'emergenza costituita successivamente all'emanazione di questi ultimi provvedimenti straordinari, quella di Messina rappresenta un'eccellente esemplificazione della c.d. organizzazione parallela, dal momento più in particolare che, con l'O.P.C. n. 3825/09, sono state previste 41 assunzioni per fronteggiare l'emergenza atmosferica nella provincia di Messina, di cui:

- 15 unità di personale militare o civile, appartenente alla pubblica amministrazione, in posizione di comando o di distacco, in deroga alla normativa vigente in materia di mobilità;

- 10 unità con specializzazioni tecniche, assunte con contratto di lavoro a tempo determinato;

- 5 unità, per finalità non specificate, assunte con contratto di collaborazione coordinata e continuativa e sulla base di una scelta di carattere fiduciario;

- una struttura di missione composta di 7 membri; altri 2 esperti e 2 unità di personale sempre scelti in base al criterio fiduciario.

Il Comune di Messina riesce in conclusione ad essere efficace ed efficiente se ed in quanto ottenga un trasferimento straordinario di poteri e di competenze. Al trasferimento delle competenze deve comunque corrispondere il trasferimento di adeguate risorse.

fronteggiare la grave situazione di emergenza determinatasi a seguito delle eccezionali avversità atmosferiche dell'1 ottobre 2009 nel territorio della provincia di Messina e per fronteggiare gli eventi alluvionali del mese di dicembre 2008.

Capitolo III

Sezione III

L'ALTERAZIONE DEL RIPARTO DELLE COMPETENZE AMMINISTRATIVE ED IL RAPPORTO CON IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ E CON IL FEDERALISMO FISCALE.

SOMMARIO: §. 1. Premessa. – §. 2. L'alterazione del riparto di competenze amministrative tra Stato, Regioni ed autonomie locali nel sistema metonimico della protezione civile. – §. 3. Egesi dell'esercizio dei poteri emergenziali secondo alcune delle tradizionali relazioni interorganiche e/o intersoggettive. L'avvalimento. – §. 3.1. *Segue*. Il coordinamento. – §. 3.2. *Segue*. La sostituzione. Verso la “chiamata in sussidiarietà”. – §. 4.- Il principio di sussidiarietà verticale. – §. 5. Emergenza e sussidiarietà verticale. – §. 6. Emergenza, sussidiarietà verticale e federalismo fiscale.

1.- Premessa.

Come già visto in precedenza, fra le attribuzioni di cui, sotto il profilo della competenza, è investita la pubblica amministrazione, si registra il potere di ordinanza, che si estrinseca nella emanazione di atti e/o provvedimenti amministrativi denominati “ordinanze”, ed emessi dai titolari dei *munera* aventi rilevanza esterna. Nell'ambito del potere di ordinanza, si pone quindi la particolare individuazione delle ordinanze amministrative di necessità ed urgenza quale espressione di un potere *extra ordinem* attribuito a singole autorità della pubblica amministrazione.

Nella teorizzazione tradizionale, il potere di ordinanza è descritto come “un potere monocratico e polimorfo, primario e sussidiario”⁴⁴⁰.

Si può definire monocratico, in quanto viene attribuito dalla norma ad organi individuali oppure, quando non si tratta propriamente di attribuzioni ad un organo (es. il Sindaco quale ufficiale di governo), si riscontra l'attribuzione ad un singolo soggetto titolare del pubblico ufficio.

⁴⁴⁰ F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza*, cit., 971-973.

Si può dire polimorfo, sia perché si possono annoverare diverse forme del potere di ordinanza, sia perché uno stesso organo può essere attributario di forme diverse del potere di ordinanza: ad esempio il Sindaco, come organo dell'ente Comune, risulta titolare di un potere di ordinanza istituzionale (o istituzionalizzato) come pure di un potere di ordinanza tipicizzato, come anche, recentemente, di un potere di ordinanza atipico in conseguenza del cumulo nella stessa persona fisica anche della qualifica di Commissario delegato.

Se poi si considera la duplicità delle funzioni attribuite sempre al Sindaco in tema di potere di ordinanza, e cioè come capo dell'amministrazione comunale e come ufficiale di governo, si può riscontrare che, quando agisce come ufficiale di governo, può far uso di un potere di ordinanza "sussidiario", dato che il potere primario nelle stesse materie appartiene ad altro organo, propriamente statale, qual è il Prefetto.

Il potere di ordinanza è intervenuto da tempo anche sull'organizzazione della amministrazione pubblica, e nei casi di maggiore incidenza si è detto che ha determinato uno "scavalco trasversale e verticale del normale ordine delle competenze"⁴⁴¹, con una attitudine che è da ritenersi *ratio* comune di ogni ordinanza di necessità e urgenza ed ancor prima del potere da cui tali atti scaturiscono. Ancora Marzuoli, riflettendo sugli effetti del potere straordinario che trova ingresso nel nostro ordinamento a fronte del verificarsi di una emergenza, osserva che si tratta di un vero "strappo al tessuto ordinario dell'ordinamento"⁴⁴².

Il potere di ordinanza deve individuare le soluzioni che appaiano di minor peso per i destinatari, ricordando che una scelta di organizzazione può essere meno grave per la legalità di quanto in via alternativa la pubblica amministrazione si trovi a dovere imporre come limitazione ai diritti soggettivi.

Il titolare del potere in esame può avere ad oggetto l'organizzazione della sua amministrazione, o attrarre a sé il potere di organizzazione di altre pubbliche

⁴⁴¹ S. AMOROSINO, *Il coordinamento amministrativo della ricostruzione e sviluppo delle regioni terremotate*, 1984, 30; D. RESTA, *Normazione d'urgenza e i poteri del commissario straordinario del terremoto*, 1983, 84 ss.

⁴⁴² C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Fonti e poteri*, cit., 12.

amministrazioni, che esercita a mezzo di atti generali temporanei o provvedimenti, utilizzando così gli uffici della propria e di altre amministrazioni pubbliche, disponendo, secondo alcuni, l'istituzione di nuovi uffici o organi (ma non, almeno secondo l'insegnamento tradizionale, nuovi enti non previsti dalla legge⁴⁴³), o diversamente redistribuendo le competenze di quelli già esistenti, con il solo limite della temporaneità e fatti salvi i vincoli costituzionali⁴⁴⁴.

Il punto delicato è poi l'individuazione del potere di ordinanza avente ad oggetto l'organizzazione pubblica e non solo quella di appartenenza, poiché occorre a tal fine distinguere fra amministrazione statale ed enti pubblici che fanno capo alla Regione, alla Provincia o al Comune (art. 114 e art. 118 co. 1 Cost.).

Sindaco, Presidente della Giunta regionale e Prefetto possono infatti, per ogni settore di amministrazione di riferimento, provvedere, in deroga alle ordinarie competenze stabilite da leggi e regolamenti, disciplinare diversamente, in via temporanea, i settori d'amministrazione (statale, regionale, comunale) che fanno capo al singolo ente di riferimento.

Per quanto riguarda l'autorità legittimata all'esercizio del potere nel sistema tradizionale, secondo la ricostruzione dottrinale⁴⁴⁵ la competenza all'esercizio del potere di ordinanza può essere primaria, sussidiaria o eventuale, sostitutiva o surrogatoria.

Si ha la competenza primaria quando la norma conferisce "istituzionalmente" il potere di ordinanza ad una determinata autorità (ad es. per il Prefetto ai sensi dell'art. 7 della legge 20 marzo 1865, n. 2248).

La competenza sussidiaria (od eventuale) si ha, invece, quando il potere di ordinanza primario è conferito dalla legge ad una autorità, ma è data la possibilità ad altro organo monocratico di intervenire in casi eccezionali di assoluta urgenza (ad es. per il Sindaco, sempre ai sensi dell'art. 7 della legge 20 marzo 1865 n.

⁴⁴³ M.S. GIANNINI, *Possibilità di istituire enti pubblici mediante esercizio di poteri di ordinanza*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, 575, che nega la possibilità di istituire nuovi enti pubblici, non già previsti dalla legge.

⁴⁴⁴ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione*, cit.

⁴⁴⁵ F. BARTOLOMEI, *voce Ordinanza*, cit., 970 ss.

2248). In questo caso, viene dettata la regolamentazione di una potestà non propria ma attribuita all'autorità che la esercitata per ragioni di decentramento funzionale, ad esempio come organo o come ufficio periferico dell'amministrazione statale.

La competenza sostitutiva o surrogatoria si riscontra nei casi in cui la norma abilita un'autorità superiore ad intervenire in sostituzione di altro organo inadempiente (ad es. per il Prefetto nei confronti del Sindaco ai sensi dell'art. 20 t.u. legge comunale e provinciale).

Il Sindaco, nell'adottare le ordinanze d'urgenza esercita un potere di discrezionalità, cioè la possibilità di apprezzare, in un margine determinato, l'opportunità di più soluzioni possibili rispetto alla norma da attuare. A tale riguardo dovrà tenere presente la regola per cui l'interesse pubblico deve essere raggiunto con il minimo sacrificio possibile dell'interesse privato e della collettività, mediante la scelta dei mezzi più idonei allo scopo⁴⁴⁶.

Sulla figura del Sindaco ufficiale del Governo, rinviando ad altra parte del presente studio⁴⁴⁷, basti qui rilevare che esiste certa dottrina che dubita della perdurante legittimità costituzionale della qualificazione del Sindaco come "Ufficiale del Governo" perché oggi ritenuta incompatibile con il nuovo art. 118 Cost., più in particolare laddove il Governo esercita funzioni amministrative attraverso atti che vengono adottati dall'amministrazione locale ma imputati ad esso al di fuori di qualsivoglia compito di controllo o di coordinamento, risultando ciò lesivo dell'autonomia che la riforma costituzionale riconosce ad ogni ente territoriale in relazione alle funzioni che la legge gli attribuisce⁴⁴⁸.

Sempre nella prospettiva dell'articolazione territoriale dell'ordinamento costituzionale, è stato osservato che il principio di pariordinazione tra i vari livelli di governo costitutivi della Repubblica è difficilmente conciliabile con la parte del legislatore statale di dettare una disciplina competenziale ed

⁴⁴⁶ Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 1990, n. 332.

⁴⁴⁷ Cap. II, Sez. I, §. 3.1.

⁴⁴⁸ P. BONETTI, *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei sindaci in materia di sicurezza urbana: l'opinabile sopravvivenza dei Sindaci e dei Presidenti delle Giunte provinciali quali "ufficiali di Governo", l'afferenza alla sicurezza pubblica, tipologia e limiti*, in *Le Regioni*, 6, 2009, 1408 ss.

organizzativa delle funzioni sindacali secondo modelli che tendono a perpetuare una visione gerarchica dei rapporti tra Governo e Sindaco⁴⁴⁹.

In definitiva, le disposizioni attributive del potere di ordinanza derogano al contenuto di altre disposizioni di legge: la competenza, i presupposti, i motivi o i fini di interesse pubblico, talvolta le materie (es. polizia locale, sanità, edilizia), contestualmente definendo le regole di legittimità delle ordinanze.

L'organo titolare del potere di ordinanza, al tempo stesso, può essere definito attributario di un potere "dittatorio"⁴⁵⁰, nel senso che può richiamare alla propria competenza la quasi totalità dei poteri che la legge ha attribuito alla pubblica amministrazione, essendo l'organo ritenuto più idoneo dall'ordinamento a valutare in situazioni di emergenza la complessità e la ponderazione degli interessi contrapposti.

2.- L'alterazione del riparto di competenze amministrative tra Stato, Regioni ed autonomie locali nel sistema metonimico della protezione civile.

Quanto fin qui esposto vale per le ordinanze amministrative che in altra parte dello studio abbiamo definito come "tradizionalmente intese"⁴⁵¹.

Nell'ambito della protezione civile, invece, l'articolazione delle competenze risulta maggiormente complessa, perché tocca tutti i livelli di governo e delinea un sistema di protezione civile fortemente decentrato, nell'ambito del quale le competenze statali sono individuate in modo tassativo, mentre alle autonomie locali viene conferita in via generale la competenza in materia.

La protezione civile è stata descritta come un sistema in cui, pur permanendo la competenza esclusiva dello Stato, si registra un andamento "a

⁴⁴⁹ A. DEFFENU, *Sindaco*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5573.

⁴⁵⁰ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 324; A. PIZZORUSSO, *Vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1977, I, 277; v. anche F. SALVIA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., 99, che paragona il moderno diritto dell'emergenza al *dictator* romano, là dove la dittatura si configurava come una magistratura straordinaria affidata ad organi speciali per compiti determinati da esplicitare entro limiti molto ristretti di tempo, ma che negli anni della crisi della Repubblica subisce una metamorfosi, perdendo il carattere della temporaneità e della straordinarietà: così facendo, il *dictator* si poneva sempre più come "*solutus legibus*", sovvertendo l'ordine esistente.

⁴⁵¹ Cap. II, Sez. I, §. 1.

cascata”⁴⁵², e perciò è funzionalmente rappresentabile -anche sulla base della teoria dell’analisi economica del diritto applicata al federalismo⁴⁵³- come una piramide: più aumenta l’intensità dell’evento calamitoso e più la competenza si sposta verso l’alto; determinante è, in tal senso, il rapporto tra dimensione dell’evento e ambito di efficacia della competenza.

Come già visto, la procedura prevista dalla legge per l’esercizio del potere di ordinanza prende avvio dalla dichiarazione dello stato di emergenza (o di “grande evento”) disposta con Decreto del Presidente del Consiglio, previa delibera del Consiglio dei Ministri. Il decreto determina durata ed estensione territoriale dell’emergenza, avuto riguardo alla qualità ed alla natura degli eventi (art. 5 co. 1 legge n. 225/92).

Le concrete misure per fronteggiare l’emergenza vengono disposte con una separata, ma contestuale ordinanza, anch’essa emanata dalla Presidenza del Consiglio, solitamente su iniziativa del Capo del Dipartimento della Protezione civile.

Questi primi provvedimenti hanno un contenuto minimo tipico:

- a) la nomina di un commissario delegato;
- b) l’individuazione degli interventi da realizzare e delle finalità da perseguire;
- c) la costituzione di una “amministrazione dell’emergenza” costituita dall’ufficio commissariale e da vari altri organi di supporto;
- d) la creazione di una provvista di personale a disposizione del commissario;
- e) l’attribuzione al commissario di poteri *extra ordinem*, mediante la previsione di deroghe alla disciplina ordinaria dell’azione amministrativa;
- f) una clausola finanziaria.

Ulteriori ordinanze aventi ad oggetto la medesima emergenza possono poi essere emanate successivamente, con contenuto integrativo o modificativo della prima.

⁴⁵² S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, nota a sent. Corte cost. n. 284 del 2006, in *Giur. cost.*, 4, 2006, 2926 ss.

⁴⁵³ R. POSNER, *Economic analysis of law*, Boston-Toronto, 1977, 20 ss.

L'esercizio del potere di ordinanza, a differenza della decretazione d'urgenza, non sottostà al controllo successivo delle Camere, né al controllo preventivo del Presidente della Repubblica.

Per quanto la procedura di legge appaia estremamente rapida e accentrata, spesso l'adozione delle ordinanze è preceduta da una complessa fase endoprocedimentale, che comporta il coinvolgimento e la consultazione, da parte dell'esecutivo, di altri soggetti istituzionali, quali le Regioni, le autonomie locali o le associazioni di rappresentanza. Questa intensa attività programmatica ed istruttoria si caratterizza soprattutto per la presenza di formali intese con gli enti territoriali e per un fitto scambio di note tra le istituzioni coinvolte.

Meno frequenti invece sono forme di raccordo procedimentale di livello interministeriale, come i pareri ed i concerti: ciò eccezion fatta per alcune ordinanze con particolari implicazioni finanziarie, adottate di concerto col Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Pressoché tutte le nuove ordinanze di protezione civile sono state precedute, conformemente a quanto imposto dalla legge, dal raggiungimento di una "intesa" - e non di un semplice parere - con le Regioni interessate dall'emergenza o dal grande evento in questione. Seppur non obbligatorie, sono numerose le "note istituzionali"⁴⁵⁴ che precedono, ed anzi spesso sollecitano, l'emanazione delle ordinanze di protezione civile.

La provenienza di tali atti è molteplice. Tuttavia, nella maggioranza dei casi, gli autori delle stesse sono i Sindaci dei Comuni ed i Presidenti o Assessori delle Regioni, interessati dall'emergenza o dall'evento straordinario; i Ministri o uffici ministeriali competenti nei settori coinvolti dall'intervento programmato, i Prefetti, i Commissari delegati.

Spesso, poi, la data delle note riportata nelle ordinanze precede di alcuni mesi ed a volte anche di un anno l'emanazione della stessa, a dimostrazione che l'intervento è il risultato di una programmazione concertata e meditata tra le varie autorità ed i livelli di governo interessati, più che una reazione d'impulso ad un evento previsto.

⁴⁵⁴ L. DUILIO (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile*, cit.

Proprio per le ragioni fin qui sommariamente scrutinate, occorre rilevare che il delicato problema della compatibilità del potere di ordinanza a fini di protezione civile con il riparto di competenze Stato-Regioni è stato frequente oggetto di verifica costituzionale.

Il predetto assetto è stato nel tempo confermato anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale (specialmente quella elaborata all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione che, tra le altre cose, ha inserito la materia della protezione civile tra quelle in cui è prevista una competenza legislativa concorrente), che sul tema del riparto di competenze tra Stato, Regioni ed autonomie locali e della legittimità o meno della loro alterazione per effetto dell'esercizio statale di poteri emergenziali rappresenta il punto di riferimento pressoché esclusivo. La Corte ha infatti affermato, ad esempio, che con la legge 24 febbraio 1992, n. 225 il legislatore statale avrebbe rinunciato ad un modello centralizzato per una organizzazione diffusa a carattere "policentrico"⁴⁵⁵.

Ciò premesso, in tema di riparto di funzioni e di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali in situazioni di emergenza è stata innanzitutto giustificata l'attribuzione di queste allo Stato in nome della natura del bene da tutelare, che necessita di una "unità di indirizzo e di azione"⁴⁵⁶: da questa affermazione si fanno discendere i corollari della residualità del potere, della particolare natura del provvedimento derogatorio (vincolato nel presupposto e nella causa) e della sua durata molto limitata, che sostanzialmente consentirebbero di non perpetrare una lesione dell'autonomia regionale⁴⁵⁷.

Secondo detta interpretazione, l'emergenza costituirebbe un parametro costituzionale presente, da un lato, come presupposto che autorizza un parziale spostamento di competenza, dall'altro implicherebbe una diversità di contenuto dispositivo-precettivo: un contenuto straordinario, perché individuabile sulla base di un contesto in cui l'ordine ed il valore delle entità da bilanciare è diverso da quello che opera in situazioni non di emergenza, come tali da inquadrare in un

⁴⁵⁵ Corte cost., sent. nn. 129 del 2006 e 327 del 2003.

⁴⁵⁶ Corte cost., sent. n. 208/1971, con nota di F. MERUSI, *Le catastrofi "ripartite"*, in *Giur. cost.*, 1971, 2319 ss.

⁴⁵⁷ Corte cost., sent. n. 617/1987.

ambito di regole e principi costituzionali diversi da quelli ricavabili quando il profilo dell'emergenza non viene in questione.

Si potranno così convalidare soluzioni che costruiscano il sistema dell'emergenza in modo in parte differente dall'ordinario riparto di funzioni tra gli enti territoriali⁴⁵⁸. A questo stesso proposito, il giudice amministrativo esamina criticamente gli effetti del fenomeno, da alcuni definito come “una inedita forma (tutta italiana) di regionalismo *versus* centralismo commissariale a vocazione derogatoria”⁴⁵⁹.

Tuttavia, è stato anche osservato come l'emergenza non legittima il sacrificio dell'autonomia regionale e dunque, per quanto la finalità di interesse generale sia di precipuo e stringente rilievo il potere straordinario deve essere circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali⁴⁶⁰. Il ruolo regionale può in qualche misura essere intaccato purché, in applicazione del principio di leale collaborazione, vi sia una “compartecipazione regionale alla procedura decisionale”⁴⁶¹.

Occorrerebbe, in definitiva, rispettare il nuovo Titolo V della Costituzione.

Come già anticipato, infatti, la protezione civile è materia concorrente tra Stato e Regioni ex art. 117 Cost., e sulla base del più volte richiamato principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. dovrebbero considerarsi prevalenti le competenze locali, in quanto l'attività della protezione civile rileva maggiormente proprio a livello locale, per territori determinati. Non a caso, i commissari vengono reclutati dal “bacino” dei Comuni o dalle Regioni, in quanto la competenza “naturale” per questioni locali va ricercata allo stesso livello territoriale⁴⁶². L'incisivo processo di decentramento e la costruzione di tipo federalista emersa dalla riforma del Titolo V della Costituzione, così, non solo ha

⁴⁵⁸ C. VENTIMIGLIA, *Una emergenza da inefficienza*, cit., 963 ss.; C. MARTINI, *Emergenza rifiuti e ordinanze extra ordinem*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1163 ss.

⁴⁵⁹ F. SALVIA, *Autonomie speciali e altre forme di autonomia differenziata*, in *Dir. e società*, 2002, 465 ss.

⁴⁶⁰ Corte Cost., sent. n. 127/1995.

⁴⁶¹ Corte Cost., sentt. nn. 617/1987, 977/1988, 289/1993, 127/95, 327/2003.

⁴⁶² U. ALLEGRETTI, *Criticità del sistema delle ordinanze di protezione civile e proposte per una riforma*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo ed., 2011, 197.

evidenziato con forza il criterio della sussidiarietà (che con nuovo vigore diventa il profilo più interessante su cui allocare il nuovo sistema organizzativo dell'ordinamento policentrico), ma ha altresì introdotto un ulteriore principio strettamente collegato al primo, che viene enunciato nell'art. 120 Cost.: quello di leale collaborazione, che comporta l'impiego di particolari cautele nell'esercizio dei poteri di ordinanza allorquando essi vadano ad impingere in competenze proprie degli enti del governo territoriale⁴⁶³.

Alla luce del quadro tracciato, pertanto, le competenze regionali appaiono comprimibili, e diventano ancor più elastiche perché in qualche modo sono fatte oggetto di un potere di disposizione.

Pertanto la Corte costituzionale, mentre sostiene la pertinenza statale dell'amministrazione nell'emergenza, afferma la necessità, in virtù del principio di leale collaborazione, delle intese con le Regioni circa la dichiarazione e la gestione delle situazioni di emergenza, nonché l'esigenza che l'esercizio dei poteri di ordinanza debba essere circoscritto in modo da "non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali"⁴⁶⁴. Di conseguenza, "non spetta allo Stato introdurre prescrizioni per fronteggiare lo stato di emergenza che conferiscono ad organi amministrativi poteri di ordinanza tali da derogare a leggi

⁴⁶³ Corte cost., sentt. nn. 127/95 e 201/1987.

⁴⁶⁴ Sul punto particolarmente Corte cost., 6 ottobre 2006, n. 323, la quale chiarisce che "in ordine all'assetto delle competenze nella materia concorrente della "protezione civile" ed al rispetto da parte della Regione di principi fondamentali posti dallo Stato, la Corte ha più volte affermato (sentt. nn. 327 del 2003 e 32 del 2006) che ... il legislatore statale, istituendo il Servizio nazionale della protezione civile aveva già rinunciato ad un modello centralizzato optando per un'organizzazione diffusa a carattere policentrico", e che nelle attività di protezione civile le Amministrazioni dello Stato e gli Enti pubblici devono operare previa intesa: "*gli organi regionali devono agire sulla base di intese con gli organi statali, proprio a maggior garanzia dell'autonomia dell'amministrazione*". Cfr. anche Corte cost. n. 284/2006 secondo cui "*la legge n. 225 del 1992 ... non compromette il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali, attraverso la previsione di adeguate forme di leale collaborazione e di concertazione nella fase di attuazione ed organizzazione delle attività di protezione civile*". Cfr. anche 327/2003 "*le Regioni ... devono tenere conto degli indirizzi operativi predisposti dal Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero del Ministro dell'interno da lui delegato, di intesa con le Regioni stesse e gli enti locali ... Per quanto riguarda la disciplina relativa all'emergenza, è stata prevista una competenza dello Stato per i soli eventi di natura straordinaria ... In effetti lo Stato, d'intesa con le Regioni interessate, delibera e revoca lo stato di emergenza, emana le ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza, predispone i piani di emergenza e la loro attuazione*"; Corte cost. n. 39/2003, secondo cui il quadro legislativo in materia di poteri di ordinanza, in quanto caratterizzato dall'esistenza di competenze inestricabilmente connesse "*postula dunque forme di concertazione e di leale collaborazione tra Stato ed autonomie territoriali (sent. 422 del 2002)*"; cfr. anche Corte cost. n. 201/1987.

fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale, senza che sia richiesta l'intesa con la Regione per la programmazione degli interventi⁴⁶⁵”.

Tra le varie pronunce oggetto di scrutinio, si menziona la già citata sentenza n. 127/1995, che ha preservato la legittimità dell'art. 5 co. 2 della legge n. 225 sottolineando tuttavia che esorbita dalle attribuzioni dello Stato introdurre indicazioni che conferiscano ad organi amministrativi poteri d'ordinanza tali da derogare a settori di normazione primaria non adeguatamente circoscritti nell'oggetto, e tali da derogare a leggi fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale, senza prevedere l'intesa con la Regione per la programmazione generale degli interventi⁴⁶⁶.

L'esistenza di competenze inestricabilmente connesse postula dunque forme di concertazione e di leale collaborazione, cosicché le ordinanze vanno “interpretate alla luce di questo criterio collaborativo, anche là dove non è testualmente previsto, in modo che risulti congruo e proporzionato un intervento statale che, ancorché per fronteggiare una situazione di emergenza interferisce pur sempre con competenze regionali, per di più di carattere primario”⁴⁶⁷.

La Corte ha chiarito in più occasioni che “l'emergenza non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, ed il richiamo a una finalità di interesse generale -pur di precipuo e stringente rilievo- non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino tale sfera di interesse, garantita a livello costituzionale”⁴⁶⁸. Ed ancora, più recentemente, ove il potere di ordinanza sia legittimamente esercitato “il legislatore regionale non può utilizzare la potestà legislativa per paralizzare -nel periodo di vigenza della situazione di emergenza

⁴⁶⁵ Corte cost., n. 127/95.

⁴⁶⁶ V. SALAMONE, *op. cit.* Nella fattispecie si concludeva: “L'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 novembre 1994, che delega il Prefetto di Bari ad attivare e realizzare tutti gli interventi necessaria a fronteggiare la situazione di emergenza anche in deroga a norme statali che disciplinano il riparto di attribuzione e a norme regionali, va quindi annullata nella parte in cui prevede solo il parere e non l'intesa con la Regione per la programmazione degli interventi, e nella parte in cui ammette, al di fuori di quel nesso di congruità e proporzione che deve sussistere con l'evento che giustifica la dichiarazione dello stato di emergenza ambientale, la deroga degli atti normativi primari indicati nella stessa ordinanza, per violazione dei limiti costituzionali del potere di ordinanza, che valgono anche a garanzia delle attribuzioni regionali”. V. anche G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità*, cit., 505.

⁴⁶⁷ Corte Cost., sent. n. 39/2003, inerente il conflitto di attribuzioni sull'emergenza idrica in Sicilia, snodatasi attraverso varie proroghe per oltre due anni e mezzo.

⁴⁶⁸ Corte cost., n. 307/1983.

ambientale - gli effetti di provvedimenti di necessità ed urgenza adottati da commissari di nomina statale⁴⁶⁹.

E' pertanto generalmente ammessa la deroga alle competenze amministrative regionali e locali per affrontare gli stati di emergenza, con assunzione delle relative responsabilità direttamente in capo ad organi statali.

Tuttavia, a fronte del crescente ricorso alle ordinanze di protezione civile e per evitare una eccessiva compressione delle competenze costituzionalmente riconosciute, si ricorre spesso a soluzioni di compromesso: l'ordinario riparto e coordinamento di funzioni è sì derogato, ma ad esso si sostituiscono forme *ad hoc* di raccordo previste direttamente dalla singola O.P.C., in particolare tramite tecniche di concertazione e di intesa, o nominando quale commissario delegato l'organo di vertice (Sindaco, Presidente della Giunta regionale) dell'ente competente in via ordinaria all'attuazione degli interventi.

Il modello organizzativo che risulta dalla legislazione vigente lascia aperti numerosi problemi, relativi sia all'assetto delle competenze tra Stato, Regioni ed autonomie locali sia all'uso dei poteri amministrativi.

Ma la vera peculiarità è per l'appunto l'uso dei poteri amministrativi straordinari e derogatori. Come già visto, tali poteri erano tradizionalmente riservati ai vertici politici delle amministrazioni, che potevano appositamente attivarli ed attribuirli, oltre che ai Prefetti ed ai Sindaci nell'ambito delle rispettive competenze territoriali. I poteri che si attivano sono per la maggior parte derogatori rispetto a quelli ordinari e possono scardinare l'assetto delle attribuzioni e delle competenze.

La riscontrata sostituzione del criterio della imprevedibilità con quello della pericolosità, che "può protrarsi anche per lungo tempo senza cagionare il fatto temuto", ha compromesso tra le altre cose l'esigenza di una delimitazione temporale oltre che territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura

⁴⁶⁹ Corte cost., n. 277/2008.

degli eventi⁴⁷⁰. Diventa così possibile superare ogni ragionevole limite temporale di simili interventi, e quindi “stabilizzare l'emergenza”.

Risulta paradigmatico il caso del Commissariato per l'emergenza rifiuti della Regione Campania che, istituito nel 1996, ha posto l'esigenza di una Commissione parlamentare d'inchiesta, in una delle cui Relazioni si legge fra l'altro che “travalicando i limiti di un intervento sussidiario” volto ad “affrontare una situazione di emergenza” e nel contempo a “ripristinare le condizioni perché l'ente supportato possa ritornare ad operare nell'ordinarietà, il Commissariato è divenuto “un'istituzione che tende a stabilizzarsi e quindi a preoccuparsi più della propria auto sussistenza che delle finalità per le quali era stato istituito”⁴⁷¹.

L'uso di poteri straordinari è in definitiva connotato con la natura stessa della funzione di protezione civile, che richiede decisioni rapide in grado di superare il normale assetto delle competenze ed il normale svolgimento dell'attività.

Secondo alcuni, l'emergenza altro non sarebbe in tal senso che un modo che ridefinisce in concreto il valore di certi diritti di certi soggetti in dati contesti di emergenza, a fronte di altri diritti. La sua originalità sta nel fatto che essa “rimiscola” gli ordinari criteri e le ordinarie gerarchie del bilanciamento tra interessi: diviene così determinante il rapporto di proporzionalità tra evento e misura⁴⁷².

3.- Esegesi dell'esercizio dei poteri emergenziali secondo alcune delle tradizionali relazioni interorganiche e/o intersoggettive. L'avvalimento.

Dopo aver descritto la ineludibile interazione tra enti che -nel sistema di distribuzione delle competenze tra Stato, Regione ed autonomie locali- si va a verificare in caso di attivazione delle procedure emergenziali contemplate dalla disciplina vigente sulla protezione civile, occorre a questo punto tentare un

⁴⁷⁰ A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità ed urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2004, 244 ss.

⁴⁷¹ Commissione parlamentare d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attività illecite ad esso connesse, Relazione territoriale della Campania, 26 gennaio 2002, XIV legislatura, Doc. XXIII, n. 17, 46, riferita da C. PINELLI, *Un sistema parallelo*, cit.

⁴⁷² C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 24

inquadramento dogmatico di queste relazioni, riconducendo cioè queste ultime alle categorie tradizionali dei cc.dd. rapporti interorganici e/o intersoggettivi, per ulteriormente farne discendere l'applicabilità di un determinato regime giuridico.

I tentativi condotti dalla dottrina e dalla giurisprudenza possono per la verità sintetizzarsi in tre principali “esperienze”, appresso commentate secondo un *climax* ascendente, in ragione cioè della “fortuna” o più correttamente della validità di cui le teorie prospettate hanno goduto nel tempo o godono ancora oggi: quella dell'avvalimento; quella del coordinamento; infine, quella della sostituzione.

Occorre ulteriormente precisare (anticipando in questa sede una possibile conclusione circa l'adesione ad uno dei tre modelli) che, tutto sommato, le relazioni in commento non si pongono necessariamente in funzione di alternatività l'una rispetto all'altra, ma piuttosto, forse, di cumulabilità.

Ai fini dello studio che si sta conducendo, tuttavia, si potrebbe “rischiare” una presa di posizione, scartando definitivamente l'ultima delle teorie, quella della sostituzione, che -come si vedrà- diversi approfondimenti e qualche forte critica ha ricevuto in dottrina, in particolare sulla specifica questione della piana assimilabilità o addirittura sovrapponibilità del tipico intervento sostitutivo rispetto all'altrettanto tipico intervento emergenziale, ma che comunque conserva il merito di aver costituito il necessario *trait d'union* tra l'emergenza e la sussidiarietà, e di cui pertanto non si può fare a meno, come d'altronde si vedrà meglio in prosieguo.

Ciò premesso, per quanto riguarda i rapporti intercorrenti tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e apparato organizzativo del Commissario delegato - che sembrerebbe rivestire la natura pacifica di amministrazione statale anche sulla base dell'insegnamento della giurisprudenza costituzionale⁴⁷³-, una prima

⁴⁷³ Corte cost., 26 giugno 2007, sent. n. 237, secondo cui “i provvedimenti posti in essere dai commissari delegati sono atti dell'amministrazione centrale dello Stato, in quanto emessi da organi che operano come *longa manus* del Governo, finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali coinvolte dalle singole situazioni di emergenza, e ciò in ragione tanto della rilevanza delle stesse quanto della straordinarietà dei poteri necessari per farvi fronte”; v. anche Ord. 5 dicembre 2007, n. 417; Ord. 4 aprile 2008, n. 92; Sent. 16 luglio 2008, n. 277; si veda altresì T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 20 agosto 2008, n. 3969, *ivi*.

tesi, che tuttavia appare minoritaria in dottrina⁴⁷⁴ e che a ben guardare trae forza più che altro da una serie di pronunce giurisprudenziali⁴⁷⁵, è quella che li ricostruisce in termini di “avvalimento” (c.d. amministrazione indiretta)⁴⁷⁶. Ciò perché si verificherebbe che una Amministrazione dello Stato per l'appunto si avvale, per la cura di interessi nazionali (nell'esercizio dei poteri emergenziali), di uffici regionali e locali, d'intesa con gli enti interessati, con la peculiarità di conservare, tuttavia, la piena titolarità della funzione (e del potere) esercitato.

Attraverso tale modulo organizzatorio la Presidenza del Consiglio dei Ministri, anziché dotarsi di propri uffici, si avvale degli uffici, del personale e delle attrezzature afferenti ad una diversa figura soggettiva, per lo svolgimento dei suoi poteri e delle sue funzioni, conservando in ogni caso -a differenza di quanto si verifica con il diverso modulo organizzatorio della delegazione amministrativa c.d. intersoggettiva, che si instaura tra enti diversi e che comporta una deroga all'ordine delle competenze tra detti differenti enti- la titolarità non solo della competenza, ma anche della funzione e delle connesse responsabilità.

Ora, si è visto in precedenza⁴⁷⁷ che effettivamente, nella prassi, gli Uffici Commissariali si avvalgono di personale amministrativo proveniente dall'amministrazione regionale, provinciale e comunale, impiegando strutture e beni, mobili e immobili, degli enti locali, ed in questa complessiva *ratio* ispiratrice troverebbe ospitalità anche la scelta frequente di nominare Commissari Delegati i Presidenti delle Giunte delle Regioni interessate dalle situazioni emergenziali.

Ma l'impiego di personale amministrativo proveniente dalle amministrazioni regionali e locali nonché la nomina a Commissario Delegato dei Presidenti delle Giunte Regionali, secondo Mezzotero, non varrebbe ad escludere la natura statale degli Uffici Commissariali, né consentirebbe di affermare che la

⁴⁷⁴ La propone A. MEZZOTERO, *L'Ufficio del Commissario Delegato*, cit., 166 ss.

⁴⁷⁵ Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1109; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 15 dicembre 2004, n. 2411, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 1 marzo 2006, n. 236, *ivi*; più di recente, con diffusa motivazione, Trib. Catanzaro, sez. II, 1 febbraio 2008, n. 72, in *www.altalex.it* e in *Rass. Adv. St.*, 2007, IV, 58 ss.; T.A.R. Lazio, sez. I, 19 maggio 2008, n. 4467.

⁴⁷⁶ La figura del c.d. avvalimento, detto anche di c.d. amministrazione indiretta, trova una sua precisa collocazione nell'art. 118 Cost. nella formulazione vigente al momento di entrata in vigore della legge n. 225/92 e nell'art. 3 co. 1 lett. f) della c.d. legge Bassanini I (l. 15 marzo 1997 n. 59).

⁴⁷⁷ v. Cap. II, Sez. II, §. 3.2.

funzione emergenziale esercitata sia da imputare all'ente locale; pertanto, l'impiego di personale amministrativo, di dirigenti e di strutture appartenenti ad altri enti, proprio in ragione della teoria dell'avvalimento, consentirebbe di qualificare l'Ufficio del Commissario Delegato come organo statale "straordinario", di cui il Dipartimento della Protezione civile si avvale per fronteggiare lo stato di emergenza.

Gli uffici di avvalimento opererebbero, pertanto, alle dipendenze funzionali dell'ente che se ne avvale, pur restando strutturalmente incardinati nell'ente cui appartengono, per quanto riguarda l'esercizio in concreto delle attività ad essi affidate.

La competenza rimarrebbe in capo al primo ente, che si limiterebbe ad utilizzare (a proprie spese) a titolo ausiliario l'apparato organizzatorio di un ente diverso, disponendo direttamente (e non per tramite di quest'ultimo) dell'apparato stesso.

L'Autore tenta infine di ricondurre alla scelta di aderire alla teoria dell'avvalimento anche l'originaria *intentio* del legislatore del 1992 di prefigurare "una gestione unitaria delle attività di protezione civile (previsione, prevenzione, soccorso, superamento dell'emergenza), la cui titolarità deve essere ricondotta all'autorità responsabile dell'attività governativa di coordinamento (art. 95 Cost. e art. 5, legge 23 agosto 1988, n. 400) e titolare di funzioni di soccorso e di prevenzione in stati di emergenza (art. 5 co. 2 e 3 legge n. 225/92)"⁴⁷⁸, sulla quale grava l'obbligo di attuazione degli interventi conseguenti a dichiarazioni di stato d'emergenza, assunta, peraltro, collegialmente dal Consiglio dei Ministri⁴⁷⁹.

3.1.- Segue. Il coordinamento.

⁴⁷⁸ A. MEZZOTERO, *op. cit.*, 169.

⁴⁷⁹ Sul punto cfr. E. CASTORINA, *Direzione e coordinamento del Presidente del Consiglio dei Ministri nel sistema della Protezione civile*, Relazione tenuta al Convegno su *Il sistema nazionale di protezione civile a quindici anni dalla legge 255 del 1992* presso la Facoltà di Giurisprudenza di Catania il 7 dicembre 2007, e ora disponibile in www.forumcostituzionale.it, secondo il quale l'attribuzione al Presidente del Consiglio del compito di "determinare" le politiche di protezione civile fosse in origine scarsamente compatibile con la fisionomia costituzionale del Governo, improntata per l'appunto al principio di collegialità.

Occorre a questo punto scrutinare l'ulteriore tesi del coordinamento come relazione interorganica e/o intersoggettiva nell'esercizio dei poteri emergenziali.

Sotto un profilo generale, è stato osservato che nel tempo le amministrazioni dello Stato pluriclasse si sono sviluppate in modo disaggregato, e che la relativa attività è stata scarsamente raccordata a livello procedimentale, intervenendo esclusivamente a livello "organizzativo" attraverso la costituzione di organi, ad esempio collegiali, con funzioni di coordinamento⁴⁸⁰. Resta tuttavia un'esigenza imprescindibile quella di assicurare momenti unitari⁴⁸¹ tra i pubblici poteri (che il più delle volte non sono più organizzati gerarchicamente tra loro), che impediscano la frammentazione dell'organizzazione pubblica in segmenti non comunicanti⁴⁸². A tutto ciò si è per l'appunto risposto, per la verità solo di recente, con procedimenti di coordinamento infrastrutturale attivati dalle stesse amministrazioni, attraverso cui si inaugura un nuovo modo di coordinare gli interessi pubblici⁴⁸³.

Il procedimento diviene il "luogo" in cui affluiscono amministrazioni diverse, e ciascuna di esse si presenta portatrice di certi interessi più che di competenze: interessi che occorre comporre, sintetizzare, mediare, attraverso il criterio della ragionevolezza, e su cui alla fine occorre "decidere".

Ne costituisce un esempio illuminante certamente l'istituto della conferenza di servizi, oggetto di plurimi interventi legislativi dal momento della

⁴⁸⁰ G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 312. Sul coordinamento, *ex multis*, cfr. V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 635 ss.; G. FALCON, *Coordinamento (principio del)*, in *E.d.D.*, VII, 3; L. ORLANDO, *Contributo allo studio del coordinamento amministrativo*, Milano, 1974; G. MARONGIU, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in G. AMATO, G. MARONGIU, A CURA DI, *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna 1982, 145; F. PIGA, *Premessa ad uno studio sul coordinamento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, II, 718; ID., *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988; G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005; D. D'ORSOGNA, F.G. COCA, *Le relazioni organizzative*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 59 ss., in particolare 71 ss.; F. MIGLIARESE TAMBURINO, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, 1979.

⁴⁸¹ G. BERTI, *Il coordinamento parola-simbolo tra gerarchia ed equiordinazione*, in *L'amministrazione della società complessa*, 33.

⁴⁸² F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, 1970, 197.

⁴⁸³ Si vedano per tutti sul tema i contributi di F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss. e ID., *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, 1035 ss.

sua codificazione nella legge generale sul procedimento amministrativo ed in cui convivono oggi, con pari dignità, le concorrenti istanze di semplificazione e per l'appunto di coordinamento.

Ma anche gli accordi di programma previsti dall'art. 34 del D.Lgs. n. 267 del 2000 nonché le ulteriori forme di collaborazione e di coordinamento fra enti locali ivi contemplate (unioni di comuni e consorzi, ma anche le società per azioni per la gestione dei servizi pubblici locali) e gli accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune previsti dall'art. 15 della legge n. 241 del 1990.

Ed inoltre, ancora, attraverso gli strumenti c.d. di programmazione negoziata (l'intesa istituzionale di programma, l'accordo di programma quadro, il patto territoriale, il contratto di programma, il contratto d'area) introdotti nel nostro ordinamento con la legge (finanziaria) n. 662 del 1996, all'art. 2 comma 203.

Il coordinamento tra amministrazioni si realizza peraltro attraverso la costruzione di un'adeguata rete che permetta a ciascuna unità organizzativa di acquisire e di mettere informazioni a disposizione delle altre strutture⁴⁸⁴. Ed è stato osservato che tramite la procedimentalizzazione degli strumenti di coordinamento si conferisce ad essi una veste "doverosa" (*alias*, la funzione)⁴⁸⁵.

Questo per quel che concerne gli istituti del coordinamento "codificati" nel nostro sistema e tradizionalmente intesi. Vediamo, a questo punto, come l'emergenza abbia influito, in quello stretto condizionamento tra funzione ed organizzazione già ricordato, sulla elaborazione di nuovi istituti di coordinamento.

Nelle situazioni di emergenza occorre far fronte ad un evento lesivo di portata straordinaria, che lede o minaccia molteplici interessi tra loro collegati e richiede l'intervento di una pluralità di soggetti. Una risposta amministrativa adeguata richiede oggi un tempestivo ed efficace coordinamento tra le competenze dei singoli enti investiti dello specifico affare, che a sua volta può

⁴⁸⁴ S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 382.

⁴⁸⁵ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, cit., 240.

essere garantito solo da una regia unitaria affidata ad una struttura *ad hoc*, cioè creata appositamente per gestire quella singola emergenza⁴⁸⁶. Si potrebbe dire che quando si verifica un'emergenza, pur restando invariati gli interessi da curare, aumenta la complessità dell'attività amministrativa perché cresce l'interdipendenza tra le singole azioni e le singole competenze, il che rende urgente un coordinamento rapido, dinamico ed efficace.

Tale struttura è stata identificata ad esempio nel Commissario straordinario previsto dall'art. 5 della legge n. 225/92, che tuttavia così argomentando non potrebbe essere considerato un mero "sostituto" degli enti e degli organi originariamente titolari della competenza in situazioni di emergenza, ma piuttosto come un soggetto chiamato soltanto ad agevolare il più possibile il coordinamento tra quegli enti ed organi.

E' evidente che in tal guisa si finiscono per circoscrivere i poteri della figura commissariale e se ne attenua il complessivo impatto sul sistema amministrativo, con un ritorno alle origini, ed in particolare alla legge n. 966 del 1970, quando - come già visto⁴⁸⁷ - al commissario governativo non erano riconosciuti poteri derogatori espressi ma per l'appunto soltanto una funzione di coordinamento con le amministrazioni locali e di direzione per l'attuazione dei soccorsi determinati a livello ministeriale, in un'ottica di garanzia delle competenze previste nel disegno organizzativo originario e di rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

Ciò induce alcuni a concludere che il fenomeno degli organi straordinari per l'emergenza vada inquadrato proprio nell'ottica del coordinamento piuttosto, ad esempio, che della sostituzione (su cui *infra*), e più in particolare perché -per quanto l'organo straordinario, subentrando all'organo ordinario nell'esercizio sia pur provvisorio di determinate funzioni sembrerebbe richiamare il paradigma della sostituzione amministrativa- quando organi straordinari sono chiamati a gestire l'emergenza, la disciplina di cui alla legge sulla protezione civile non subordina il regime emergenziale alla circostanza che sia il Governo l'effettivo

⁴⁸⁶ S. D'ANTONIO, *Organi straordinari e amministrazione dell'emergenza*, cit., 212 ss.

⁴⁸⁷ Cap. II, Sez. II, §. 2.

titolare dell'interesse pubblico compromesso nel caso concreto e non adeguatamente curato dagli enti locali o dalle diverse amministrazioni competenti, né richiede che sia accertata l'inerzia dell'ente al quale fa capo la competenza ordinaria o la sua incapacità di proteggere efficacemente l'interesse in pericolo.

Sembra allora doversi concludere che nella disciplina presa in esame la figura dell'organo straordinario (il commissario delegato) non sia riconducibile al paradigma della sostituzione amministrativa⁴⁸⁸, ed il richiamo al coordinamento debba essere letto non tanto come potere o relazione organizzativa, quanto come risultato al quale tende l'attività amministrativa che aspiri ad essere coerente ed organica⁴⁸⁹.

Nell'emergenza il coordinamento è la relazione intersoggettiva che, forse, favorisce maggiormente il fenomeno della nascita di nuove forme di organizzazione pubblica, e ciò grazie alla particolare e caratteristica snellezza della figura organizzatoria in commento, che mantiene i soggetti coinvolti in posizione di forte asimmetria e al tempo stesso di equiordinazione. E' accaduto poi di frequente, nella prassi, che organi di coordinamento originariamente costituiti in assenza di uno specifico parametro normativo (ed anzi, come già affermato in altra parte del presente lavoro sulla scorta delle affermazioni di Mario Spasiano, sfruttando gli "spazi liberi" lasciati dalla normazione primaria) venissero appositamente codificati in considerazione della particolare efficacia che avevano dimostrato i relativi organizzazione e funzionamento.

Può considerarsi questo il caso della già citata Conferenza provinciale permanente⁴⁹⁰, presieduta dal Prefetto, e soprattutto quello dei cc.dd. "Tavoli concertativi"⁴⁹¹ e del sottotipo dei "Tavoli istituzionali territoriali"⁴⁹², voluti dalla

⁴⁸⁸ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Cedam, Padova, 2004, *passim*.

⁴⁸⁹ D. D'ORSOGNA, F.G. COCA, *Le relazioni organizzative*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 72, secondo i quali il coordinamento va concepito come "il risultato (azione coordinata di più uffici o strutture organizzative), al quale si può pervenire attraverso relazioni sia di sovraordinazione sia di equiordinazione".

⁴⁹⁰ Sul punto, v. M. LA IACONA, *La Conferenza Provinciale Permanente*, cit. e Cap. II, Sez. I, §. 3.1.

⁴⁹¹ Si ricordano il "Tavolo Crescita ed Equità" ed il "Tavolo tecnico sul trasporto pubblico locale".

⁴⁹² Ne costituiscono esempi il "Tavolo istituzionale Milano", la "Unità speciale di concertazione per lo sviluppo economico dell'area metropolitana di Napoli e della Campania", il "Tavolo istituzionale

Presidenza del Consiglio, in un momento storico di necessario rilancio per numerose realtà urbane, e che attribuiscono forte rilevanza allo strumento della concertazione e della *multilevel governance* nella definizione di politiche ed interventi in materie complesse e trasversali, materie che, come lo sviluppo delle economie e dei territori, vanno affrontate in un quadro che, tenendo insieme i diversi attori coinvolti ed i diversi livelli istituzionali e territoriali, rendendo integrabili tra loro punti di vista, valori e risorse necessari ad una progettazione “di sistema”⁴⁹³.

Ciò perché, ad avvalorare ulteriormente la *ratio* ispiratrice della figura del coordinamento, si ritiene che il coinvolgimento di una pluralità di soggetti di diversa natura, a vari livelli, che interagiscono fortemente tra loro, sia il modo istituzionale più efficiente per elaborare e rendere operativi complessi progetti di intervento in condizioni di migliorare il grado di coesione sociale e la capacità di crescita economica del Paese.

Non è un caso che, forse, l’esperienza ad oggi più “felice” di questi Tavoli si sia verificata in un contesto di drammatica emergenza economico-finanziaria, quale è stata quella del Comune di Taranto, promosso dal Prefetto *pro-tempore* dell’epoca ed istituito con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 17 gennaio 2007, immediatamente dopo la dichiarazione di dissesto finanziario⁴⁹⁴. All’emergenza tipizzata cioè, determinata nel caso in commento dall’applicazione della norma del Testo Unico sugli enti locali che conduce alla dichiarazione del dissesto e dal conseguente commissariamento dell’ente, si è

Regione Calabria”, il “Tavolo istituzionale Regione Sardegna” e il “Tavolo istituzionale Città di Taranto” (v. nota 484).

⁴⁹³ Non risulta che dette figure trovino ad oggi uno specifico fondamento normativo. Non si rinvencono neanche contributi dottrinali. Appare utile far presente che il sito istituzionale del Governo italiano, www.governo.it, raggruppa le varie esperienze in commento nella sezione dedicata al D.I.S.E.T., Dipartimento per lo Sviluppo delle Economie Territoriali, che nel tempo ha subito cambiamenti di denominazione e che è la struttura competente alla attivazione di questi strumenti di coordinamento.

⁴⁹⁴ Il Tavolo Istituzionale “Città di Taranto” ha iniziato la sua attività cercando di avviare a soluzione alcune soluzioni di particolare criticità. In dettaglio, il Tavolo ha contribuito alla predisposizione di interventi a salvaguardia e tutela dell’occupazione e ha promosso iniziative per risolvere alcune difficoltà logistiche riguardanti ad esempio gli uffici giudiziari della città. Il Tavolo ha poi supportato il lavoro tecnico dei responsabili comunali nella stesura del cosiddetto “bilancio stabilmente riequilibrato” e in alcune operazioni infrastrutturali; si è inoltre fatto promotore di interventi a favore dell’Arsenale militare e del Porto di Taranto.

affiancato uno strumento che potremmo definire atipico per meglio coordinare le azioni finalizzate alla rinascita di quella realtà territoriale.

3.2.- Segue. La sostituzione. Verso la “chiamata in sussidiarietà”.

E veniamo, a questo punto, alla figura della sostituzione.

E' stato osservato che la legge n. 225/92 riveste una funzione di supplenza⁴⁹⁵ in molti ambiti, rappresentando di fatto una risposta impropria a problemi reali, per esempio relativamente all'esercizio dei poteri sostitutivi⁴⁹⁶ (più in particolare nel senso che oggi, per “superare” la Costituzione, oltre alla strada del principio di sussidiarietà, sarebbe utilizzabile anche la legge che disciplina la protezione civile). Ulteriormente, è stato osservato che mentre una sostituzione ex art. 120 Cost. potrebbe “disturbare” la Regione e le sue ordinarie attribuzioni, la dichiarazione dello stato di emergenza e la collegata nomina di un Commissario proveniente da Roma, magari chiamato ad operare scelte impopolari, viene percepito positivamente dagli organi rappresentativi ordinari, addirittura come una sorta di liberazione dalle responsabilità⁴⁹⁷.

Preliminarmente, è stato dimostrato in dottrina⁴⁹⁸ che se non ricorrono anche i presupposti specifici del fenomeno sostitutivo l'emergenza di per sé non giustifica la sostituzione. Tali presupposti, come è noto, sono: 1) la scissione tra il soggetto titolare di un dato interesse (sostituto) e il soggetto ordinariamente competente a cura l'interesse medesimo (sostituito); 2) l'inerzia del sostituito ovvero la sua incapacità a curare l'interesse *de quo*.

⁴⁹⁵ G. RAZZANO, *Quattro novità in tema di emergenze e ordinanze “di protezione civile”*, cit.

⁴⁹⁶ Sul ruolo dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione nella ricostruzione dei poteri sostitutivi del Governo ex art. 120 Cost. si veda E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPi, M. OLIVETTI, a cura di, *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, II ed., Torino, 2003, 241. In generale, circa i poteri sostitutivi disciplinati dall'art. 120 Cost. v. anche M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, 1273 ss.; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Regioni*, 2001, 1357 ss.; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, co. 2 della Costituzione*, in *Ist. Federalismo*, 2002, 733 ss.; P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Regioni*, 2003, 1007 ss.; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi. Commento all'art. 8*, in G. FALCON (A CURA DI), *Stato, regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, 157 ss.

⁴⁹⁷ G. RAZZANO, *Inquadramento costituzionale delle ordinanze di protezione civile*, cit., 199.

⁴⁹⁸ S. D'ANTONIO, *op. ult. cit.*, 213.

Solo qualora nella situazione di emergenza si riscontrassero i presupposti indicati, quindi, si potrebbe realisticamente ed a buon diritto parlare di sostituzione amministrativa. Certamente, costituiscono delle problematiche: il procedimento di sostituzione del governo nei confronti delle Regioni⁴⁹⁹; diversi altri nodi irrisolti nel rapporto Stato-Regioni, con riguardo alle materie di competenza concorrente; la necessità di far valere l'interesse nazionale, nonostante la sua scomparsa dal diritto positivo; la lungaggine e la frammentarietà dei procedimenti amministrativi, la mancata ridefinizione dei poteri delle funzioni di governo⁵⁰⁰.

Nei contesti emergenziali, infatti, il rapporto tra sostituzione e potere di ordinanza diventa particolarmente problematico, come insegna la giurisprudenza costituzionale precedente alla riforma del Titolo V.

A ciò si aggiunga per altro verso, *ut supra* già osservato, che nella prassi delle ordinanze di protezione civile il commissariamento si è affermato sia come soluzione a mere inefficienze e inadempimenti dell'ente territoriale sostituito, sia a vere e proprie emergenze. Ne è derivata la possibilità, essendo quasi sempre prospettabile l'individuazione (più o meno pretestuosa) di un inadempimento quale causa dello stato di pericolo per i beni e gli interessi costituzionalmente protetti, che il ricorso alle ordinanze *extra ordinem* venga utilizzato con finalità elusive del "giusto procedimento di sostituzione" delineato dalla legge e dalla

⁴⁹⁹ Al riguardo occorre prendere atto della realtà normativa, rappresentata da poteri sostitutivi diversi ed ulteriori rispetto a quelli di cui alla stessa legge "La Loggia", attuativa dell'art. 120 Cost. Si pensi, ad esempio, alla novella del D.Lgs. n. 267 del 2000, che prevede ora la rimozione e la sostituzione di Sindaci, Presidenti delle Province, componenti dei Consigli e delle Giunte che non si conformano ad ordinanze adottate per il superamento dell'emergenza rifiuti, anche come precisati dalle ordinanze di protezione civile. Cfr. al riguardo, la recentissima decisione del Consiglio di Stato n. 3502 dell'8 giugno 2011, che ha riformato la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, n. 1655 del 18 febbraio 2009, che, legittimando in concreto l'esercizio di tali poteri, ha affermato in un passaggio che "lo scopo - assolutamente ineludibile- di rendere efficace l'azione amministrativa che si identifica nella gestione dell'emergenza rifiuti non può che contemplare procedure di natura sostitutiva nei riguardi degli Enti locali inadempienti, ed il potere del Gestore del Consorzio Unico - costituito *ex lege* quale soggetto che riveste natura assodatamente obbligatoria per i soggetti istituzionali che vi partecipano - di nominare commissari *ad acta* per provvedere al recupero delle somme dovute e non corrisposte si fonda sullo stesso, complessivo principio ispiratore della disciplina di emergenza, che è quello di evitare che l'inattività degli Enti locali costituisca intralcio all'attività degli organi straordinari preposti al superamento dell'emergenza medesima". Cfr. inoltre Corte cost., sent. 165/2011, che censura il potere sostitutivo previsto da una legge dello Stato in capo ad un "commissario straordinario", precisando la differenza tra potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost. e attrazione in sussidiarietà di cui alla stessa giurisprudenza costituzionale (sent. 303/2003).

⁵⁰⁰ G. RAZZANO, *op. ult. cit.*

giurisprudenza costituzionale, consentendo al governo di bypassare le garanzie procedurali poste a presidio dell'autonomia costituzionale degli enti territoriali⁵⁰¹.

Sul punto, pare di poter condividere l'opinione secondo cui i due strumenti, della sostituzione e del potere di ordinanza, devono essere tenuti distinti in funzione delle conseguenze applicative che derivano dagli specifici presupposti previsti sia dalla Costituzione (nel caso della sostituzione) che dalla legge (nel caso del potere di ordinanza), e ciò a prescindere dal fatto, come già visto, che i presupposti "materiali" dei due istituti -a volte- coincidono, ma numerose altre volte si allontanano irreversibilmente in ragione del fatto che il principale connotato giuridico della sostituzione resta l'inadempimento, che non può invece considerarsi ricorrente *stricto sensu* nel caso dell'attivazione dei poteri emergenziali. Se ne ricava, quindi, che deve essere necessariamente rispettato lo statuto procedimentale della sostituzione ogni qual volta il Governo intende porre rimedio all'emergenza, adottando l'atto ed esercitando la funzione rispetto ai quali l'amministrazione competente per territorio si è mostrata inadempiente.

Per cui, a parità di presupposti materiali per l'attivazione del potere ed a parità di inadempimenti più o meno pretestuosamente prospettabili, il Governo dovrà ricorrere al potere sostitutivo, e rispettarne le relative garanzie procedurali, quando intende fronteggiare l'emergenza attraverso l'adozione dell'atto e l'esercizio della funzione che hanno acclarato l'inadempimento dell'ente territorialmente competente, mentre potrà attivare il potere di ordinanza derogando anche il "giusto procedimento di sostituzione"⁵⁰², quando il superamento del contesto emergenziale viene perseguito attraverso misure diversa da quelle di cui si vuole "censurare" la mancata adozione.

La soluzione appena prospettata sembra l'unica in grado di rendere giustizia del fatto che, per quanto i confini tra i due istituti possano apparire evanescenti dinnanzi alle possibili pratiche strumentali del Governo, potere

⁵⁰¹ A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit., 336 ss.

⁵⁰² A. CARDONE, *op. ult. cit.*

sostitutivo e potere di ordinanza restano irriducibilmente diversi sul piano logico-concettuale⁵⁰³, anche se nel caso della potestà ordinatoria l'adozione di un atto formalmente diverso da quello di competenza dell'ente territoriale potrebbe sempre sostanzialmente incidere sull'esercizio di una differente funzione proprio del livello di governo interessato (ed in questo caso si è parlato di “fraudolenta sostituzione”).

A parte quanto sopra, la Corte costituzionale ha chiarito che lo Stato, ai sensi dell'art. 118 co. 1 Cost., può attrarre in via sussidiaria a livello statale funzioni amministrative di spettanza di enti regionali o locali nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente.

Si tratta pertanto di un potere che può essere esercitato solo con legge e sulla base di una previa intesa (principio dell'intesa) con le Regioni interessate.

Tale legge non lede le competenze regionali, derogando solo al riparto delle competenze, determinando una temporanea compressione delle competenze legislative regionali, non irragionevole se finalizzata ad assicurare l'immediato svolgersi delle funzioni amministrative attratte per soddisfare esigenze unitarie che non possono essere esposte al rischio della ineffettività⁵⁰⁴, e comunque nel rispetto dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza⁵⁰⁵ che, ai sensi del primo comma dell'art. 118 Cost., governano il conferimento delle funzioni amministrative agli enti locali.

Ancora una volta, la Corte ha già affermato che esiste una chiara differenza tra il potere di “attrazione in sussidiarietà” ed i poteri sostitutivi di cui all'art. 120 co. 2 Cost.: in caso di attrazione in sussidiarietà con legge di funzioni amministrative locali la competenza per il relativo esercizio diventa statale; in caso di esercizio del potere sostitutivo governativo la competenza all'adozione dell'atto rimane dell'ente sostituito e va quindi definita in relazione alle

⁵⁰³ P. CARETTI, *Il potere sostitutivo statale: un problema di garanzie procedurali e sostanziali per l'autonomia regionale*, in *Le Regioni*, 1990, 1853, il quale osserva che l'urgenza di provvedere, tipica del contesto emergenziale, “determina all'interno della sostituzione una profonda modifica qualitativa”, riconoscendo al Governo un potere generale, implicito e difficilmente delimitabile.

⁵⁰⁴ Corte cost., n. 303/2003.

⁵⁰⁵ Corte cost., n. 303/2003.

pertinenti norme costituzionali⁵⁰⁶. Ed ancora una recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 277 del 2008, consente in concreto di raffrontare gli atti in sostituzione e gli atti adottati dal Governo nell'esercizio dei poteri di ordinanza.

I secondi si giustificano infatti finché esista e permanga una delle situazioni di necessità di cui alla normativa emergenziale: gli atti ed i provvedimenti adottati sono quindi destinati a perdere efficacia con l'esaurirsi delle circostanze e dei presupposti di straordinarietà che ne hanno consentito l'adozione. Tali atti o provvedimenti sono adottati dal Governo, da organi statali amministrativi (i Prefetti) o da commissari straordinari in luogo di atti di ordinaria competenza amministrativa locale⁵⁰⁷. Nella prassi, l'ordinanza del Governo con la quale viene dichiarato lo stato di emergenza provvede all'individuazione di organi straordinari cui vengono imputati i poteri di ordinanza attuativi, denominati Commissari del Governo. L'organo straordinario in qualche caso è individuato, come tale, con un esclusivo compito di esercitare i poteri di ordinanza previsti e necessari a fronteggiare la situazione di emergenza (la titolarità in questi casi è in genere conferita a un funzionario dello Stato espressamente deputato all'assunzione di detta titolarità); in altri casi, il potere è conferito alla titolarità di un organo ordinario dell'Amministrazione statale sul territorio (come il Prefetto) ovvero dell'Amministrazione regionale o locale (come il Presidente della Regione, il Presidente della Provincia o il Sindaco del Comune principale).

E' stato già a più riprese osservato che in questi casi si tratta, in capo alla stessa persona, della titolarità di due organi, l'uno ordinario nell'ambito dell'ente di appartenenza e l'altro straordinario per l'attuazione degli interventi di protezione civile⁵⁰⁸. Certa dottrina ha però criticato questa interpretazione, ritenendo⁵⁰⁹ che si tratterebbe di un "giro di parole" con le quali la Corte avrebbe in realtà operato un ritaglio di competenze in favore dello Stato nella materia della protezione civile e che invece gli interventi governativi adottati sotto il

⁵⁰⁶ R. DICKMANN, *Competenza e regime giuridico dei provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri sostitutivi e di ordinanza del Governo*, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2008, 2554.

⁵⁰⁷ R. DICKMANN, *op. ult. cit.*, 2562.

⁵⁰⁸ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, cit., 361 ss.

⁵⁰⁹ S. MANGIAMELI, *op. cit.*, 2929-2930 e 2932.

titolo delle citate norme di legge debbano essere ascritti nella categoria dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120 co. 2 Cost.

Una lettura alternativa a quella testé riportata è invece quella volta ad individuare in tali norme un caso di attrazione in sussidiarietà da parte dello Stato di competenze amministrative regionali e locali⁵¹⁰. Sembra questa -come si espliciterà meglio più avanti- la soluzione da doversi condividere.

Nell'ambito dei poteri di ordinanza, pertanto, il sistema della legislazione statale consente l'esercizio di poteri amministrativi anche in deroga alla normativa primaria sia per quel concerne l'ordine delle competenze sia per quel che riguarda il principio di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi. Tali provvedimenti devono pertanto ritenersi legittimi fin quando perdurino le circostanze di necessità contemplate dallo specifico quadro normativo, nell'ambito del quale gli interessi perseguiti assumono una valenza nazionale e non possono essere confinati al territorio di riferimento⁵¹¹.

Per tale ragione, la Corte ha chiaramente precisato che tali provvedimenti, “indipendentemente dal loro (più o meno delimitato) ambito territoriale di efficacia” ed anche se “posti in essere dai Commissari delegati sono atti dell'amministrazione centrale dello Stato (in quanto emessi da organi che operano come *longa manus* del Governo) finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali coinvolte dalle singole situazioni di emergenza, e ciò in ragione tanto della rilevanza delle stesse, quanto della straordinarietà dei poteri necessari per farvi fronte”⁵¹².

Data la loro autonoma ed originale base costituzionale ed il fatto che tali atti rimangono di imputazione statale, non locale, i poteri di ordinanza non possono che essere del tutto estranei al sistema dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120 co. 2 Cost.: il sistema dei poteri sostitutivi non include i poteri governativi di urgenza ed il potere dello Stato di attrarre con legge competenze e funzioni

⁵¹⁰ G. FARES, *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell'autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, in *Giur. cost.*, 2006, 2938.

⁵¹¹ R. DICKMANN, *op. ult. cit.*, 2564.

⁵¹² Corte cost., 26 giugno 2007 n. 237.

amministrative regionali, che si fondano sulla base di originali titoli costituzionali.

Ove appaia contestabile il giustificativo causale dei provvedimenti adottati nel quadro di tali poteri, occorre preventivamente accertare la legalità costituzionale della legge di riferimento, che potrebbe, ad esempio, aver attratto in sussidiarietà competenze amministrative regionali in assenza delle circostanze indicate.

3.- Il principio di sussidiarietà verticale.

L'ordinamento giuridico conosce varie forme e criteri di regolazione dell'azione di più centri decisionali pubblici, con il preciso compito di armonizzare l'attività amministrativa dei diversi enti ed organi della pubblica amministrazione in modo tale da conseguire gli obiettivi stabiliti dalla legge⁵¹³. Segnatamente, le relazioni tra soggetti pubblici sono regolate da una serie di principi utili a distinguere le sfere di competenza di enti ed organi, nonché per dirimere eventuali conflitti in modo adeguato alle esigenze funzionali dei medesimi.

Negli ultimi tempi si è affermato quale nuovo criterio ordinatore proprio quello di cui al principio di sussidiarietà⁵¹⁴, che designa le relazioni tra i diversi centri decisionali secondo un criterio di valore non rispondente ad istanze gerarchiche ma che è funzionale agli interessi intimamente collegati alle diverse potestà pubbliche regolate dalla legge⁵¹⁵. Si tratta di un principio volto a

⁵¹³ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 302 ss.

⁵¹⁴ Cfr., *ex plurimis*, T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Annali, II*, 2008; P.M. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale. Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Milano, 2005; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, V, 1995, c. 373, n. 2; M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 516 ss. G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 57, osserva che anche con riguardo alla sicurezza dei cittadini rispetto alle calamità naturali, la conformazione del sistema organizzativo si è andata attuando sia tramite la sussidiarietà orizzontale che tramite la sussidiarietà verticale, ed in particolare in quest'ultimo caso quanto più si è passati dal dovere per i pubblici poteri di intervenire non solo in via riparatoria ma anche preventiva. Alle medesime conclusioni perviene F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 3118.

⁵¹⁵ R. DICKMANN, *Sussidiarietà, sovranità e regionalismo*, in *Dir. e soc.*, 1994, 273 ss.

rispettare l'autonomia propria di ogni centro decisionale e ad armonizzare, in modo consensuale e non autoritario, le varie sfere di competenza, stabilendo i necessari limiti e confini a seconda della naturale vocazione e dimensione di ogni ente. Si tratta dunque di un "canone fondamentale di distribuzione delle competenze e di proporzionalità delle sfere di azioni di più organismi in un medesimo settore", che consente di delimitare (*rectius*, di regolare) la capacità di intervento delle diverse componenti della Pubblica Amministrazione⁵¹⁶.

Il principio di sussidiarietà richiama la felice "metafora dell'ascensore"⁵¹⁷, rappresentando il criterio in base al quale il legislatore potrà realizzare la "fermata al piano", valutando nella distribuzione dei compiti amministrativi quale ente è più idoneo all'esercizio di determinate funzioni, privilegiando quello più vicino alle esigenze del cittadino, a meno che esigenze di carattere unitario non richiedano diversamente, ovvero richiedano l'intervento di enti meno vicini alla comunità ma più adatti al raggiungimento delle finalità prefissate⁵¹⁸.

La sussidiarietà verticale si sostanzia così nella ripartizione gerarchica delle competenze, nel senso che esse devono essere spostate verso gli enti più prossimi al cittadino e, pertanto, più vicini ai bisogni del territorio, rappresentando l'ente più vicino al cittadino il baricentro del sistema amministrativo.

Il principio assume una connotazione dinamica e diventa un fattore di flessibilità che consente di incidere sull'ordine delle attribuzioni amministrative "in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie"⁵¹⁹, con il concorso dei principi di differenziazione e di adeguatezza, i quali ultimi servono a rafforzare l'impostazione voluta dal legislatore in quanto impongono una costante attenzione alla valorizzazione delle autonomie sociali e territoriali, un *prius* logico nella definizione delle funzioni, nell'ottica di garantirne il più appropriato esercizio.

⁵¹⁶ L. IEVA, *Riflessioni sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano*, in *Riv. amm.*, vol. I, 2001, *passim*.

⁵¹⁷ E. CASTORINA, *La riforma del Titolo V della Costituzione: quadro riassuntivo e aspetti problematici della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 (alla luce dei primi interventi della Corte Costituzionale)*, in www.federalismi.it.

⁵¹⁸ M. LA IACONA, *op. cit.*

⁵¹⁹ Corte cost., sent. n. 303/2003

In sostanza, la sussidiarietà agisce come *subsidium* (supplenza e aiuto, da parte delle comunità superiori a favore di quelle inferiori) quando un livello di governo sia inadeguato agli scopi da raggiungere, sì da indurre a parlare di attitudine ascensionale della sussidiarietà⁵²⁰.

I primi cenni di riflessione di un simile principio applicato alla sfera politica, si rinvencono già in Aristotele⁵²¹. Talune anticipazioni della necessità di tale principio nel nostro ordinamento, invece, furono avanzate già in uno studio del 1959⁵²², ed addirittura prima in Assemblea Costituente⁵²³.

Concetto presente sin dalle origini del pensiero classico, sempre più sviluppato nel corso dei secoli, D'Atena individua tre radici fondamentali del principio di sussidiarietà: esso si sarebbe imposto nella dottrina sociale cristiana⁵²⁴, poi nel pensiero liberale ed infine nell'ambito delle riflessioni scientifiche in materia di federalismo.

La dottrina sociale della Chiesa fonda la sussidiarietà sul primato etico della persona rispetto allo Stato, il quale deve lasciar sviluppare spontaneamente le articolazioni della società senza pretendere di assorbirle. A tal proposito, si veda Pio XI, che nella Lettera enciclica "Quadragesimo anno" afferma: "Siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria proprie per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello

⁵²⁰ V. ANTONELLI, *Per una unità della Repubblica costruita "dal basso"*, in *Giur. cost.*, 2006, 3, 2615.

⁵²¹ A. ANCONA, *Il più vicino possibile ai cittadini – Problematrice e prospettive della sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, in *Iustitia*, 2000, 331.

⁵²² E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova antologia*, 1959.

⁵²³ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13.

⁵²⁴ Nel pensiero cristiano il riferimento è fondamentalmente a S. TOMMASO D'AQUINO, *Contra Gentiles*, III, 71: "Così come non sarebbe conforme ad un governo umano che l'autorità impedisse ai sudditi di svolgere ciascuno il proprio compito, se non temporaneamente, a motivo di qualche eccezionale necessità, allo stesso modo sarebbe non conforme con il governo divino che le creature venissero private della facoltà di agire secondo i modi propri della loro natura" (si veda pure ID., *In Pol.*, II, 5). Cfr. inoltre, fra i documenti del Magistero, LEONE XIII, *Lett. Enc. Rerum novarum*, n. 26 (1891): "Non è giusto ... che l'individuo e la famiglia siano assorbiti dallo Stato, ma è giusto lasciare ad ognuno la facoltà di operare con libertà fin dove sia possibile, senza danno per il bene comune e senza discapito di nessuno"; cfr. ancora GIOVANNI XXIII, *Lett. enc. Mater et magistra* (1961), n. 59, 121, 122 e *Lett. enc. Pacem in terris* (1963), n. 48, 98, 135, 139, 140; PAOLO VI, *Lett. enc. popolorum progressio* (1967), n. 79; GIOVANNI PAOLO II, *Lett. enc. Sollicitudo rei socialorum progressio* (1967), n. 79; GIOVANNI PAOLO II, *Lett. enc., Sollicitudo rei socialis* (1987), n. 43; *Centesimus annus* (1991), n. 48. Cfr. inoltre *Catechismo della Chiesa cattolica*, Città del Vaticano, 1992, nn. 1883-1885.

di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle o assorbirle”.

Quanto al pensiero liberale, si suole ricordare in dottrina la riflessione di Thomas Jefferson, il quale pone al centro della sua elaborazione la libertà individuale. Jefferson pensava agli inizi dell'Ottocento ad un assetto organizzativo dello Stato che dalla fattoria giungesse alla “Repubblica nazionale”, passando attraverso una progressione di istanze via via più ampie, tenute insieme dal principio in forza del quale l'istanza superiore può intervenire soltanto laddove quella inferiore non sia in grado di provvedere, “affinché si giunga all'amministrazione da parte di ciascun individuo della propria fattoria, attribuendo ad ognuno la direzione di ciò che il suo occhio riesce a sorvegliare direttamente⁵²⁵”.

La terza radice individuata dal D'Atena è infine rintracciabile nelle riflessioni politiche e dottrinali sul concetto di federalismo. Si è infatti ricollegato al federalismo, inteso come tecnica di divisione verticale del potere, quel principio di sussidiarietà che è strumentale ad una corretta allocazione delle funzioni che riserva al centro i soli compiti che la periferia non sia in grado di svolgere. Si tratta di una concezione del federalismo che si sofferma sulla sua funzione garantistica: da un lato infatti l'accentramento del potere è ritenuto pregiudizievole per un controllo efficace del potere statale, dall'altro un sistema federale, diviso in ambiti ristretti, permette ai cittadini di partecipare più attivamente alla vita democratica (ma anche economica) del proprio Comune (sotto questo profilo l'idea che la sussidiarietà sia strettamente legata alla democrazia ed assolva anche ad un'essenziale funzione di pedagogia civile⁵²⁶).

Il principio di sussidiarietà diviene comunque “popolare” con il Trattato di Maastricht, allorché l'art. 3B vi fa esplicito riferimento. Sebbene non possa ancora qualificarsi come principio costituzionale, esso può invece considerarsi

⁵²⁵ T. JEFFERSON, *Il decentramento del potere*, in G. ACQUARONE, *Antologia degli scritti di T. Jefferson*, Bologna, 1961, 109.

⁵²⁶ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., 16.

ormai *stricto sensu* come un principio generale dell'ordinamento italiano⁵²⁷, in una accezione che non rimanda tanto a premesse teoretiche o ideologiche, quanto a finalità pragmatiche e operative. Il principio di sussidiarietà rappresenta infatti, in questo momento, un importante canale di comunicazione fra la scienza amministrativistica e quella costituzionalistica.

Da un punto di vista strutturale il principio di sussidiarietà viene qualificato come “relazionale”⁵²⁸, in quanto sussistente nell'ambito di rapporti tra soggetti diversi: tra i diversi livelli territoriali di governo (Stato, Regioni, Province etc.), tra gli enti locali e gli enti c.d. funzionali (come le Università), tra enti pubblici e società civile.

Si tratta poi di un principio caratterizzato innanzitutto dalla c.d. “decisione di preferenza” che vi sta alla base, consistente in una decisione in favore dell'ambito più vicino agli interessati: alla stregua del principio di sussidiarietà infatti l'intervento dell'ambito meno vicino si giustifica soltanto se quello più vicino non sia adeguato, tenendo presente che il primo debba essere preferito non solo se sia in grado di operare a condizioni più vantaggiose, ma anche a parità di condizioni⁵²⁹. Con particolare riferimento alla sussidiarietà verticale, è evidente l'inscindibile rapporto tra sussidiarietà e federalismo, inteso quale forma di Stato volta a definire i rapporti tra i diversi elementi costitutivi dello Stato medesimo, nel rispetto di uno spazio amministrativo che garantisce la formazione anche in sede locale di indirizzi politici eventualmente difformi dalla volontà dell'autorità centrale⁵³⁰. E' quest'ultimo aspetto peraltro il principale indice di riconoscimento di un vero sistema di “autonomie” locali (espressione diretta del principio di

⁵²⁷ Per una ricostruzione diacronica e socio-filosofica del principio v. G. RAZZANO, *Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della costituzione della Commissione Bicamerale*, in *Dir. soc.*, 1997, 549 ss., secondo cui depongono in tal senso: l'art. 4 co. 3 della Carta europea delle autonomie locali, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985 ed entrata in vigore in Italia il 1° settembre 1990; l'art. 3B del Trattato di Maastricht e l'art. 4 della legge n. 59 del 1997.

⁵²⁸ A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 609.

⁵²⁹ L. IEVA, *Riflessioni*, cit., 87

⁵³⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 451.

sussidiarietà verticale) rispetto alle forme di semplice decentramento amministrativo⁵³¹.

Dal punto di vista del fondamento costituzionale, sembra l'art. 97, sia pur congiuntamente all'art. 5 ed all'intero Titolo V della Carta, il parametro più omogeneo e prossimo al principio di sussidiarietà, almeno nella sua attuale fase di sviluppo giuridico nel nostro ordinamento.

Tale principio presuppone comunque un'organizzazione sociale articolata in più livelli, in cui siano riconoscibili persone, famiglie, associazioni e comunità via via più ampie e di natura pubblica, come i comuni, le Regioni e lo Stato; in altre parole, presuppone un maggiore e un minore nell'articolazione sociale e istituzionale⁵³². Esiste pertanto un *prius* logico postulato dall'idea di sussidiarietà: la pre-definizione delle funzioni e delle prerogative proprie degli organismi minori.

Ciò premesso, se per un verso la sussidiarietà promuove l'intervento, il sostegno, il sussidio appunto, per l'altro comporta pure un dovere di astensione per gli organismi sociali maggiori, a tutela dell'autonomia privata e del gruppo minore.

Non ci sarebbe bisogno di scomodare il principio di sussidiarietà per riferirsi alla sola sussidiarietà verticale: basterebbe parlare di Stato federale, anche se lo stesso federalismo, inteso in una accezione ideologica, "investe il settore sociale, economico, spirituale-culturale, più che quello giuridico-istituzionale"⁵³³.

La logica della sussidiarietà impone di garantire, anche al di sotto dell'entità minima pensabile in una forma di Stato federale (il Comune o la Città Metropolitana), gli organismi ancora inferiori, come la famiglia e perfino le singole persone.

Il principio di sussidiarietà, quando informa coerentemente un ordinamento giuridico, è fra l'altro riconoscibile sia nella stessa struttura

⁵³¹ A.M. BALESTRIERI, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati. Spunti per un inquadramento giuridico*, in *Riv. dir. amm.*, 1998, 618.

⁵³² G. RAZZANO, *Le fonti del diritto ed il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la "semplificazione"*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2001, 273 ss.

⁵³³ G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, 831-832.

(federale) dello Stato, sia nella sua organizzazione sociale, in cui respirano liberamente le formazioni sociali minori. Se tale principio domina effettivamente l'organizzazione sociale, è probabile che informi anche l'ordinamento istituzionale; se è principio giuridicamente definito con riguardo alle istituzioni, ciò richiede coerentemente, come si è visto, la sua operatività anche nei rapporti interni alle stesse autonomie.

Quando uno Stato si configura come sussidiario -riconoscendo l'autonomia dei vari corpi sociali esistenti al suo interno e trovando la propria ragion d'essere nel sostenerli e coordinarli- può dirsi che in esso si identificano sia l'organizzazione sociale che l'istituzione.

Certamente tale identità si prospetta come tendenziale, perché quello di sussidiarietà si configura più di ogni altro come principio dinamico, idoneo cioè, in primo luogo, ad innescare processi di cambiamento istituzionali e sociali. In questo senso tale principio assomiglia a quell'idea di costituzione come atto e processo insieme⁵³⁴: *ordo ordinans et ordo ordinatus*⁵³⁵.

4.- Emergenza e sussidiarietà verticale.

Afferma Andrea Morrone⁵³⁶ che il potere di ordinanza sarebbe “necessariamente sussidiario”, in assenza di una norma del caso e risultando inutilizzabili tutte le norme dell'ordinamento in via di auto-integrazione.

Dopo aver ribadito l'idea che l'amministrazione che emerge oggi dal nuovo Titolo V della Costituzione è quella di una amministrazione imperniata non più sullo Stato e sulle Regioni, ma sugli enti locali minori, le cui attribuzioni

⁵³⁴ A. RUGGERI, *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in *Dir. e soc.*, 2000, 1, 165 ss.

⁵³⁵ F. MODUGNO, *Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 205 ss.

⁵³⁶ A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (A CURA DI), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, 172 ss., il quale contraddittoriamente aggiunge: “Delle due l'una. O si ritiene che il potere di ordinanza sia ammissibile in quanto previsto dalla legge, e si tratterà allora di accertare se la legge ne circoscriva a sufficienza l'uso in modo da renderlo compatibile con il principio di legalità, oppure è inevitabile ricorrere alla risalente configurazione della necessità come fonte del diritto implicita in quelle prospettazioni che si basano sulla sussistenza di lacune colmabili solo in via di etero integrazione per giustificare il potere di ordinanza, il che, anche lasciando da parte consolidate obiezioni, non spiegherebbe perché la legge del 1992 autorizzi le ordinanze a disporre in deroga ad ogni disposizione vigente”.

sono infatti considerate come frutto di un processo “discendente” che partiva dai maggiori enti territoriali (titolari del potere legislativo) per radicarsi poi in una dimensione più ristretta, oggi l’eventuale allocazione di funzioni amministrative presso le Regioni e presso lo Stato dovrebbe avere carattere eccezionale, trovando la sua giustificazione nelle esigenze della sussidiarietà e della adeguatezza organizzativa.

A quanto sopra occorre aggiungere che nell’esperienza concreta va sempre più delineandosi un assetto organizzativo diverso: quello preposto alle emergenze, nonché ai grandi eventi, che tende sempre più a perdere gli originari caratteri della precarietà ed eccezionalità per trasformarsi in una complessa e duratura organizzazione *extra ordinem* che si affianca a quella ordinaria paralizzandone la piena operatività. Le caratteristiche classiche del potere emergenziale consentono, ad una prima analisi, la definizione dei limiti naturali che lo stesso incontra, declinabili in forma di divieti: l’emergenza non può essere esercitata se non dalle amministrazioni a ciò preposte e non può presentarsi come permanente, perché permanenti diverrebbero i poteri derogatori e tale, dunque, anche la conseguente alterazione delle competenze.

La conformazione del sistema organizzativo della gestione delle emergenze al principio di sussidiarietà si è andata attuando progressivamente, più in particolare involgendo in un primo tempo l’attuazione di una sussidiarietà verticale che attiene alla distribuzione delle competenze tra i vari livelli di governo in modo che sia privilegiato il livello più basso. Si è passati, così, da una fase in cui intervenivano fundamentalmente amministrazioni di livello statale ed esclusivamente in fase di soccorso in assenza di sussidiarietà, ad una fase in cui, sviluppandosi la fase della prevenzione, si è reso necessario il ricorso agli organi tecnici ed il pieno coinvolgimento delle amministrazioni di livello più basso proprio in attuazione del principio di sussidiarietà verticale⁵³⁷. In questo primo stadio, la sicurezza dei cittadini nei confronti delle calamità naturali esigeva che si intervenisse quando il danno si era già verificato.

⁵³⁷ La efficacissima schematizzazione “per fasi” nell’evoluzione dei rapporti fra sussidiarietà verticale ed emergenza è di F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l’amministrazione dell’emergenza*, *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 3118 ss.

Era questo il sistema che vigeva nel nostro ordinamento a seguito del testo unico di pubblica sicurezza del 1931⁵³⁸ e alla legge n. 966 del 1970, con cui si istituiva il sistema della protezione civile⁵³⁹, che sollevarono non poche obiezioni per la sostanziale esclusione del ruolo delle Regioni⁵⁴⁰.

La Corte costituzionale sancì la legittimità costituzionale di tale sistema “accentrato” con la decisione 29 dicembre 1971, n. 307⁵⁴¹ affermando che “in presenza di catastrofi che commuovono la pubblica opinione, anche internazionale, reclamando la massima concentrazione di energie umane e dimezzi materiali, ivi compresi quelli di cui soltanto lo Stato è in grado di disporre, non vi è luogo a sottili dosaggi di poteri e a complicazioni di procedure, che potrebbero ritardare, se non addirittura compromettere, la tempestività e l’efficacia del soccorso”.

In una seconda fase, l’innalzamento del livello di garanzia per la sicurezza dei cittadini ha comportato il dovere per i pubblici poteri di intervenire non solo per riparare gli effetti degli eventi catastrofici ma anche per prevenire o limitare il più possibile i danni. In questa prospettiva giustamente la legge n. 225 del 1992 prevede che i pubblici poteri devono svolgere ogni attività possibile al fine di determinare le cause di possibili eventi calamitosi e identificare le ipotesi di rischio studiando la presumibile incidenza di tali eventi sul territorio.

L’interpretazione per così dire estensiva del ruolo della protezione civile ha così finito per incentivare una abnorme prassi che tende in sostanza ad adottare regimi commissariali derogatori anche, ad esempio, nel caso di situazioni di pericolo determinate da inefficienza o ritardi dei normali apparati amministrativi.

⁵³⁸ L’art. 1 t.u.l.p.s., approvato con r.d. 18 giugno 1931 n. 733 affidava la tutela della sicurezza e della incolumità dei cittadini all’autorità di pubblica sicurezza.

⁵³⁹ Con tale legge vengono individuati i fondamenti della struttura organizzativa della protezione civile, si riconosce la primaria competenza dello Stato e per esso del Ministero dell’Interno e si ricollega alla funzione di protezione civile essenzialmente il soccorso, l’assistenza e il coordinamento dell’attività da svolgere in caso di calamità naturale.

⁵⁴⁰ A. ROBECCHI MAINARDI, *Difesa del suolo e calamità naturali: profili legislativi*, in *Dem. diritto*, 1982, fasc. 3, 19 ss.; F. GIUFFRÉ, *Calamità naturali e emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statalistici e nuova ispirazione autonomistica*, cit., 112

⁵⁴¹ In *Giur. cost.*, 1971, 2318, con nota di F. MERUSI, *Le catastrofi “ripartite”*, cit.

Tali commissariamenti, poi, vengono generalmente impiantati col pieno assenso (o addirittura su sollecitazione) degli stessi organi privati delle funzioni, che non percepiscono la “surrogazione” come una *deminutio capitis*, ma anzi come una sorta di privilegio.

In un primo momento, quindi, l’amministrazione dell’emergenza poteva effettivamente configurarsi come una “amministrazione straordinaria” di breve periodo, avente il compito di fronteggiare, con poteri *extra ordinem* ben delimitati (per oggetto e tempo), eventi calamitosi imprevedibili.

Nell’esperienza più recente, invece, essa non solo tende a stabilizzarsi attraverso le ricorrenti dichiarazioni di stato di emergenza o di grande evento ma si compenetra sempre più nell’amministrazione ordinaria⁵⁴². Lo prova il fatto che i “commissari” non sono più estratti, come in passato, dalle Prefetture, ma sono costituiti dagli stessi titolari degli organi sostituiti: Presidenti di Regione, di Provincia, Sindaci.

Le ordinanze di emergenza servono in sostanza a legittimare la disapplicazione del diritto esistente, nel convincimento sempre più diffuso che solo sfuggendo alle strettoie della legislazione esistente e dei normali procedimenti amministrativi si possibile risolvere i problemi. Non si vogliono, in realtà, creare organismi straordinari più efficienti, ma conferire attribuzioni straordinarie agli organi normali.

L’attività di prevenzione sarà tanto più efficace quanto più verranno valorizzati i contributi non solo degli organi (anche al di fuori dell’amministrazione) dotati di capacità tecniche di studio e di previsione ma anche delle amministrazioni che sono a diretto contatto con il territorio e che con la loro azione contribuiscono a governarlo. Essendo l’attività di prevenzione finalizzata a evitare o a ridurre al minimo i danni “sulla base delle conoscenze acquisite” sarebbe non conforme al principio di buon andamento che proprio le amministrazioni che più dati posseggono sul territorio e sulle popolazioni, come

⁵⁴² F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da fattori e cause interni all'amministrazione*, cit., 100.

quelle locali e regionali, non partecipassero a questo processo tramite l'esercizio della relativa competenza.

L'azione pianificatoria delle amministrazioni comunali costituisce pertanto, ormai, parte integrante dell'attività di prevenzione e senza il loro apporto qualsiasi tipo di previsione svolta a livello centrale rischierebbe di restare assolutamente incompleta.

Il passaggio dalla fase del soccorso a quella della prevenzione del rischio comporta, sul piano organizzativo, non solo l'affiancamento alle amministrazioni operative (quelle che si muovono per prestare i soccorsi) degli istituti o organi tecnici che hanno le competenze scientifiche necessarie per individuare e prevenire nel tempo gli eventi calamitosi ma anche delle amministrazioni che gestiscono le funzioni di tutela del territorio⁵⁴³.

Si inserisce in questo ordine di considerazioni un ulteriore elemento condizionante. Le istituzioni politiche ed amministrative appaiono infatti sempre più inadeguate a cogliere la dimensione "tecnica" dell'interesse pubblico: al giorno d'oggi, infatti, la tecnica non ne informa soltanto la dimensione oggettiva dell'interesse pubblico ma anzi ne postula una soggettiva. Proprio su questo crinale, i commissariamenti tendono a superare le interazioni competenziali e procedimentali nella determinazione dell'interesse pubblico realizzato, attraverso la partecipazione - come già visto - di differenti articolazioni organizzative e riunendo spesso in un solo organo i poteri decisori.

Per questi motivi si è altresì parlato della nascita di un "decisore tecnico", che amplifica il problema del rapporto tra istanza di rappresentanza democratica, che risiede nel titolare delle funzioni di indirizzo politico amministrativo, e burocrazia quale realizzatrice di attività concrete finalizzate al conseguimento di risultati efficaci ed efficienti. Si sarebbe in buona sostanza ceduto alla tentazione di superare le difficoltà attraverso la unificazione dei poteri e delle competenze in

⁵⁴³ F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà*, cit.

organi ammantati di “tecnicità” non essendo agevole separare la funzione di indirizzo dall’attività di gestione in senso stretto⁵⁴⁴.

Questo insieme di elementi è particolarmente significativo perché chiarisce la natura degli interventi rimessi ai commissari delegati: non si tratta solo di adottare opere “tamponate”, in attesa del rientro all’ordinario; si avviano, invece ampie fasi di programmazione e progettazione di lungo periodo. Ciò accade anche per le ordinanze che non affrontano emergenze legate a fenomeni naturali: è il caso dell’emergenza traffico nella Capitale, inizialmente destinata a cessare nel 2007, e invece più volte prorogata, sulla cui base sono state emanate, ad oggi, 326 ordinanze commissariali attuative, con le quali sono stati programmati tutti i recenti interventi relativi alla mobilità a Roma (metropolitane, parcheggi, sistema viario, etc.), molti dei quali strutturalmente destinati a completarsi nell’arco di molti anni⁵⁴⁵.

Ad esempio, nella città di Messina per un certo periodo lo stesso potere amministrativo è stato asimmetricamente distribuito tra Sindaco e Prefetto. Ma ciò a cosa è dovuto? Forse perché il Sindaco è Ufficiale di Governo? O forse perché sotto il profilo della competenza si sancisce la “fungibilità” tra Prefetto e rappresentante della comunità locale? Ma ciò è possibile?

Facendo leva sul principio di cui all’art. 118, se il Prefetto finisce per realizzare il programma dell’ente locale è come se attuasse la c.d. logica sussidiaria, rilevando egli stesso anche l’interesse meritevole di tutela che è posto alla base dell’attività.

In tale ipotesi, dunque, proprio la natura dell’evento, che richiede la massima concentrazione di mezzi e risorse, giustifica la compressione delle autonomie regionali e trasferisce temporaneamente la gestione di interi settori materiali allo Stato⁵⁴⁶. Tale gestione deve però essere intesa nel senso di accentrato del coordinamento di quelle attività che, a diverso livello, possono

⁵⁴⁴ G. DI FIORE, *Interesse pubblico e tecnicizzazione delle decisioni politiche*, in AA.VV., *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, vol. I, 387 ss.

⁵⁴⁵ L. DUILIO (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile*, cit.

⁵⁴⁶ Corte cost., sent. n. 520/1995.

assicurare la protezione dei beni messi in pericolo dall'evento emergenziale⁵⁴⁷, escludendo che, almeno per tale via, si possa legittimamente configurare nel nostro ordinamento una concentrazione assoluta e permanente di competenze e di poteri in capo all'organo statale.

L'elaborazione giurisprudenziale in commento ha così circoscritto le modalità di esercizio e gli stessi contenuti dei poteri straordinari, appuntando l'attenzione soprattutto sulle ordinanze in deroga che, intanto sono compatibili con il sistema costituzionale in quanto contengono una deroga specifica⁵⁴⁸ (in forza del nesso di strumentalità tra il fatto e la misura derogatoria) e ancora una volta temporanea⁵⁴⁹, conferita sulla base di una espressa previsione legislativa.

Ebbene, come già visto nell'analisi della sua evoluzione storica e giuridica, in origine il principio di sussidiarietà verticale non sembra rivestire una esclusiva valenza politica⁵⁵⁰, rappresentando invece un criterio giuridico di distribuzione e di esercizio delle funzioni fra i diversi livelli di governo. Nella descritta prospettiva, non si riteneva che il principio di sussidiarietà potesse operare quale criterio attributivo di nuove competenze, "quanto piuttosto quale criterio mobile e flessibile", attraverso il quale viene spostato l'esercizio (e non la titolarità formale) di certe competenze⁵⁵¹.

Senonché, il criterio della dimensione dell'interesse⁵⁵² quale criterio di riparto delle attribuzioni stravolge questa tradizionale interpretazione trovando riscontro proprio nel principio di sussidiarietà⁵⁵³, che così operando legittima l'intervento pubblico partendo dal basso, dall'autorità più vicina possibile ai cittadini. Nella cura degli interessi pubblici deve operare pertanto l'autorità più

⁵⁴⁷ Corte cost., sent. n. 82/2006, e sulla competenza della dichiarazione dello stato di emergenza e conseguente attribuzione dei poteri di ordinanza in deroga, disciplinati dalla legge n. 225/92, sent. n. 327/2003.

⁵⁴⁸ Corte cost., sent. nn. 418/92 e 127/95.

⁵⁴⁹ Corte cost., sent. nn. 201/1978; 4/1977; 26/1961 e 8/1956.

⁵⁵⁰ M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, cit., 505 ss.

⁵⁵¹ P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 12 ss.

⁵⁵² Sul criterio della dimensione degli interessi cfr. I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 65 e ss.

⁵⁵³ S. LICCIARDELLO, *Servizi pubblici locali*, in *Annuario 1994 delle autonomie locali*, diretto da S. CASSESE, 482 ss.

vicina al cittadino, salvo tuttavia che quel particolare interesse possa essere in modo più “adeguato” curato ad un livello “superiore”.

L’interrogativo che sarà immediatamente necessario porsi per legittimare definitivamente un arricchimento delle competenze ordinariamente attribuite agli enti locali che passa dal principio di sussidiarietà e si inquadra nello sviluppo del regime del c.d. “autogoverno”, è se a fronte di una situazione di emergenza sussista un interesse pubblico tale da giustificare una incisione dell’assetto organizzativo così profonda e generalizzata come quella in atto nel nostro sistema amministrativo⁵⁵⁴.

La domanda non trova una pronta risposta, dal momento che da parte di qualcuno è stato rilevato che non esisterebbe uno specifico interesse pubblico alla gestione dell’emergenza, che sia cioè distinto ed autonomo dagli interessi normalmente curati dalle pubbliche amministrazioni⁵⁵⁵. Riservando alla opportuna sede la soluzione a questo problema, occorre qui osservare che il principio di sussidiarietà non è, in definitiva, solo un criterio di distribuzione di funzioni predeterminate ma anche di concreto esercizio di esse: esso è funzionale alla soddisfazione efficiente ed efficace degli interessi dei cittadini; pertanto la soddisfazione degli interessi dei cittadini deve prescindere da un rigido sistema di competenze, il che per l’appunto finisce per mettere in crisi il tradizionale rapporto tra competenza ed organizzazione.

In conclusione, a proposito della crisi del rapporto tra competenza ed organizzazione, si è autorevolissimamente ritenuto che “né lo Stato né le Regioni né altri enti territoriali posseggono delle competenze come attributi propri: per vero le competenze altro non sono che raggruppamenti di funzioni, di per sé liberamente circolanti sino al momento in cui non si connettono funzionalmente per il raggiungimento di certi scopi o di risultanze effettive o concrete⁵⁵⁶”.

5.- Emergenza, sussidiarietà verticale e federalismo fiscale.

⁵⁵⁴ S. D’ANTONIO, *Organi straordinari e amministrazione dell’emergenza*, cit., 212.

⁵⁵⁵ M. BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in AA.VV., *Annuario 2005*, cit., 179 ss., in particolare 184-187.

⁵⁵⁶ G. BERTI, *Relazione di sintesi*, in *Amministrazione e finanza degli enti locali tra autonomia e responsabilità*, in *Atti*, cit., 215.

Occorre a questo punto dare atto di una ulteriore tendenza.

Alla luce di tutto quanto sopra, ed ulteriormente argomentando, se è vero (come si è tentato di dimostrare) che:

a) l'emergenza ben può essere uno dei presupposti del principio di sussidiarietà verticale;

b) la sussidiarietà verticale è principio di organizzazione finalizzato alla ulteriore allocazione della funzione amministrativa, e privilegia il criterio, la regola del *subsidium*, del sostegno, e non della sostituzione.

Se, ancora, è vero che:

c) la sussidiarietà verticale non può porsi in contraddizione con ciò che è nell'ordine naturale e prestabilito delle cose, non deve cioè "espropriare" nello svolgimento del compito ma lo deve sostenere;

d) le predette regole, di sostegno e non di sostituzione, debbono valere anche ed a maggior ragione nell'esercizio temporaneo dei poteri emergenziali.

Si deve adesso aggiungere un altro tassello, e cioè la considerazione per cui il c.d. *subsidium*, il "sostegno" - sia esso il precipitato dell'alterazione della competenza causata dall'applicazione del principio di sussidiarietà verticale o dall'esercizio del potere emergenziale o, come si intende sostenere, dall'impiego congiunto dei due valori - si può validamente ed efficacemente realizzare soltanto se è stata data attuazione al federalismo fiscale. In altre parole, se il potenziamento delle attribuzioni venga accompagnato ad un corrispondente ed adeguato trasferimento di risorse.

Quando i governi nominano i rappresentanti locali come commissari straordinari, infatti, non operano in sussidiarietà, in quanto essi sono responsabili nei confronti del Governo centrale per l'uso dei "soldi dell'emergenza"⁵⁵⁷. L'ente locale riesce pertanto ad essere efficace ed efficiente se ed in quanto ottenga un trasferimento straordinario di poteri e di competenze: ma al trasferimento delle competenze deve comunque corrispondere il trasferimento di adeguate risorse.

⁵⁵⁷ G. RAZZANO, *Inquadramento costituzionale delle ordinanze di protezione civile*, 201.

D'altro canto, l'esercizio del potere di ordinanza e la successiva (ed eventuale) sovrapposizione di questo con quello del potere sostitutivo⁵⁵⁸, rappresenta il "prezzo" che gli enti territoriali sembrano disposti a pagare per ottenere i finanziamenti statali, cui altrimenti non potrebbero accedere, che derivano dall'inserimento degli interventi tra quelli di interesse della protezione civile⁵⁵⁹, e comunitari (si è già visto⁵⁶⁰ infatti che le ordinanze attingono solo in parte al c.d. Fondo di protezione civile ed agli altri fondi iscritti al bilancio del Dipartimento presso la Presidenza del Consiglio, ma, variamente, a risorse iscritte a bilancio di altri ministeri, di regioni o enti locali, a rifinanziamenti in corso d'anno, ai Fondi per le aree sottoutilizzate (FAS) od ai Programmi operativi regionali (POR), a fondi stanziati dal CIPE, a donazioni e ad atti di liberalità, a contabilità speciali di protezione civile già aperte e variamente riutilizzate).

Diversamente opinando, è come se le competenze fossero semplicemente "appoggiate" da parte dello Stato sui Comuni, sulle Province e sugli altri uffici decentrati, per poi riprenderseli alla prima occasione. E' questa la considerazione che richiede di discostarsi, ancorché parzialmente, da quanto sopra riferito in riferimento alla configurabilità di una relazione di avvalimento tra uffici centrali ed uffici periferici, ma per altro verso si eviterebbe di suffragare le ragioni di chi sostiene che il rapporto democratico con l'eletto rischierebbe di essere perso⁵⁶¹.

Invero, come si vedrà una volta per tutte a conclusione del presente studio, il rapporto con l'eletto permane, ed anzi il soggetto amministrato potrebbe beneficiare della circostanza che il proprio rappresentante, ancorché ad elezione avvenuta, gode adesso di più ampi poteri di quelli predeterminati, poteri che potranno essere sfruttati per ottenere un ampliamento del benessere e l'ottenimento di singoli beni-vita in favore della comunità di riferimento, che, a causa della odierna scarsità di risorse strutturali che investe deleteriamente le

⁵⁵⁸ A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2011.

⁵⁵⁹ N. ALÌ, *Protezione civile. Usi e abusi delle "deroghe ad ogni norma contraria"*, in *Amm. it.*, 1995, 51 ss.

⁵⁶⁰ Cap. II, Sez. II, §. 3.3.

⁵⁶¹ G. RAZZANO, *op. ult. cit.*, 201

autonomie locali, non si sarebbero potuti ottenere *aliunde* cioè con l'attivazione di meccanismi ordinari. Il "tornaconto", quindi, c'è ed è concreto, e va direttamente a favore del popolo.

Ciò premesso, la crisi dello Stato fiscale non è semplicemente un problema dello Stato sociale degenerato in Stato assistenziale, posto che già la tutela dei diritti e delle libertà tradizionali implica un costo⁵⁶². Da qui, poi, il rilievo metodologicamente ausiliare dell'analisi economica del diritto⁵⁶³ che, oltre ad aver colto quest'ultimo aspetto contribuisce ad individuare taluni profili di criticità che tuttora si pongono proprio di fronte alla difficoltosa conciliazione fra sicurezza e principio di sussidiarietà verticale, ed in particolare ai limiti di un federalismo competitivo e strategico derivanti dai costi di transazione e dalle economie di scala⁵⁶⁴.

Affinché tutto ciò non sia demandato al caso, serve allora l'attuazione piena e convinta dell'ulteriore principio del federalismo fiscale. Il concetto di federalismo è stato spiegato molto bene, tanti anni or sono, da Carl Joachim Friedrich, che lo ha definito un processo dinamico - *federalizing process* - attraverso il quale le comunità politiche di un territorio tendono a ripartire il potere tra livelli di governo. Tale processo, che interessa ordinamenti non necessariamente coincidenti con gli Stati federali, può avere tendenza centrifuga o centripeta e seguire diversi percorsi storici⁵⁶⁵.

Il federalismo viene pertanto a essere svincolato dalla questione della sovranità, e viene piuttosto visto come un principio per l'organizzazione della comunità politica, che può articolarsi in diversi gradi a seconda delle relazioni tra governo, territorio e cittadini.

Solidarietà, sussidiarietà e competizione: sono queste le parole d'ordine del federalismo fiscale.

Appare opportuno, ancora, mettere in chiaro il rapporto che intercorre tra sussidiarietà ed adeguatezza delle risorse. Più in generale, si pone la questione

⁵⁶² S. HOLMES-C.S. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

⁵⁶³ G. NAPOLITANO-M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009.

⁵⁶⁴ G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 12.

⁵⁶⁵ T.E. FROSINI, *Paese che vai, federalismo (fiscale) che trovi...*, in www.giustamm.it.

della compatibilità tra l'art. 118 co. 1 Cost., nella parte in cui prevede che “le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni”, con i principi che sono alla base di quello più generale di autosufficienza finanziaria degli enti territoriali, costituzionalizzato all'art. 119 co. 4 Cost.: *no taxation without representation e accountability*⁵⁶⁶.

Dalla lettura in combinato disposto dei predetti principi discende che il sistema “ottimo” sia quello dove c'è corrispondenza tra il soggetto investito di potere dai cittadini, il soggetto impositore ed il soggetto che è titolare della responsabilità della spesa⁵⁶⁷. Ciò ad evitare che il pubblico potere che ha la rappresentanza del proprio territorio diventi un centro di spesa irresponsabile, e che lo Stato debba fare sempre più massiccio ricorso al debito pubblico.

Si registrano sul punto, peraltro, alcune importanti novità legislative. Una per tutte, modificando ancora una volta la legge sulla protezione civile il legislatore ha chiarito che, qualora il bilancio regionale non rechi le disponibilità finanziarie sufficienti per effettuare le spese conseguenti all'emergenza, il Presidente della Regione interessata è autorizzato a deliberare aumenti di tributi, addizionali o aliquote, e solo qualora neppure queste misure siano sufficienti può essere disposto l'utilizzo delle risorse del Fondo nazionale di protezione civile, che verrà reintegrato con le maggiori entrate derivanti dall'aumento dell'aliquota sulla benzina, in misura non superiore a cinque centesimi al litro⁵⁶⁸.

Una disposizione, questa, chiara e quasi emblematica espressione proprio di sussidiarietà fiscale rispetto ai rapporti tra Stato e Regioni, per quanto concerne il finanziamento delle emergenze.

⁵⁶⁶ A. DE SIANO, *Configurazione dell'interesse pubblico e determinante finanziaria*, Giappichelli, Torino, 2008, 138.

⁵⁶⁷ A. PIRAINO, *Linee per l'attuazione dell'art. 119 Cost.*, in *www.federalismi.it* secondo cui il vero salto di qualità che si realizza con il federalismo fiscale consiste nel fatto che esso consente la riunificazione del potere di imposizione tributario con quello di rappresentanza e di spesa, permettendo così l'assunzione di decisioni politiche responsabili “perché l'elettore vota per chi lo tassa e controlla il modo in cui sono impiegate le risorse prelevate con la tassazione”. Alla luce di ciò, il c.d. policentrismo finanziario viene visto come il modo migliore per realizzare “la saldatura della rappresentanza politica e della responsabilità politica, secondo il principio classico anglosassone *no taxation without representation*, per il quale non ci può essere tassazione se non c'è l'aggancio immediato con la responsabilità diretta di chi chiede (impone) ai cittadini sacrifici finanziari, al fine di attuare un qualche programma”.

⁵⁶⁸ Art. 2-*quater* della legge n. 10/2011, *cit.*

Ed ancora, le ordinanze di cui alla legge n. 225 debbono essere emanate di concerto, relativamente agli aspetti di carattere finanziario, con il Ministero dell'Economia e delle Finanze⁵⁶⁹.

E' dunque chiara la "stretta" sulle spese che derivano dagli interventi di protezione civile o comunque dagli interventi effettuati da commissari straordinari, in qualunque modo denominati, autorizzati alla gestione di fondi statali. Ed è altresì chiara la volontà di responsabilizzare maggiormente le Regioni e gli enti locali, spesso assai disinvolti nel reclamare dal Governo la dichiarazione dello stato di emergenza.

In questo senso può dunque osservarsi una coincidenza tra le esigenze di risparmio nella spesa per le emergenze ed le esigenze di controllo sugli atti e i soggetti delle amministrazioni straordinarie. Laddove tuttavia sono chiaramente le esigenze di risparmio ad aver trainato le seconde, traducendo in termini normativi la necessità di quel maggiore controllo da tempo auspicato in dottrina.

Si assiste così al fenomeno per cui sono ragioni finanziarie a dare la spinta a riforme necessarie secondo il diritto costituzionale.

⁵⁶⁹ Art. 2-*quiquies* della legge 10/2011, *cit.*

Capitolo III

LA AUTO-AMMINISTRAZIONE (O AUTOGOVERNO) DELL'EMERGENZA:

UN INVOLONTARIO PROCESSO DI DEMOCRATIZZAZIONE

SOMMARIO: §. 1. L'interesse pubblico: una premessa. – §. 2. Il procedimento “ordinario” di configurazione e di rilevazione dell'interesse pubblico. – §. 2.1. *Segue.* Il problema della rilevabilità “in via originaria” dell'interesse pubblico sotteso alle situazioni di emergenza. – §. 2.2. *Segue.* Il problema della rilevabilità “in via originaria” dell'interesse pubblico “curato” dal principio di sussidiarietà verticale. – §. 3. Il principio/bisogno di elasticità della competenza e dell'organizzazione quale criterio ordinatore di nuove forme organizzative della pubblica amministrazione. Le deroghe ai parametri di cui agli artt. 97 e 118 Cost. – §. 4. Il sovvertimento dello schema classico “legittimazione dell'autorità-potere amministrativo”: la valorizzazione del rapporto fattuale tra autorità amministrativa, comunità degli amministrati e interesse pubblico. Il ruolo della determinante finanziaria. – §. 5. La auto-amministrazione (o autogoverno) dell'emergenza: un involontario processo di democratizzazione.

1.- L'interesse pubblico: una premessa.

E' opinione condivisa quella secondo cui l'organizzazione amministrativa si caratterizza innanzitutto per una valenza “statica” (il c.d. disegno organizzativo), ma presenta altresì un significato per così dire “dinamico” (vale a dire il processo organizzativo di cui un certo disegno costituisce il risultato). Pertanto, nell'ambito del descritto binomio possono richiamarsi differenti momenti, che concettualmente concorrono a comporre l'organizzazione complessivamente intesa: anzitutto, l'individuazione degli interessi sociali come interessi pubblici e la loro articolazione in termini di funzioni giuridiche (ossia, i poteri-doveri di curarli). In secondo luogo, l'allocazione di queste funzioni presso centri di interessi (in genere pubblici) destinati a farsene carico.

La superiore premessa metodologica non appare di poco momento ai fini dello studio che si sta conducendo. Se infatti - come si intende sostenere e come meglio si vedrà *infra* - la categoria socio-giuridica dell'emergenza conduce, anche per il tramite dell'applicazione del principio di sussidiarietà verticale, alla cura in via originaria di nuovi interessi pubblici in capo a preesistenti organi

rappresentativi istituzionalmente distribuiti sul territorio, ampliandone funzioni e competenze, occorrerà procedere dall'esame del procedimento di rilevazione dell'interesse pubblico per come delineato dalla dottrina ed affermatosi nella prassi, anche in ragione del flebile approfondimento che pare che all'argomento si sia riservato nel tempo⁵⁷⁰.

Ciò premesso, sempre sotto un profilo pregiudiziale, occorre chiarire che il modo d'essere e di funzionare dei centri di interesse pubblici individuati come riferimento si può ricondurre al c.d. "trinomio" dell'organizzazione: funzioni, allocazione delle stesse, strutture⁵⁷¹. Si procederà pertanto nel descritto ordine all'esame delle eventuali novità causate ed indotte dall'insinuazione del concetto di emergenza nell'organizzazione amministrativa, e più in particolare -avendo riservato nei capitoli precedenti ampio spazio alla specifica questione delle strutture- all'esame delle prime due fasi (funzioni ed allocazione delle funzioni).

Innanzitutto, può definirsi interesse pubblico quello che la legge qualifica come tale. Così, gli interessi pubblici sono o possono essere individuati da norme giuridiche, che li propongono all'attenzione dell'organo che si accinge a fare uso del potere discrezionale; altri interessi possono non essere preventivamente determinati e, tuttavia, essere di fatto collegati con l'interesse pubblico da curare, e per l'effetto essere percepiti in quanto tali dall'organo agente⁵⁷². L'interesse pubblico, poi, non si identifica necessariamente con l'interesse "dei più", potendo anche coincidere con l'interesse di piccole e circoscritte parti della collettività,

⁵⁷⁰ Appaiono relativamente pochi i contributi che trattano il tema dell'interesse pubblico: cfr. F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi ed., Bologna, 1996, I, 243 ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, 1972, 1 ss.; E. CARDI, *Le manifestazioni di interesse nei procedimenti amministrativi*, 1983; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi*, Cedam, Padova, 1999; L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 274 ss.; A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1972, 56 ss.; A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Giappichelli, Torino, 1988; M. R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti: gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, Giannini, Napoli, 1996; M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit., 907 ss.

⁵⁷¹ G. SCIULLO, *La semplificazione dell'organizzazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, vol. I, 413 ss.

⁵⁷² G. BARONE, voce *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Treccani, Roma, 1989, 16.

che il legislatore ha comunque ritenuto rilevante perseguire elevandolo ad interesse pubblico⁵⁷³.

Quella di interesse pubblico si rivela pertanto fin da subito nozione complessa, dovendosi passare, ai fini della sua compiuta individuazione, perlomeno attraverso due fasi concettualmente ben distinte, finalizzate a definire, l'una, la identità in astratto, l'altra, per così dire, la entità in concreto⁵⁷⁴.

Nella Costituzione repubblicana, si possono riferire all'individuazione degli interessi pubblici: le disposizioni in tema di libertà, diritti e doveri dei cittadini presenti nella Parte I; il principio di eguaglianza sostanziale menzionato dall'art. 3 co. 2; le materie contenute nell'art. 117, dal momento che i predetti principi pongono le premesse per un consistente intervento del legislatore nella configurazione di interessi pubblici da affidare in cura a strutture amministrative⁵⁷⁵. Ancor più chiaramente, è stato affermato che la creazione ed il mantenimento di un vasto apparato pubblico costituisce la risultante, in larga misura "necessitata", dell'impronta sociale che connota la Costituzione repubblicana⁵⁷⁶.

E' stato poi rilevato⁵⁷⁷ che l'attuale molteplicità ed eterogeneità degli interessi pubblici rende molto complicato il tema della loro configurazione, soprattutto se questo si rapporta al relativo procedimento di identificazione/concretizzazione per come sviluppatosi dapprima nel secolo XVIII, durante il quale "gli interessi pubblici sono quelli che si assume lo Stato o che le leggi dello Stato attribuiscono agli enti pubblici minori come i Comuni. Tutti gli altri interessi sono privati"⁵⁷⁸. In altri termini, tre secoli fa gli interessi vivevano una dicotomia molto netta: interessi privati, da un lato, e interesse pubblico identificabile nell'interesse di tutta la collettività, dall'altro.

Il successivo avvento degli Stati "pluriclasse", i quali recano al proprio interno una società particolarmente complessa, ha comportato che gli interessi

⁵⁷³ A. DE SIANO, *op. cit.*, 180.

⁵⁷⁴ L'espressione è di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. cit.*, 100.

⁵⁷⁵ G. SCIULLO, *La semplificazione dell'organizzazione*, cit., 415.

⁵⁷⁶ G. CORSO, *Perché la "complicazione"?*, in *Nuove autonomie*, 2008, 326 ss.; G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2000, 94.

⁵⁷⁷ A. DE SIANO, *op. cit.*, 180.

⁵⁷⁸ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 41.

degni di essere curati dallo Stato divenissero tantissimi, peraltro non di rado ponendosi in conflitto tra di loro. E proprio la problematica evoluzione della configurazione dell'interesse pubblico costituisce "il settore in cui più è visibile il passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato contemporaneo", nel cui contesto "qualunque interesse è qualificabile come pubblico se è assunto fra quelli a cui provvede un ente pubblico", vigendo dunque ai fini della qualificazione di un interesse come pubblico un mero "principio nominalistico"⁵⁷⁹. Oltre al predetto metodo, non sembravano esistere criteri certi per la qualificazione degli interessi come pubblici, sussistendo in merito invero, sia consentito affermarlo, uno stato di confusione dal quale conseguì la difficoltà di assicurare per gli interessi pubblici definiti tali una tutela adeguata⁵⁸⁰.

Prima di procedere con la descrizione, sia pur sintetica, delle fasi propedeutiche alla identificazione ed alla concretizzazione dell'interesse pubblico, occorre svolgere alcune ulteriori considerazioni relativamente all'evoluzione della teoria dell'interesse pubblico soprattutto in rapporto all'evolversi ed al moltiplicarsi dei bisogni della collettività, da un lato, ed al rapporto problematico - ancora una volta - intercorrente tra legge ed amministrazione, dall'altro.

Innanzitutto, è stato correttamente osservato che il collegamento dell'amministrazione alla comunità ed alle sue esigenze produce rilevanti conseguenze sul piano della organizzazione amministrativa⁵⁸¹. Già Massimo Severo Giannini constatava, sul punto, che con il passare del tempo si assiste ad un esponenziale arricchimento degli obiettivi e delle manifestazioni dell'azione

⁵⁷⁹ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 43-44.

⁵⁸⁰ A tal proposito M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 45, ribadisce la difficoltà di identificazione dell'interesse pubblico, affermando che "la indeterminazione degli interessi pubblici presenta ... aspetti fortemente negativi per i componenti le collettività generali, quali la suddivisione tra pubblici poteri della cura di medesimi interessi (onde il non sapere a chi rivolgersi e il doversi rivolgere a più autorità), il sezionamento di un interesse pubblico in più parti aventi connotazione meramente legalistica (onde conflitti nelle attività di cura di esso), la pluriqualificazione di interessi, ossia il fatto che essi possono essere insieme pubblici in quanto affidati ad ente pubblico o ad organo di ente curatore di più interessi, collettivi in quanto vi sia altro ente che ne sia portatore, e privati in quanto per determinati soggetti privati costituiscono beni della vita".

⁵⁸¹ A. TIGANO, *Premesse per uno studio su: pluralismo amministrativo e legittimazione a resistere*, in *Scritti per Enzo Silvestri offerti dagli allievi*, Milano, Giuffrè, 1992, 553 ss.

amministrativa⁵⁸², e ciò principalmente perché alla ricchezza ed alla varietà degli aspetti della comunità corrisponde sul piano sociale una accresciuta richiesta di interventi da parte dell'amministrazione⁵⁸³.

In corrispondenza di quanto sopra -nonché della tendenza della legge a presentarsi anziché come struttura che interviene per definire una conflittualità, come criterio ordinatore del confronto dialettico fra istanze sociali in contrapposizione⁵⁸⁴-, lo stesso concetto di potere amministrativo subisce una significativa evoluzione, nel senso che la cura del pubblico interesse viene riportata più alla funzione di composizione degli interessi presenti nella comunità nelle sue varie articolazioni (compresi, quindi, quelli non attribuiti in cura ad alcun centro di azione ma aventi rilevanza sociale⁵⁸⁵) che alla disciplina giuridica delle posizioni soggettive, tramite il provvedimento⁵⁸⁶.

Appare perfettamente consequenziale, così, la circostanza dell'avvenuta riduzione dei margini di differenza tra legge ed amministrazione, soprattutto in ragione del fatto che la prima ha progressivamente rinunciato⁵⁸⁷ ad assolvere un compito - che d'altronde in astratto le spetterebbe - per così dire di regolazione, ed ha piuttosto limitato il proprio intervento principalmente: 1) alla qualificazione degli interessi; 2) alla organizzazione ed alla disciplina dell'attività per il rilevamento; 3) ed infine, alla composizione di tali interessi⁵⁸⁸.

Nella descritta prospettiva, il superamento della storica contrapposizione tra Stato e società (tipica dello Stato liberale) in connessione con il passaggio da un'amministrazione autoritativa ad una definita sociale ed erogatrice di servizi,

⁵⁸² M. S. GIANNINI, *Il potere pubblico*, Bologna, 1986, 115 ss.

⁵⁸³ Osserva, in proposito, E. SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1956, 4, che il principio al quale si ispira la nuova Costituzione è "la priorità dei fini sociali rispetto agli interessi economici".

⁵⁸⁴ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 282-283.

⁵⁸⁵ Un'ampia ed interessante trattazione di questa problematica in A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo ed interessi sociali*, Torino, 1988, 69 ss.

⁵⁸⁶ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione*, cit., 281 ed *ivi*, cit., 165.

⁵⁸⁷ U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 207 ss.

⁵⁸⁸ Sul punto, G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985, 16, ha correttamente osservato che "la legalità diviene, di conseguenza, in sempre più estesi settori dell'azione pubblica, non tanto garanzia dell'attuazione degli interessi generali predeterminati dalla legge, nei limiti della compressione delle situazioni soggettive del privato dalla stessa consentita, ma del rispetto dei moduli procedurali di attuazione del potere".

ha avviato un processo di “socializzazione” dell’amministrazione diretto ad assicurare l’apertura di quest’ultima alle varie istanze presenti nella comunità. Così, in una società che è stata definita “frammentata”⁵⁸⁹ mutano profondamente le modalità di rilevamento e di determinazione dell’interesse pubblico⁵⁹⁰.

L’interesse pubblico è adesso visto non più come una “utilità data”, ma piuttosto come una entità da ricercare⁵⁹¹, attraverso un processo di composizione ed a volte anche di compromesso che implica una serie di operazioni di varia natura miranti a risolvere i conflitti tra una pluralità di interessi, tutti astrattamente qualificati come pubblici⁵⁹².

Spingendoci ancora oltre nell’intrapresa analisi, è stato osservato che l’ambito degli interessi da prendere in considerazione e da comporre finisce per trascendere l’area della persona giuridica⁵⁹³. La produzione viene cioè percepita come svolgimento dell’attività di una pluralità di centri di azione operanti in ragione della titolarità dei vari interessi coinvolti nel procedimento e per effetto del carattere doveroso ed immanente della funzione amministrativa⁵⁹⁴ e, quindi, non quali strumenti “di una ipotetica persona giuridica”⁵⁹⁵.

Sono le esigenze della produzione, pertanto, che in qualche modo si proiettano sull’organizzazione, provocando la costituzione di rapporti e di collegamenti che fanno intravedere il profilo di un complesso organizzativo autonomo, non inscrivibile integralmente in alcuna persona giuridica. Sul punto, la dottrina ha da tempo segnalato l’influenza che il criterio di adeguatezza (dei mezzi al fine) esercita sulla organizzazione oltre che sulla attività, rilevando in particolare che l’organizzazione si modella sugli interessi che deve curare e che

⁵⁸⁹ M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 392; G. BERTI, *Dalla unilateralità alla consensualità nell’azione amministrativa*, in AA.VV., *L’accordo nell’azione amministrativa*, MASUCCI (a cura di), in *Formez, Rona*, 1988, 16. I conflitti tra interessi pubblici aventi pari dignità di tutela giuridica si realizzano non solo per la moltiplicazione dei soggetti pubblici titolari di poteri autonomi, quanto piuttosto per la pluralità degli interessi da tutelare in una società frammentata.

⁵⁹⁰ AA.VV., *L’amministrazione della società complessa (a cura di Amato e Marongiu)*, Bologna, 1982.

⁵⁹¹ Così A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, 1964, 76-77; E. CANNADA-BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XII, 7 ss.

⁵⁹² A. TIGANO, *Premesse per uno studio*, cit., 554.

⁵⁹³ Sulle ragioni della crisi che ha investito il binomio organizzazione-persona giuridica statale, per effetto della “pluralizzazione” dello Stato-amministrazione, A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986, 292 ss.

⁵⁹⁴ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione*, cit., 70.

⁵⁹⁵ Così G. BERTI, *Il “rapporto amministrativo”*, cit., 70.

anche l'azione si svolge secondo moduli adeguati alle circostanze⁵⁹⁶. La natura strumentale dell'organizzazione, addebitabile al criterio dell'adeguatezza ed al principio del buon andamento⁵⁹⁷ è comune, in virtù del medesimo principio, anche al procedimento amministrativo, come si può intuire procedendo dalla considerazione secondo cui quest'ultimo, oltre che forma dell'attività, è al tempo stesso coordinazione di uffici e di interessi⁵⁹⁸.

In accoglimento di una visione più articolata e completa dell'azione amministrativa, è stato affermato che è proprio la natura degli interessi da curare a plasmare l'organizzazione amministrativa. Questa, infatti, nella sua concreta configurazione, dipende dal tipo di interessi ai quali deve provvedere⁵⁹⁹.

La necessaria aderenza alle istanze sociali ed alla varietà degli interessi, così come influenza la qualificazione della discrezionalità, per il valore necessariamente finalistico e funzionale del comportamento, allo stesso modo incide sulla organizzazione, senza che, tuttavia, il carattere strumentale che questa viene ad assumere sia interpretabile come “mero asservimento della stessa all'attività sostanziale di soddisfazione dei fini e degli interessi”⁶⁰⁰.

La costituzione di tali collegamenti, pertanto, deve rispondere a precisi criteri. Il pluralismo istituzionale pone, infatti, in termini di necessità la soluzione del problema del riconoscimento della “alterità reciproca (se non della pari dignità) delle configgenti istanze sociali che convergono nell'apparato e nell'azione dei pubblici poteri”⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, 1966, 85 ss. e 117 ss.

⁵⁹⁷ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 349 ss.

⁵⁹⁸ S. VALENTINI, *Osservazioni in tema di procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 125 ss. Sul punto, I.M. MARINO, *Autonomie e democrazia - Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Nuove autonomie*, 2007, 197 ss., spec. 204, osserva che “il procedimento afferma di per sé le esigenze di differenziazione: è esso stesso un momento unico di costruzione concreta dell'interesse pubblico: il procedimento realizza, rende effettivo il confronto fra gli interessi individuali del comune cittadino e gli interessi delle comunità, anzitutto le comunità più vicine al cittadino, quelle rispetto a cui il confronto di interessi è realmente possibile”. Ancora, sulla configurazione “procedimentale” dell'interesse pubblico si vedano G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La persistente rilevanza del ruolo dell'interesse pubblico dopo la L. 15/2005 e la sua effettiva consistenza*, cit., e M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, entrambi in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2005, 335 ss. e 357 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione - La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996.

⁵⁹⁹ E. SILVESTRI, *L'attività interna*, cit., 27 ss.; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, cit., 31.

⁶⁰⁰ A. TIGANO, *op. cit.*, 556.

⁶⁰¹ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione*, cit., 226.

Sotto questo profilo, il pluralismo dell'organizzazione pubblica determina peraltro l'insorgere - come già visto a proposito delle nuove forme organizzative nell'amministrazione dell'emergenza⁶⁰² - di una istanza di coordinamento.

2.- Il procedimento “ordinario” di configurazione e di rilevazione dell'interesse pubblico.

Ciò premesso, la prima fase del procedimento di configurazione dell'interesse pubblico, quella di definizione in astratto, da svolgersi da parte di un soggetto pubblico dotato di autonomia politico-amministrativa, è integrata, secondo i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., dalla partecipazione al procedimento amministrativo dei soggetti a ciò legittimati e vede coinvolti tutti i soggetti componenti la Repubblica ai sensi dell'art. 114 Cost., cioè non solo lo Stato, bensì tutti gli enti territoriali in quanto enti a fini generali titolari anch'essi dotati di autonomia politico-amministrativa. E' pertanto un dato ormai pacifico quello secondo cui tutti i pubblici poteri elencati nell'art. 114 Cost. hanno la capacità di individuare i bisogni dei rispettivi cittadini e di trasformarli in fini da assumere nella propria cura⁶⁰³.

Il procedimento di definizione “in astratto” dell'interesse pubblico si compone così di tre momenti principali:

⁶⁰² A proposito della letteratura esiste sull'istituto del coordinamento v. la superiore nota 462 (Cap. II, Sez. III, §. 3.1.).

⁶⁰³ Lo rileva A. DE SIANO, *op. cit.*, 182 ss., il quale aggiunge che “il dato costituzionale a supporto di questa “partecipazione allargata” alla fase di identificazione dell'interesse pubblico è da rinvenirsi nell'art. 5 e nelle norme del Titolo V, Parte II, della Costituzione, dalla cui analisi emerge piuttosto nitidamente che l'interesse pubblico dovrebbe “essere identificato ... ad opera dell'insieme plurale dei pubblici poteri: dallo Stato sì, a unitamente alle autonomie territoriali”. Ciò in diretta conseguenza del fatto che la disciplina costituzionale nata nel 1948, nell'affermare che “la sovranità appartiene al popolo (rendendo quest'ultimo elemento costitutivo dei quattro diversi livelli di governo che di esso sono esponenziali), ha reso gli enti territoriali “co-detentori della sovranità nazionale, insieme allo Stato”. Le considerazioni riportate tra virgolette appartengono invece a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico ed altri saggi*, Cedam, Padova, 1999, 118-120, che a sua volta si chiede quale sia il limite sostenibile di autodeterminazione delle comunità locali senza che si pregiudichi la volontà delle corrispondenti comunità di raggio geografico più ampio. Ebbene, egli osserva che gli enti territoriali debbono “rivedere i propri obiettivi, contenendoli, laddove questi si pongano in conflitto con quelli delle più ampie comunità alle quali le comunità locali facciano capo. Ciò nonostante, si presenta quale imprescindibile esigenza di democrazia riconoscere alle comunità locali degli ambiti di decisione esclusiva tali da consentire loro di poter comunque controbilanciare, in via fisiologica, la naturale maggior forza del potere regionale e statale”.

a) il riconoscimento, che passa attraverso una delicata opera di selezione tra interessi simili e/o tra loro in contrasto -nella quale si assiste all'influenza di cc.dd. gruppi di pressione politici, sociali ed economici- di un interesse che si ritenga "degno" di cura pubblica;

b) l'individuazione di un soggetto pubblico (già esistente o appositamente creato) che viene preposto alla cura dell'interesse;

c) l'attribuzione a tale soggetto organizzato di poteri amministrativi funzionalizzati alla cura dell'interesse.

Successivamente alla identificazione dell'interesse pubblico, vi è la fase della sua concretizzazione, che nel suo svolgimento appare forse meno complessa della prima. In questa parte della descritta scansione procedimentale sembrano militare, sempre a favore della compartecipazione di tutti i soggetti pubblici di cui all'art. 114 Cost. alla configurazione dell'interesse pubblico, come meglio si vedrà *infra*, da un lato l'avvenuta tipizzazione del principio di sussidiarietà come principio di organizzazione finalizzato alla allocazione della funzione amministrativa, nonché dall'altro l'attribuzione in via generale della predetta funzione ai Comuni.

In questa seconda fase, in buona sostanza, il soggetto agente rende attuale, in una singola e concreta fattispecie - per il tramite dell'esercizio procedimentalizzato del potere - l'astratta previsione normativa. A tal proposito, sembra pacifico che l'opera di identificazione in concreto dell'interesse pubblico spetti in genere direttamente alla pubblica amministrazione, la quale, contemperando discrezionalmente gli interessi interagenti in ciascuna fattispecie, determina l'assetto più opportuno di questi, adottando la decisione (potenzialmente) in grado di perseguire l'interesse pubblico specifico, e nel rispetto del principio di proporzionalità "sacrificando" il meno possibile sull'altare di quest'ultimo gli interessi secondari.

Alla concretizzazione dell'interesse pubblico partecipano in maniera sempre più significativa (così da coadiuvare l'azione autoritativa della p.a.) i soggetti che hanno la facoltà di intervenire nel procedimento amministrativo. Questi, invero, essendo dotati di strumenti idonei a rendere rilevante (a volte

decisiva) l'incidenza del loro intervento sulla scelta discrezionale dell'amministrazione, hanno di riflesso la capacità di condizionare l'identificazione in concreto dell'interesse pubblico specifico.

In definitiva, l'attribuzione delle funzioni amministrative in via generale al Comune ed in via sussidiaria alle altre autonomie territoriali e, solo da ultimo, allo Stato, sembra consentire di affermare che, almeno limitatamente al novero degli enti territoriali, il compito di concretizzare l'interesse pubblico è divenuto quasi di competenza esclusiva del livello di governo più vicino al cittadino.

2.1.- *Segue.* Il problema della rilevabilità “in via originaria” dell'interesse pubblico sotteso alle situazioni di emergenza.

L'interrogativo che occorre porsi a questo punto è se a fronte di una situazione di emergenza sussista un interesse pubblico tale da giustificare una incisione dell'assetto organizzativo così profonda e generalizzata come quella in atto nel nostro sistema⁶⁰⁴.

E' stato (forse, opinabilmente) rilevato che non esiste uno specifico interesse pubblico alla gestione dell'emergenza, distinto ed autonomo dagli interessi normalmente curati dalle pubbliche amministrazioni⁶⁰⁵.

Nella teorizzazione di Marco Bombardelli, si tratta pressoché esclusivamente di interessi, come la vita e l'incolumità personale, la salute, l'ambiente, l'abitazione, la pubblica sicurezza, preesistenti all'evento straordinario e normalmente già affidati alla cura di più e differenti, determinati soggetti pubblici, chiamati contestualmente ad occuparsene o in modo “parallelo” in relazione a diversi ambiti territoriali di riferimento, omogenei tra loro (i diversi Comuni, le Aziende Sanitarie etc.), oppure in modo “interdipendente”, in relazione cioè a diversi “gradi” ed a diverse dimensioni in cui assume rilevanza l'interesse della collettività (che appunto viene curato a livello locale, a livello nazionale, a livello comunitario etc.). La situazione di emergenza si limiterebbe, secondo l'Autore, ad imporre modalità diverse di

⁶⁰⁴ S. D'ANTONIO, *Organi straordinari e amministrazione dell'emergenza*, cit., 212.

⁶⁰⁵ M. BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in AA.VV., *Annuario 2005*, cit., 179 ss., in particolare 184-187.

protezione di interessi già perseguiti, in quanto adeguate a fronteggiare una minaccia imminente, eccezionale e non prevista⁶⁰⁶.

In altre parole, l'estensione, la gravità, l'imminenza del pericolo al quale sono esposti i beni da tutelare può rendere necessaria una maggiore rapidità di azione⁶⁰⁷, un maggior numero di interventi, il coinvolgimento di una molteplicità di soggetti pubblici o l'interazione tra diversi livelli territoriali di governo. In questo senso, si potrebbe affermare che quando si verifica un'emergenza, pur restando invariati gli interessi da curare, aumenta la complessità dell'attività amministrativa perché cresce l'interdipendenza tra le singole azioni e le singole competenze, il che rende urgente un coordinamento rapido, dinamico ed efficace.

L'eccezionalità può derivare dall'inusualità dell'evento, rispetto alla quale i soggetti ordinariamente competenti non dispongono di procedure collaudate per farvi fronte, o dalla inusualità della sua estensione, rispetto alla quale i soggetti che potrebbero farvi fronte in un certo ambito non sono in grado di fronteggiare le ripercussioni derivanti dall'estensione dell'evento in ambiti non abitualmente affidati alla loro competenza.

Quel che è certo è quindi che l'insorgere di una emergenza rende più complessa la cura di un interesse e rende più difficile approntare i beni della vita in cui finisce per concretarsi il risultato dell'attività dell'amministrazione. Questa difficoltà deriva sia dal fatto che ognuno dei soggetti coinvolti nell'emergenza vede diventare incerto lo scenario in cui esercitare la competenza che gli è propria, e viene quindi chiamato ad operare in modo dinamico per adattare la propria competenza alla variabilità delle situazioni a cui concretamente essa si riferisce, sia dal fatto che nell'emergenza diventa maggiore l'interdipendenza dei soggetti a cui è affidata la cura dei diversi interessi da essa coinvolti, il che fa aumentare per gran parte di essi la quota di risorse controllate che servono agli altri per il perseguimento dei propri obiettivi istituzionali.

In relazione all'interesse tutelato la situazione di emergenza può quindi operare almeno in due modi, spesso congiunti: può richiedere tempi più rapidi e

⁶⁰⁶ M. BOMBARDELLI, *op. ult. cit.*, 184-185.

⁶⁰⁷ Cfr. Cons. St., sez. V, 2 aprile 2001, n. 1904; Cons. St., sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6624 ; Cons. St., sez. V, 2 aprile 2003, n. 1678.

modalità più dinamiche del solito per operare in modo efficace per la sua cura; può far dipendere in modo più stringente la soddisfazione di quell'interesse da quella di altri interessi ad esso connessi e quindi richiedere interventi diversi e su scala più ampia, che possono avere una complessità maggiore.

Ciò fa aumentare i casi di scissione fra la titolarità della cura di un interesse e la competenza formale di svolgere l'attività necessaria direttamente o indirettamente per la sua cura e, in modo corrispondente, i rischi connessi al fatto che il soggetto titolare di tale competenza non sia attrezzato per agire o non si attivi. Con questo, aumenta anche la possibilità che si creino situazioni di inerzia che possono nuocere alla soddisfazione dell'interesse curato in emergenza e diventa maggiore l'esigenza di utilizzare rimedi come l'intervento sostitutivo, diretti a colmare la lacuna lasciata aperta dall'inerzia e quindi ad assicurare la soddisfazione dell'interesse che viene compromesso da quest'ultima.

Pertanto, la situazione di emergenza fa sì che il soggetto titolare di un interesse si trovi a dipendere dall'attività di un altro soggetto per la sua attuazione, che si produca una situazione di urgenza per cui l'inerzia di questo secondo soggetto può essere pregiudizievole per l'interesse in gioco e che quindi per rimediare si renda necessario l'intervento sussidiario e non necessariamente sostitutivo⁶⁰⁸.

Si tratta di una cartina di tornasole⁶⁰⁹ molto rilevante dei movimenti di assestamento in corso, poiché ultimamente gli emergenti fenomeni di rischio e connessa prevenzione determinano giocoforza il coinvolgimento di altri interessi pubblici e soggetti istituzionali intestatari degli stessi.

L'emergenza non introdurrebbe dunque un interesse nuovo, ma determinerebbe il fenomeno, attorno ad un'unica ma complessa situazione fattuale, della moltiplicazione e coagulazione di interessi pubblici, richiedendo pertanto l'approntamento di differenti modalità per dare soddisfazione a questi ultimi che non possono essere soddisfatti con il solo intervento

⁶⁰⁸ Ciò perché condivisibilmente, secondo S. D'ANTONIO, *op. ult. cit.*, "non ogni emergenza richiede la sostituzione, ma solo quella in cui il soggetto ordinariamente competente non è in grado di agire tempestivamente per affrontarla".

⁶⁰⁹ L'espressione è di G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., 19.

dell'amministrazione che li cura in via ordinaria, ma richiedendo che questa entri in relazione con le altre amministrazioni e con le altre unità organizzative, dando vita ad una dinamica che è stata per questo motivo definita di tipo reticolare⁶¹⁰.

2.2.- Segue. Il problema della rilevabilità “in via originaria” dell’interesse pubblico “curato” dal principio di sussidiarietà verticale.

Perché si possa pervenire ad una corretta composizione delle questioni che sono state messe in campo, alla disamina testé effettuata (rilevabilità in via originaria dell’interesse pubblico sotteso alle situazioni di emergenza) occorre adesso affiancare l’ulteriore specifico caso della eventuale suscettività per la sussidiarietà verticale di farsi direttamente “levatrice” degli interessi meritevoli di cura, in parziale deroga all’ordinario procedimento di configurazione.

La riflessione si colloca, come è evidente, nella fase della allocazione delle funzioni (intesa cioè come il momento dell’organizzazione che collega le funzioni agli apparati), e sul punto si può innanzitutto osservare che i principi costituzionali di autonomia e di decentramento (art. 5), di sussidiarietà -verticale e orizzontale-, adeguatezza e differenziazione (art. 118), e quelli di responsabilità degli amministratori e degli agenti amministrativi (artt. 95, 97, 28, 54 e 98), hanno progressivamente attuato un riparto di funzioni fra i soggetti di amministrazione (esistenti o costituiti per l’occasione) improntato a criteri di complessiva razionalità o comunque tale da assicurare l’esercizio delle funzioni in termini di ottimale efficacia ed efficienza⁶¹¹. Come è noto, la Costituzione dedica al tema soprattutto la disposizione di cui al citato art. 118, ivi contemplando come razionali criteri allocativi i principi di sussidiarietà (verticale e orizzontale), di adeguatezza e di differenziazione.

Ciò premesso, la già accennata questione della suscettività per la sussidiarietà verticale di farsi direttamente “levatrice” degli interessi meritevoli di cura appare problematica perché tradizionalmente si è ritenuto che il principio di sussidiarietà rivestirebbe nel nostro ordinamento in realtà un valore più

⁶¹⁰ M. BOMBARDELLI, *op. ult. cit., passim*.

⁶¹¹ G. ROSSI, *Introduzione*, cit., 94 ss.

descrittivo e formale che indicativo e sostanziale, avuto riguardo in particolare alla distribuzione delle competenze tra amministrazione centrale e amministrazione locale.

Più in particolare ancora, la sussidiarietà indicherebbe nient'altro che un criterio di massima afferente all'ottimale funzionamento di un predefinito riparto di competenze tra i diversi enti pubblici, ma non arriverebbe a determinare *ex ante* ed in concreto quali siano gli interessi che possono essere curati a livello locale e quali invece quelli che devono essere curati a livello statale. Ancora, è stato osservato che nel contesto delle competenze concorrenti il principio di sussidiarietà non opererebbe alcuna attribuzione formale e definitiva di competenze, non determinando, così, alterazioni al quadro generale delle stesse⁶¹².

Quel che è certo è che la selezione dell'interesse, come anche visto nel paragrafo precedente, appare inevitabilmente connotata da un elevato tasso di soggettività, che finisce per incrinare “l'apparente purezza e metodicità del canone in discussione, che pertanto non è assoluto né autosufficiente”⁶¹³, ma necessita di essere corroborato da altri e differenti criteri di organizzazione.

A detta di alcuni, ciò sarebbe addirittura impossibile perché sottenderebbe valutazioni che esulano dal piano giuridico e che investono quello politico-istituzionale. Pertanto, si riteneva che il principio di sussidiarietà descrivesse quale fosse l'*optimum*, senza scendere nel dettaglio; in questo senso appare essere un principio “elastico”, in quanto descrive in quale modo i rapporti tra gli enti di governo della comunità statale e locale debbano essere strutturati e perché possono avere diverso contenuto a seconda delle scelte di valore compiute, e come tale non possiederebbe una valenza “assoluta”⁶¹⁴.

Soccorrono però, a questo punto, le regole organizzative elaborate per il funzionamento delle amministrazioni dell'emergenza.

⁶¹² G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 70.

⁶¹³ L. IEVA, *Riflessioni*, cit., 92.

⁶¹⁴ L. IEVA, *op. ult. cit.*, 92.

Così, nel particolare caso della nomina di Commissari delegati da parte del Servizio nazionale della Protezione civile con attribuzione a questi di poteri *extra ordinem*, sembrerebbe venir meno il predetto “minicomplesso” di regole (che cioè nel campo della sussidiarietà nega la individuazione a monte di un interesse pubblico meritevole di cura), ed invece, sempre tenendo a mente la sopradescritta scansione procedimentale di configurazione dell’interesse pubblico, se normalmente è agevole collocare l’intervento della sussidiarietà in quella che potremmo definire la terza fase, dell’equilibrato e solidale funzionamento di competenze amministrative preventivamente distribuite, si potrebbe concludere che nel caso dei poteri straordinari emergenziali la rilevazione dell’interesse pubblico - che come appena visto è in concreto esercitabile proprio grazie al meccanismo della sussidiarietà verticale (e non della sostituzione, su cui *infra*) - anticiperebbe la sua operatività addirittura alla prima fase della definizione in astratto dell’interesse, nel cui contesto innanzitutto si scrutinerrebbe *ex novo* l’interesse, ed immediatamente a seguire si attribuirebbe la cura di quello stesso interesse selezionato al soggetto pubblico, frattanto individuato, ritenuto maggiormente adeguato al fine precipuo.

Ciò accade, a ben guardare, in entrambi i principali casi presi in esame nel corso del presente studio, e cioè *in primis* nel caso dell’attuazione in via sussidiaria del programma di un ente locale da parte di una differente autorità di promanazione statale all’uopo individuata (normalmente, il Prefetto); in secondo luogo, nell’ipotesi dell’ampliamento delle attribuzioni riservate agli organi istituzionali rappresentanti di una determinata comunità locale.

Ancorché in via eccezionale, pertanto, si può concludere che al ricorrere di situazioni di emergenza l’interesse pubblico ad esse sotteso è rilevabile in via originaria grazie al funzionamento del principio di sussidiarietà verticale.

3.- Il principio/bisogno di elasticità della competenza e dell’organizzazione quale criterio ordinatore di nuove forme organizzative della pubblica amministrazione. Le deroghe ai parametri di cui agli artt. 97 e 118 Cost.

Stando così le cose, le conseguenze non appaiono di poco momento anche sul campo della competenza e della organizzazione.

Osservava Franco Pugliese che “un nuovo senso di responsabilità nell’amministrazione tende a prendere il posto della declinante competenza”⁶¹⁵. E’ stato altresì rilevato che “la facoltà di crearsi gli organi nelle cui funzioni il suo scopo si realizza” è naturale attributo dell’esecutivo “come potenza morale, viva e reale”⁶¹⁶; o, ancora, è un vecchio principio di diritto amministrativo che le autorità amministrative sono autorizzate -ed obbligate- ad assumere nella loro sfera di competenza “tutte le disposizioni organizzatorie che sono necessarie all’adempimento delle finalità attribuite”, e questo è tanto più vero oggi che l’amministrazione ha bisogno di una certa “elasticità organizzatoria” per far fronte alle sempre mutevoli esigenze che essa deve soddisfare⁶¹⁷. Queste parole sono in certi casi piuttosto risalenti nel tempo, ma si rivelano quanto mai straordinariamente attuali, e peraltro sembrano potersi addire alla ricostruzione che si intende portare a compimento.

In particolare, la necessità che l’organizzazione amministrativa (ordinariamente predeterminata per legge nelle sue attribuzioni) lasci il passo a nuovi assetti competenziali più che altro dipendenti da un differente criterio di allocazione rispetto a quello *stricto sensu* normativo (anche in nome, per riprendere il pensiero di Pugliese, del “senso di responsabilità” cui le amministrazioni devono ispirarsi nella concreta ed efficace soddisfazione dei “nuovi” interessi pubblici, unitamente alla opportunità di creare di nuove e più adeguate forme organizzative), consentono forse di affrontare con la necessaria forza argomentativa la questione delle possibili deroghe ai principi di cui agli artt. 97 e 118 Cost., nonché al principio di democrazia, probabilmente perpetuate dallo “spostamento” della competenza a sua volta causato dal verificarsi delle situazioni di emergenza.

⁶¹⁵ F. PUGLIESE, *Per amministrare la felicità: dalla lex al νομος*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, 1780.

⁶¹⁶ S. SPAVENTA, *La ricostituzione del Ministero di agricoltura, industria e commercio (discorso alla Camera dei deputati nella tornata del 4 giugno 1788)*, in *La politica della Destra*, Bari, 1910, 269, ed anche CAMMEO, *La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato Orlando, III*, Milano, 158.

⁶¹⁷ FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, I, Berlin, 1961, 381; PETOT, *Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administrative français*, in RDPu, 1965, 392.

Pertanto, per potersi giustificare una simile deroga occorre individuare un adeguato “grimaldello”, che a parere di chi scrive non può che essere la valorizzazione del c.d. “principio di elasticità o di puntualità dell’azione amministrativa”⁶¹⁸. Esso si manifesta a sua volta come una estrinsecazione degli enunciati di cui all’art. 97 Cost., che come è noto assegnano alle norme di organizzazione il compito di assicurare l’imparzialità e soprattutto, per quanto qui di interesse, il buon andamento della pubblica amministrazione. Il principio di elasticità è pertanto affermato correlativamente all’esigenza di disporre di mezzi giuridici adeguati, e quindi elastici, agli obiettivi da conseguire.

D’altronde, le ragioni storiche della scarsa aderenza tra competenza e concreta soddisfazione dell’interesse pubblico, già sommariamente analizzate lungo tutto il corso del presente studio, possono individuarsi in fenomeni come: la privatizzazione sostanziale degli enti (specie di quelli operanti nel campo economico); l’incremento della spesa pubblica negli anni passati; l’attuale consistenza del *deficit* pubblico; la ipertrofia legislativa, in quanto detti avvenimenti posseggono tutti il comune denominatore di aver determinato una contrazione degli apparati pubblici a sua volta collegata alla contrazione degli interessi pubblici.

A queste vicende si è paradossalmente reagito in un certo periodo con un nuovo interventismo pubblico, in particolare nei campi economico e sociale, che accrescendo le dimensioni delle strutture pubbliche ha effettivamente delineato una certa anelasticità di medio periodo della complessiva organizzazione amministrativa.

Ciò premesso, da un’analisi delle teorie sul principio di elasticità, non pare che questo sia stato fatto oggetto di adeguato approfondimento nel tempo da parte della dottrina, e pertanto, ci si trova principalmente a svolgere una esegesi delle illuminate pagine di Mario Nigro sull’argomento.

⁶¹⁸ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., *passim*. Il bisogno di elasticità dell’amministrazione (“*Elastizitätsbedürfnis*”) in relazione alla attività di organizzazione si trova sottolineato da BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationse Gewalt im Bereich der Regierung*, Berlin, 1964, 39 e 86; FORSTHOFF, *Lehrbuc*, cit., 1961, 381, e KÖTTGEN, *Die Organisationsgewalt*, in VVDStRL, Heft 16, 1958, 172 e 177.

Secondo il Maestro, il principio di elasticità può trovare applicazione principalmente in due direzioni: con riferimento al contenuto dell'attività amministrativa o con riferimento al suo modo di farsi. Sotto il primo profilo, il principio dà vita alla discrezionalità, sotto il secondo profilo al c.d. potere di autoorganizzazione, inteso quest'ultimo come l'attribuzione ed il riconoscimento di un vero e proprio potere così denominato in capo all'amministrazione.

Discrezionalità ed autoorganizzazione sono, quindi, le due forme in cui si manifesta il principio di elasticità, previste dall'art. 97 come strumenti formali ed organizzativi idonei a garantire la concreta efficienza dell'amministrazione.

Più in particolare, occorre soffermarsi sulla catena concettuale efficienza-elasticità-autoorganizzazione. In questo senso, se è vero che l'art. 97 Cost. ha fatto propria, come già riferito, l'idea dell'amministrazione come "potenza morale, viva e reale" (in altre parole, efficiente ed elastica), è altrettanto vero che il suo corollario è la naturale disposizione di un potere di organizzazione. Per questa parte, l'art. 97 si collega a tutte le norme della Costituzione (particolarmente, artt. 5, 33, 39, 114, 128 ed oggi si potrebbe aggiungere l'art. 118 nuova formulazione) che, ponendo i principi dell'autonomia e del decentramento, dimostrano la preferenza della nostra legge fondamentale per forme spontanee e concrete dell'esperienza giuridica. Elasticità, decentramento, e da ultimo sussidiarietà sono quindi espressioni diverse (benché su piani diversi) di una medesima esigenza di fondo, e l'esistenza di un potere di autoorganizzazione rappresenta anche la conseguenza dell'intreccio e della concomitanza dei predetti principi.

Non è illogico così affermare insieme la necessità di un'attività organizzatrice amministrativa spontanea ed il suo fissarsi in strutture stabili: è infatti tipico dell'organizzazione proprio "il suo permanere e contraddittorio oscillare fra l'impulso a seguire elasticamente le modificazioni dell'attività da organizzare e quello di irrigidirsi in strutture permanenti e plurivalenti"⁶¹⁹. Allo stesso modo, l'organizzazione amministrativa si dispone in una serie di momenti, i cui due elementi principali sono entrambi presenti ed in permanente evoluzione:

⁶¹⁹ M. NIGRO, *op. cit.*, 92.

l'elasticità dell'organizzazione tende ad irrigidirsi in forme stabili, e queste - viceversa- a sciogliersi e ad adattarsi alla contingenza, in un processo *ad infinitum* che corrisponde proprio alle caratteristiche dell'attività amministrativa e ne rispetta le antitetiche e complementari esigenze.

Ebbene, nel campo dell'emergenza immaginare che vi sia un soggetto che da solo ha la competenza di risolverla e che sostituisce i soggetti competenti in via ordinaria, rischierebbe di portare fuori strada. La minaccia prodottasi, infatti, non si arresta entro i confini assegnati ad una competenza predeterminata, sia perché spesso il pericolo si estende anche alle comunità territorialmente più vicine, sia perché questo tende soprattutto a compromettere i vari profili di un certo interesse -da quelli maggiormente legati alla dimensione locale fino a quelli di carattere più generale-, reclamando l'intervento dei vari livelli di governo a cui sono affidati i diversi "gradi" di intervento necessari per la sua cura.

Quando si verifica un'emergenza, dunque, non basta che il soggetto originariamente competente agisca più rapidamente e che, se non lo fa, possa essere sostituito da un altro: occorre anche che venga reso più rapido ed efficace, in altre parole più elastico, il raccordo fra tutti i soggetti che possono intervenire per operare rapidamente sulle diverse dimensioni dell'interesse la cui integrità rischia di essere compromessa dalla situazione di emergenza.

L'emergenza fa aumentare gli "intrecci" di competenze necessari alla realizzazione di un interesse della collettività e, di conseguenza, rende necessario per il soggetto competente in via originaria operare in modo interdipendente con altri soggetti per dare ad esso soddisfazione.

Sono ovviamente necessarie strutture *ad hoc* per fare fronte all'emergenza, che innanzitutto migliorino il coordinamento fra le competenze esistenti per la cura degli interessi minacciati dall'emergenza.

Ciò produce una parziale scissione fra il titolare dell'interesse e il soggetto che può agire per la sua cura, così che ogni soggetto ordinariamente competente per la cura di un interesse viene a trovarsi più esposto all'inerzia altrui nello svolgimento dei propri compiti: è appunto la necessità di rimediare a questa situazione che può rendere necessari degli interventi sostitutivi. Non si discute,

quindi, della prevalenza che un interesse verrebbe ad assumere sugli altri interessi in gioco di fronte al pericolo che l'emergenza introduce.

Si intende a questo punto riportare un pensiero già accennato in esordio di trattazione⁶²⁰.

Il raggiungimento più recente di una consapevolezza dello stretto rapporto tra società ed amministrazione pubblica ha condotto all'affermazione in dottrina di un concetto di organizzazione che non è più limitato al profilo normativo della predisposizione istituzionale ma è bensì consapevole della circostanza che l'aspetto organizzatorio può talora anche prescindere dal dato normativo, o addirittura travalicarlo⁶²¹. Ciò perché si afferma la legittimazione ad agire della pubblica amministrazione non più in funzione di mera esecutrice della legge, bensì di "cooperatrice" - e ciò anche approfittando del silenzio della legislazione - a prendersi cura di tutti gli interessi pubblici afferenti uno spazio lasciato libero dalla normazione⁶²².

Si pone sul punto l'esempio delle numerose ipotesi nelle quali la norma di legge si limita a prendere atto di assetti organizzativi che si sono andati naturalmente disponendo e consolidando in determinati contesti spaziali e temporali, producendo effetti giuridici aventi rilevanza pubblica a prescindere da una specifica pre-configurazione giuridica, o persino in assenza di qualsiasi riconoscimento normativo, nonché l'insofferenza nei confronti di strutture tendenti ad ingessare, per l'appunto entro ambiti "anelastici", situazioni giuridiche che ben presto, soprattutto in ragione dell'incapacità del tessuto organizzativo di adeguarsi e quindi di garantire accettabili livelli di efficienza, sono *naturaliter* fuoriuscite dai modelli predisposti⁶²³ per assumere assetti e moduli comportamentali *extra ordinem* o persino *contra legem*.

Non va poi trascurata la circostanza che l'amministrazione complessivamente intesa si attegga ormai non più come funzione del governo,

⁶²⁰ Cap. I, §. 7.

⁶²¹ M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione*, cit., 141.

⁶²² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 29 ss.

⁶²³ M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione*, cit., 134.

ma come espressione dell'organizzazione sociale⁶²⁴, che trova la sua ragion d'essere nel servizio ai cittadini ed alla società, come amministrazione “che sa fondere assieme imparzialità ed efficienza, garanzia e risultato”⁶²⁵, in sintonia con quel “diritto ad una buona amministrazione” enunciato dall'ordinamento comunitario.

Risulta in definitiva inevitabile l'esigenza di prospettazione di modelli organizzatori muniti di elasticità, sia a livello strutturale che funzionale, magari sulla falsariga dei meccanismi di conformazione dei procedimenti di organizzazione amministrativa che hanno luogo nell'ambito degli organismi europei e che costituiscono il nocciolo dell'aspetto strutturale di quelle istituzioni, non essendovi in quel caso alcuna riserva a favore della legislazione⁶²⁶.

Nella narrazione della concreta casistica delle più recenti ed interessanti emergenze verificatesi nel nostro Paese, se ne sono già passate in rassegna di numerose, aventi rilevanza sia interna che esterna: basti ricordare i Tavoli istituzionali, i Soggetti attuatori ed i Comitati per il rientro nell'ordinario, che sembrano essere le figure organizzatorie più interessanti anche ai fini di un successivo approfondimento; ma anche le strutture di missione, i comitati di indirizzo, le commissioni tecniche, le commissioni di garanzia e le commissioni consultive.

Lo stesso si verifica altresì quando la figura organizzatoria preesiste ma è “implementata” di ulteriori ruoli e/o incarichi: è principalmente il caso della figura del Sindaco, ed in particolare dei Sindaci di Milano (Primo cittadino, e nella descritta veste autorità comunale di protezione civile e ufficiale del Governo, Commissario delegato per la candidatura EXPO Milano 2015 ed infine CO.S.DE.⁶²⁷) e di Messina (Primo cittadino, e nella descritta veste autorità comunale di protezione civile e ufficiale del Governo, Commissario Delegato per

⁶²⁴ M. NIGRO, voce *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, *Enc. giur.*, II, 1988, 5.

⁶²⁵ G. PASTORI, *Trasformazioni dell'amministrazione e controlli*, in *Democrazia Amministrazione Controlli*, Esi, Napoli, 2008, 33.

⁶²⁶ M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione*, cit., 144 ss.

⁶²⁷ V. *amplius* Cap. II, Sez. II, §. 3.1.1.

l'emergenza traffico ed infine Soggetto attuatore del Commissario Delegato per l'emergenza alluvione⁶²⁸).

L'emergenza condurrebbe così a nuove ed elastiche forme di organizzazione.

4.- Il sovvertimento dello schema classico “legittimazione dell'autorità-potere amministrativo”: la valorizzazione del rapporto fattuale tra autorità amministrativa, comunità degli amministrati e interesse pubblico. Il ruolo della determinante finanziaria.

Nell'ideale statuto dell'amministrazione dell'emergenza si assiste, in definitiva, ad un “sovvertimento” di quello che può essere definito uno schema classico: è il potere concretamente attribuito ed esercitato che, adesso, legittima l'Amministrazione ad organizzarsi e ad agire in conseguenza. La cura dell'interesse spetta ad un'amministrazione che non solo non trova nella legge un parametro di riferimento, ma anzi collabora con il legislatore alla determinazione degli obiettivi dell'azione amministrativa.

A ciò si aggiunga che, se per un verso si assiste ad una limitazione dell'utilizzo dei classici poteri di ordinanza *extra ordinem*, per effetto della loro “tipizzazione” da parte della giurisprudenza costituzionale, per l'altro si segnala la concentrazione dell'esercizio dei poteri di urgenza nell'ambito del sistema di protezione civile, in particolare a seguito della approvazione della legge n. 225/1992, che per la prima volta definisce il potere derogatorio per descrivere l'evento emergenziale e non viceversa.

L'ulteriore corollario di questa novità metodologica risiede nel fatto che la competenza deve essere preferibilmente collegata al luogo in cui l'interesse si manifesta, perché a sua volta rispecchia un evidente rapporto fattuale tra autorità legittimata ed interesse da curare.

In altre parole, gli obiettivi e le regole di condotta per realizzarli sono determinati con il concorso di coloro che dovranno osservarle, introducendo un elemento di crisi del principio di legalità (inteso come previa determinazione

⁶²⁸ V. *amplius* Cap. II, Sez., II, §. 5.

eteronoma della regola di condotta da osservare). Ci si interroga, altresì, sulla perdurante validità della stessa legittimazione democratica delle scelte amministrative, in precedenza garantita proprio dal principio di legalità attraverso il rapporto di subordinazione tra legge ed atto amministrativo, che dovrebbe esprimere la supremazia dell'organo rappresentante della volontà popolare nei confronti della competenza tecnica dell'amministrazione⁶²⁹.

Riprendendo quanto affermato in esordio di trattazione, da tempo la dottrina manifesta a tal proposito due contrapposte opinioni: a) l'amministrazione è un potere originario ed agisce nei limiti della legge⁶³⁰; b) l'amministrazione agisce solo nei modi previsti dalla legge, essendo attività esecutiva di essa⁶³¹.

Ponendo la questione della legittimazione, si ripropone in altri termini il problema dell'origine della stessa amministrazione, che è un altro profilo del principio di legalità. Se infatti fosse vero l'assunto della preesistenza dell'amministrazione rispetto al riconoscimento legislativo, la norma non sarebbe più il fondamento legittimante dell'attività amministrativa, ma, al più, un limite esterno. La norma non avrebbe più lo scopo di tutelare il privato dal potere dell'amministrazione, quanto quello di consentire all'amministrazione di regolare il conflitto sociale, attraverso la conformazione dell'interesse pubblico.

Come già visto, l'idea della dottrina liberale era che il potere dell'amministrazione dovesse sempre essere sottoposto ad autorizzazione legislativa, perché solo il Parlamento può manifestare la volontà popolare.

L'attuazione del principio democratico va peraltro accompagnata alla evenienza della ristrutturazione in senso autonomistico dell'amministrazione, in virtù della consapevolezza che il confronto dell'amministrazione con la comunità e con gli individui, e di conseguenza la ricerca stessa della legittimazione, risulta

⁶²⁹ F. MANGANARO, *op. cit.*, 130

⁶³⁰ O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Milano, 1949, 189, che afferma che "l'amministrazione nella stessa attività vincolata non è determinata dallo scopo di eseguire la norma giuridica, ma da quello di soddisfare il bisogno collettivo cui la norma voleva provvedere. Cosicché il motivo determinante dell'azione amministrativa, sia essa libera, sia vincolata, sta sempre nello scopo di soddisfare i bisogni collettivi che sono nei fini dello Stato".

⁶³¹ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 207, sostiene che "l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge le consente di fare".

più efficace riorganizzandosi appunto “per autonomie”, e che, sotto questo profilo, essa risulta vantaggiosa per i cittadini e per l’amministrazione stessa⁶³².

Così, se nella concezione “soggettivistica” dell’amministrazione del secolo scorso l’interesse pubblico era identificato con l’interesse dello Stato, ossia era soggettivato nello Stato, e lo Stato-amministrazione lo curava quasi per sé stesso, potendo i cittadini giovarsene solo in via di fatto; oggi, caduto il “mito” dell’interesse generale, l’articolarsi dell’amministrazione non ha impedito di considerare obiettivo dell’azione pubblica il perseguire un generico “interesse dell’amministrazione”⁶³³.

Nel tempo si supera la concezione soggettivistica dell’interesse pubblico (come interesse dell’amministrazione), dal momento che l’interesse pubblico, radicandosi l’amministrazione nello stesso corpo sociale, nell’interesse del quale, in via esclusiva, è chiamata ad agire, va identificato con l’interesse dei cittadini.

Dalla analisi del testo costituzionale, in definitiva, sembra potersi affermare che esso consacrò un frazionamento della sovranità, da ciò discendendo l’attribuzione a tutti gli enti territoriali del potere di condurre autonomamente il procedimento di individuazione dell’interesse pubblico.

In sostanza la pubblica amministrazione opera nell’interesse oggettivo del pubblico, più che nell’interesse della pubblica amministrazione stessa.

La strumentalità dell’organizzazione rispetto all’attività si carica così di nuovi significati: l’organizzazione diviene infatti funzionale alle esigenze degli utenti. I problemi organizzativi sono pertanto i problemi del rendimento dell’amministrazione verso i cittadini. Sicché le amministrazioni devono assumere ogni determinazione per l’organizzazione degli uffici al fine di assicurare la rispondenza al pubblico interesse dell’azione amministrativa.

Con l’evoluzione della democraticità e la conseguente revisione del rapporto amministrazione-cittadino a favore del cittadino (comprovata dalle tendenze normative), ad ogni modo, non appare più sufficiente la legittimazione

⁶³² S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici*, cit., 210.

⁶³³ Ne costituisce un’adeguata esemplificazione il disposto dell’art. 11 co. 2, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, secondo cui l’impiegato, prima di assumere servizio di ruolo, deve giurare di adempiere ai doveri dell’ufficio nell’interesse dell’amministrazione.

espressa attraverso l'unica fonte del consenso popolare. E' stato infatti osservato che la legittimazione non può essere data per scontata una volta per tutte, ma deve essere "riconquistata ogni volta": nessuna delega "in bianco" dà legittimità alle istituzioni. La legittimazione, infatti, nasce dalla fiducia che i cittadini hanno nel potere, e la fiducia non basta dichiararla una volta per tutte, occorre conquistarla giorno dopo giorno.

Anche per queste ragioni di carattere storico, il problema non ha una soluzione unitaria, in quanto la complessità delle amministrazioni attuali costringe a ricorrere ad una legittimazione plurima⁶³⁴. Se la nuova legittimazione consiste nel realizzare i bisogni sociali⁶³⁵, ciò non significa che non continui a sussistere una legittimazione razionale-legale, nel senso che le scelte debbono essere quantomeno consentite dall'ordinamento e razionali, più in particolare nel senso di corrispondenza ai valori dell'ordinamento.

Le vicende fin qui sommariamente descritte dimostrano ancora un processo di socializzazione e di democratizzazione che ha investito l'organizzazione amministrativa, in conseguenza di un nuovo rapporto tra amministrazione e comunità, che vede la prima in funzione strumentale rispetto ai bisogni della seconda. E' stato osservato⁶³⁶ che le recenti novità legislative hanno finito per configurare una sorta di potere implicito di ordinanza in capo agli organi rappresentativi degli enti locali, a prescindere dalla ricorrenza del requisito emergenziale, e si è quindi sottolineato un certo disfavore con il quale si accompagnano siffatti poteri impliciti in quanto posti in tendenziale contrasto con il principio di legalità.

Tale problema tende però a ridimensionarsi nel caso in cui la legge si limiti ad attribuire competenze generali, enunciando gli interessi da curare, ad organi direttamente rappresentativi della volontà popolare⁶³⁷, e ciò sulla base del

⁶³⁴ B. DENTE, *In un diverso Stato. Come rifare la pubblica amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 1999, 114, citato da F. MANGANARO, *op. cit.*, 131, nota 251.

⁶³⁵ A. TIGANO, *op. cit.*, 551-552: "l'azione amministrativa, nello Stato democratico, è legittimata dall'essere conforme alla volontà popolare per la realizzazione dei fini comunitari".

⁶³⁶ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Atti del LIII Convegno di Varenna*, Milano, 2008, 193 ss.; A. PAJNO, *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in www.astrid-online.it.

⁶³⁷ G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, 201.

presupposto secondo cui lo stesso principio di legalità costituisce una fonte di legittimazione del potere.

Sicché, in tale ultimo caso, il principio di legalità viene di fatto sostituito dal fondamento democratico e dal carattere rappresentativo della comunità dell'ente locale⁶³⁸. Così costruita, è stato correttamente rilevato che l'attribuzione del potere di ordinanza di cui si parla, non pare neanche collocabile nell'ambito di un ritorno dei modelli di legittimazione soggettiva del potere nella sua recente versione "democratica" (legata all'elezione diretta dei vertici degli apparati locali)⁶³⁹.

Ed è quanto mai evidente che, ai fini di una piena affermazione dell'autonomia degli enti territoriali, la partecipazione al processo di identificazione in astratto dell'interesse pubblico è elemento essenziale, soprattutto (se non soltanto) in tal modo consentendosi a ciascuno di autodeterminarsi all'interno della Repubblica, "una e indivisibile"⁶⁴⁰.

Ci si chiede poi quale sia il limite sostenibile di autodeterminazione delle comunità locali senza che si pregiudichi la volontà delle corrispondenti comunità di raggio geografico più ampio. Sul punto, gli enti territoriali dovranno sempre più "rivedere i propri obiettivi, contenendoli, laddove questi si pongano in conflitto con quelli delle più ampie comunità alle quali le comunità locali facciano capo". Ciò nonostante, si presenta quale imprescindibile esigenza di democrazia riconoscere alle comunità locali degli ambiti di decisione esclusiva, tali da consentire loro di poter comunque controbilanciare, in via fisiologica, la naturale maggior forza del potere regionale e statale⁶⁴¹.

A ciò si aggiunga, ulteriormente, la già rilevata essenziale componente del principio di autosufficienza finanziaria anche per il tramite dell'attuazione del federalismo fiscale. Ciò perché "l'autonomia politica presuppone l'autonomia

⁶³⁸ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa*, cit., 121.

⁶³⁹ A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, 2007, 260.

⁶⁴⁰ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. cit.*, 124, secondo cui "la sottrazione al dominio della legge nazionale di aree su cui individuare gli interessi pubblici, nel caso delle autonomie territoriali, deve essere vista non solo senza preoccupazione, ma con favore, giacché quelle ad esso sottratte restano comunque affidate alla scelta di soggetti politico-istituzionali rappresentativi, così rimanendo, più che semplicemente, soddisfatta, meglio realizzata la valenza democratica del principio di legalità".

⁶⁴¹ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. cit.*, 120.

finanziaria, e questa a sua volta influisce su quella, definendone struttura e contenuti, in un processo di continua reciproca interazione”. Ai fini di un reale funzionamento della “sovranità multilivello”, sembra di particolare importanza la nuova formulazione dell’art. 119 Cost., che, riconoscendo autonomia finanziaria di entrata e di spesa a tutti gli enti territoriali, e, dunque, prefigurando la realizzazione di un policentrismo fiscale e finanziario, sancisce il principio della necessaria disponibilità delle risorse per ciascuno di essi affinché vi possa essere un effettivo esercizio del ruolo loro riconosciuto in riferimento alla configurazione dell’interesse pubblico⁶⁴².

5.- La autoamministrazione (o autogoverno) dell’emergenza: un involontario processo di democratizzazione.

In conclusione, sulla base di quanto fino a questo punto considerato, l’emergenza assolverebbe alla propria funzione esercitando il relativo potere tramite uno spostamento della competenza, in ciò coadiuvata dall’esercizio del principio di sussidiarietà verticale, che “si muove” all’interno del principio di legalità e che non lo viola, sfruttando gli spazi liberi lasciati dalla legge stessa alla pubblica amministrazione e così coniando nuove forme organizzative, anche su impulso di fattori esterni come il diritto comunitario.

In quest’ottica, come è evidente, l’amministrazione non può più essere considerata mera esecutrice della legge, ma, probabilmente, è portatrice di un potere originario che piuttosto viene esercitato dentro i limiti della legge: ne consegue che in tal guisa, forse, l’emergenza sviluppa ed amplia il regime della autoamministrazione o dell’autogoverno⁶⁴³.

Il termine “autogoverno” è tradizionalmente impiegato dalla dottrina italiana per indicare, in genere, la situazione che ricorre nell’ipotesi in cui gli

⁶⁴² E’ stato in proposito osservato che “in assenza di autosufficienza finanziaria, il governo locale regredirebbe infatti verso qualcosa di simile al decentramento, l’autonomia trasformandosi allora nel suo opposto, costituito appunto dalla subordinazione. Tutto ciò è del resto abbastanza ovvio: il dominio della politica confina con quello della finanza. L’autonomia politica presuppone l’autonomie finanziaria, e questa a sua volta influisce su quella, definendone struttura e contenuti, in un processo di continua reciproca interazione”, così G. TREMONTI - G. VITALETTI, *Il federalismo fiscale. Autonomia municipale e solidarietà sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 59 ss.

⁶⁴³ Inteso come funzioni statali attribuite alle autorità elette dalla comunità locale, v. *infra*.

organi dello Stato siano designati dalla collettività di riferimento, anziché essere nominati o cooptati da parte di autorità centrali⁶⁴⁴. Nella maggior parte dei casi, esso è usato senza un significato preciso⁶⁴⁵: specialmente nel linguaggio politico, con esso si indicano promiscuamente il decentramento a favore di enti territoriali minori, il regime elettivo proprio di questi ultimi, l'autoamministrazione, l'autarchia, l'autonomia politica, oltre che fatti i quali, all'analisi giuridica, si rivelano composti di alcune di tali evenienze, congiuntamente. In un significato giuridicamente più proprio, con autogoverno si indica tuttavia qualcosa di molto più circoscritto.

Al di là di questa definizione -tendenzialmente coincidente in Italia con la "autoamministrazione", peraltro impiegata per tutti gli enti e non solo per lo Stato⁶⁴⁶- la formula organizzatoria dell'autogoverno può essere infatti meglio colta ponendo mente alla situazione, presente soprattutto nel diritto inglese antico (c.d. "*self-government*"⁶⁴⁷) e caratterizzata dal fatto che nel medesimo livello di governo si unificano l'ente esponenziale degli interessi dei gruppi stanziati sul territorio e l'organo dello Stato: vi è cioè unione tra autoamministrazione, da un lato, e decentramento, dall'altro⁶⁴⁸. Ed ancora, si designa come tale quella struttura organizzativa propria di taluni Stati secondo la quale la titolarità di uffici, o meglio di organi, di carattere locale dello Stato medesimo, è conferita non mediante nomina da parte di autorità centrali, bensì mediante elezione da parte di cittadini aventi sede nella circoscrizione amministrativa dell'organo⁶⁴⁹.

In tal senso, l'autogoverno è una delle possibili formule generali di organizzazione delle pubbliche amministrazioni.

Conviene allora operare un raffronto, in particolare, con l'ulteriore concetto di "autoamministrazione", parzialmente distinto dall'autogoverno. L'autoamministrazione esprime un concetto di carattere organizzativo, onde non deve confondersi né con quello di autarchia, che esprime una potestà propria di

⁶⁴⁴ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 73.

⁶⁴⁵ F. BARTOLOMEI, *Voce Autoamministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 333.

⁶⁴⁶ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1957, 106.

⁶⁴⁷ GNEIST, *Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communal Verfassung und des Selfgovernment*, Berlin, 1866.

⁶⁴⁸ E. CASSETTA, *op. ult. cit.*, 73.

⁶⁴⁹ S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

taluni enti pubblici minori, né con l'autonomia normativa (un tempo l'uso di questi termini era promiscuo).

Essa risale alla fine del XIX secolo, quando cominciò ad essere introdotto nel nostro vocabolario giuridico, ma anch'esso con un significato generico, in quanto veniva usato per indicare qualunque modo di amministrare "da sé" i propri interessi, ed impreciso, perché spesso veniva confuso con altri concetti ad esso più prossimi, come ad esempio il concetto di autogoverno o quello di autarchia⁶⁵⁰.

Nella dottrina tedesca, il termine di "*Selbstverwaltung*"⁶⁵¹ sembrò potersi considerare concettualmente corrispondente al nostro concetto di autoamministrazione; senonché, in seguito, si ritenne più opportuno tradurlo con il termine di autarchia, e poi ancora per l'appunto di autogoverno.

In Italia, il termine di autoamministrazione viene impiegato spesso dagli studiosi di diritto sindacale e corporativo, i quali affermavano, sulla base della legislazione vigente, un concetto di autoamministrazione come comprensivo di due forme giuridiche distinte, cioè l'autarchia e l'autogoverno⁶⁵². Si ravvisavano esempi di autoamministrazione nelle categorie professionali e nelle categorie economiche, le quali, mediante i sindacati obbligatori e mediante le corporazioni, venivano ad amministrare se stesse nel quadro degli interessi generali dello Stato. Questa concezione non trovò grande seguito al di fuori della categoria degli studiosi del fenomeno corporativo, e si osservò che l'autogoverno e l'autarchia sono fatti i quali non vanno posti sullo stesso piano, oltre alla considerazione che l'autogoverno esprime qualcosa addirittura di più importante dell'autoamministrazione.

Il nome di autoamministrazione andrebbe invece riservato ad indicare più che altro un modo di conferimento di uffici direttivi di enti minori dello Stato, e precisamente il modo di conferimento che consiste nella scelta dei titolari degli uffici da parte dei soggetti componenti l'ente, ossia da parte degli stessi associati:

⁶⁵⁰ F. BARTOLOMEI, *op. ult. cit.*, 334.

⁶⁵¹ BLODIG, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, Tubingen, 1894; HATSCHEK, *Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung*, Lipsia, 1898.

⁶⁵² D'EUFEMIA, *L'autoamministrazione economica nel sistema corporativo*, Napoli, 1940.

in tal modo questi, attraverso propri rappresentanti, amministrano direttamente i propri interessi.

Inteso in tal senso, il fatto dell'autoamministrazione non presenta in sé particolare interesse, e più che altro si riduce ad un termine di comodo per indicare un tratto strutturale posseduto da taluni enti pubblici.

Deve trattarsi, come è ovvio, di enti pubblici a base associativa, i quali possono essere tanto enti territoriali, nelle loro numerose varietà, quanto enti professionali, o di imprenditori, o misti di persone fisiche e giuridiche, etc. In una parola in tutti gli enti pubblici aventi la natura giuridica delle associazioni (o delle corporazioni secondo la meno recente terminologia) può aversi fatto di autoamministrazione.

Delle affinità, come anticipato, ha con il concetto di autogoverno⁶⁵³. Nella concezione tradizionale l'autogoverno è per vero qualcosa di più ampio, e cioè una formula organizzativa che non riguarda tanto gli enti pubblici minori ma lo stesso Stato, e consiste più precisamente nel conferimento delle cariche di organi periferici dello Stato a persone elette dagli stessi cittadini. L'autogoverno è cioè un modo di conferimento di uffici essenzialmente burocratici, anziché di conferimento di uffici di amministratori di enti distinti e separati dallo Stato, come invece è l'autoamministrazione.

Autoamministrazione e autogoverno sono quindi concetti che stanno in categorie diverse: con la prima si conferisce agli amministrati il potere di scegliere propri rappresentanti, i quali dovranno curare interessi degli amministrati medesimi, ma interessi pubblici, ossia che danno corpo a funzioni o a servizi pubblici; con il secondo gli amministrati scelgono persone che divengono titolari di uffici che non curano già interessi degli amministrati stessi, o quantomeno non curano principalmente questi, ma interessi dell'intera collettività⁶⁵⁴.

Autoamministrazione e autogoverno tuttavia hanno in comune alcuni elementi strutturali, e più in particolare: si tratta di "figure organizzatorie"

⁶⁵³ F. BARTOLOMEI, *Voce Autoamministrazione*, *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè ed., 333 ss.

⁶⁵⁴ secondo la vecchia formula britannica sono "organi della Corona".

nell'accezione gianniniana del termine⁶⁵⁵, di forme organizzative di relazioni giuridiche, strettamente connesse con l'autonomia politica, dato che il conferimento autoritativo delle cariche direttive priverebbe l'ente degli organi più idonei ad interpretare e svolgere un'azione propria⁶⁵⁶.

Si tratta, in secondo luogo, di procedimenti elettivi per la scelta di titolari di uffici pubblici. L'autoamministrazione si esaurisce nel procedimento medesimo, l'autogoverno esprime qualcosa di più ampio. Per questo tratto comune l'autoamministrazione e l'autogoverno sono specie del più ampio genere costituito dalla rappresentanza politica, e, attraverso questa, esse sono, come si dice correntemente, istituti della democrazia rappresentativa.

E difatti, storicamente, gli enti pubblici che oggi hanno autoamministrazione, ne erano una volta privi: l'attuazione degli istituti della democrazia rappresentativa procede parallelamente tanto nel campo della rappresentanza politica in senso stretto quanto in quello dell'autoamministrazione (mentre invece non necessariamente procede in quello dell'autogoverno, potendo sussistere stati nei quali la rappresentanza politica degli interessi locali si esprime solamente in enti separati dallo Stato)⁶⁵⁷.

Tutto ciò premesso, si potrebbe sostenere, ad esempio, che le Autorità portuali siano moderna espressione di un potere di autogoverno, dal momento che il relativo vertice, con un procedimento che potremmo definire di secondo grado è nominato sì dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti ma nel novero di una "terna" di candidature che è onere dell'ente locale innanzitutto raccogliere e successivamente selezionare, di concerto con il Presidente della Regione ed altri organi istituzionali rappresentativi del territorio di riferimento. Si finisce quindi per legittimare l'esercizio di funzioni statali ad un organo (il Presidente) che - in ragione del particolare procedimento di nomina previsto dalla

⁶⁵⁵ M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, op. cit., 193; ID., op. cit., I-II, Milano, 1965, 116 e ss.; ID., *Autonomia pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. IV., *Voce Autonomia*, 361 e ss.

⁶⁵⁶ L. GIOVENCO, *L'ordinamento comunale*, Milano, Giuffrè, 1983, 10-11.

⁶⁵⁷ VACCHELLI, *Il comune nel diritto pubblico moderno*, Roma, 1890; RAGGI, *Esame critico delle varie teorie moderne sopra la nozione di autarchia*, in *Riv. it. scienze giur.*, XXXIII (1902); RESTA, *Limiti di una teoria generale dell'autarchia*, in *Studi urb.*, 1932; LESSONA, *Autarchia - Amministrazione - Autoamministrazione indiretta*, *Riv. dir. pubbl.*, 1940; M.S. GIANNINI, *Autonomia locale e autogoverno*, in *Corriere amm.*, 1948; M.S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 102.

legge n. 84 del 1994, ancorché di secondo livello - può definirsi espressione della comunità locale.

In maniera del tutto analoga sembrerebbe funzionare l'amministrazione dell'emergenza, laddove si va consolidando la prassi di attribuire la qualifica di Commissari delegati straordinari alle medesime persone fisiche già titolari del *munus* elettivo di organo rappresentativo dell'ente locale.

Pertanto, la legittimazione democratica rimane strettamente collegata alla volontà popolare ed anche alla particolare comunità di amministrati geograficamente collocabile sul territorio di insidenza dell'organo neo-attributario dei poteri straordinari, ma l'investitura si amplia per volere statale, laddove, così il principio di sussidiarietà non si limita più a definire il riparto ottimale delle competenze tra i livelli di governo secondo l'ottica del *subsidium*, ma individuerebbe in via originaria nuovi interessi pubblici devolvendone unilateralmente l'esercizio al rappresentante della comunità locale.

Ecco quindi che si realizzerebbe il regime dell'autogoverno nell'emergenza, passando dall'accertamento fattuale di una situazione di emergenza e dalla giustificazione di una sussidiarietà verticale che non assume più soltanto valore descrittivo ma pienamente sostanziale.

CONCLUSIONI

Il nostro lavoro è giunto alla sua fase conclusiva, e le considerazioni che precedono ci consentono di formulare alcune sintetiche riflessioni.

Dai commenti passati in rassegna nel corso dello studio, guardando all'intervento delle amministrazioni emergenziali si ricava una costante sensazione di estrema negatività su modi, tempi ed azioni che vengono impiegati in relazione all'esercizio del potere straordinario: si parla di distorsioni, imbarazzi, defraudazioni, commissariamenti nel senso deteriore del termine, etc.

Ciò che pare a chi scrive, invece, come si è tentato di dimostrare nelle pagine precedenti, è che non bisogna necessariamente guardare con sfavore alle distorsioni dell'uso dei poteri di emergenza oggi incastonati, con procedimento metonimico, nel sistema della protezione civile.

A legislazione invariata infatti, cioè fino a quando non verranno accolte le proposte normative che vanno via via formandosi sul tema dell'organizzazione dell'emergenza (banca dati pubblica delle ordinanze; pubblicità delle informazioni gestionali, finanziarie ed amministrative; relazione annuale alle Camere sulla Protezione civile; un procedimento per piccole emergenze, per catastrofi, per calamità e per situazioni di emergenza che possano essere risolte in 6 mesi, prorogabili al massimo in altri 6 mesi, etc. etc.), occorre nel frattempo saper cogliere "il buono" degli interventi commissariali, consistente soprattutto nell'ampliamento -per il tramite delle nomine commissariali- dei poteri amministrativi, delle nuove attribuzioni dei vertici degli enti locali, o comunque di organi rappresentativi, costituzionali e non.

Si amplia il novero dei poteri, forse si confonde la regola della separazione tra politica ed amministrazione ma si fa maggiormente leva sulla tecnica per dotare delle necessarie competenze gli organi politici. Il tutto, senza che ciò -almeno ci sembra- vada a discapito del rapporto democratico con la comunità degli amministrati, perché anzi il ricorso all'amministrazione dell'emergenza diventa la regola ordinaria per ottenere risorse finanziarie che diversamente non potrebbero entrare nella disponibilità del medesimo ente in regime ordinario.

Esiste cioè un “ritorno” a favore dei cittadini che deriva dal fatto che si allargano in via straordinaria le attribuzioni dei vertici degli organi rappresentativi dell’ente locale, e di queste attribuzioni l’amministrazione si avvale per procurare i nuovi beni-vita ed il benessere sociale, nell’era della nuova crisi, alla propria comunità.

Si è tentato di valorizzare per questo motivo la regola del sostegno, del *subsidium*, con l’intenzione di affermare che l’intervento emergenziale non va a perpetuare una sostituzione (magari perché si ritiene che l’ente in difficoltà versi in una situazione di inadempimento), ma piuttosto un vero e proprio aiuto, accompagnandolo nel compito, senza meccanismi sanzionatori o altro di simile.

Nel predetto ordine di considerazioni si colloca, e forse trova una soluzione, lo stesso annoso problema del rapporto tra principio di legalità ed emergenza, in altre parole la questione se l’emergenza “sta” al di dentro della legalità, rappresentandone l’eccezione temperata, peraltro tenuta altamente sotto controllo dagli interventi della Corte costituzionale e dall’ipertrofia legislativa manifestatasi negli ultimi anni, o se si pone in un regime incontrollato, del tutto atipico ed *extra ordinem*.

Ciò che tuttavia emerge, rispetto alle anzidette due antitetiche posizioni, è che si stia pian piano formando un vero e proprio “principio di legalità dell’emergenza”, che la legalità abbia cioè sviluppato i propri anticorpi per tutelarsi dall’insorgere incontrollato delle situazioni di urgenza e dalla relativa disciplina eccezionale ed abbia finito così “per ricamare un vestito addosso all’emergenza stessa” che rappresenta la nuova cornice, pienamente legalitaria, del regime straordinario.

In tal senso, non si potrebbe più parlare di atipicità, perché lentamente si assisterebbe una nuova tipizzazione di un principio di legalità che, così operando, istituirebbe un ordinamento parallelo e si conformerebbe maggiormente alla concezione della legalità-indirizzo, e di impulso al raggiungimento degli obiettivi prefissati dall’azione amministrativa, piuttosto invece che a quello di legalità-garanzia, che si è fin qui soltanto (e forse eccessivamente) preoccupato di

arginare, di tutelare e contemporaneamente di ingessare il sistema, generando le contraddizioni che oggi sono sotto gli occhi di tutti.

Tutto ciò si riverbera in conclusione, come si è visto ampiamente, sull'apparato e sulla organizzazione pubblica, che vede quotidianamente nascere nuovi organismi che rispondono ciascuno al soddisfacimento di una precisa esigenza che è parallelamente insorta su un piano eminentemente fattuale. Ciò rappresenta uno stimolo per lo studioso che deve analizzare i nuovi fenomeni organizzativi con approccio costruttivo e di favore.

BIBLIOGRAFIA

- AIMONETTO M.**, *Le ordinanze del Sindaco*, Rimini, Maggioli, 1991.
- ALBANESI E.-ZACCARIA R.**, *Le “fonti” dell’emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrare*, n. 2, agosto 2010
- ALÌ N.**, *Protezione civile. Usi e abusi delle “deroghe ad ogni norma contraria”*, in *Amm. it.*, 1995.
- ALLEGRETTI U.**, *Criticità del sistema delle ordinanze di protezione civile e proposte per una riforma*, in **R. ZACCARIA** (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo ed., 2011.
- AMOROSINO S.**, *Il coordinamento amministrativo della ricostruzione e sviluppo delle regioni terremotate*, 1984.
- ANDRONIO A.**, *Le ordinanze di necessità ed urgenza per la tutela dell’ambiente*, Milano, Giuffré, 2004.
- ANTONELLI V.**, *Per una unità della Repubblica costruita “dal basso”*, in *Giur. cost.*, 2006.
- BACHELET V.**, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962.
- BARONE G.**, *Voce Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Treccani, Roma, 1989.
- BARTOLOMEI F.**, *Potere di ordinanza ed ordinanze di necessità*, Milano, 1979.
- BARTOLOMEI F.**, *Voce Autoamministrazione*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- BARTOLOMEI F.**, *voce Ordinanza (dir. amm.)*, *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980
- BASSI N.**, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffré, 2001.
- BAUMAN Z.**, *La società dell’incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- BAUMAN Z.**, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- BECK U.**, *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2002.
- BERTI G.- TUMIATI L.**, *Commissario e commissione straordinaria*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffré, Milano, 1960.
- BERTI G.**, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

- BERTI G.**, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Cedam, Padova, 1994.
- BOMBARDELLI M.**, *Decisioni e pubblica amministrazione - La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996.
- BOMBARDELLI M.**, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in AA.VV., *Annuario AIPDA*, 2005.
- BOMBARDELLI M.**, *La sostituzione amministrativa*, Cedam, Padova, 2004.
- BONACCORSI M.**, *Potere assoluto. La Protezione civile al tempo di Bertolaso*, Alegre ed., collana *Tempi moderni*, 2010.
- BONETTI P.**, *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei sindaci in materia di sicurezza urbana: l'opinabile sopravvivenza dei Sindaci e dei Presidenti delle Giunte provinciali quali "ufficiali di Governo", l'afferenza alla sicurezza pubblica, tipologia e limiti*, in *Le Regioni*, 6, 2009.
- BORGONOVO RE D.**, voce *Ecologia*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990.
- CABIDDU M.A.**, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, n. 2, agosto 2010
- CALDIROLA D.**, *Il commissario straordinario nell'emergenza*, in *Amministrare*, n. 2, agosto 2010.
- CAMMEO F.**, *La manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato Orlando*, III, Milano, 1904.
- CAMMEO F.**, *Sanità pubblica, principi generali, fonti ed organizzazione*, in *Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, IV, II, Milano, 1904.
- CANNADA BARTOLI E.**, voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, 1972.
- CAPANTINI M.**, *I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, Editoriale scientifica, 2010.
- CAPANTINI M.**, *Il modello "paraemergenziale" dei "grandi eventi"*, in *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo ed., 2011.

CARAPPELLUCCI A., *Il potere d'ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm. TAR*, 2010

CARDI E., *Le manifestazioni di interesse nei procedimenti amministrativi*, 1983.

CARDONE A., *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli ed., Torino, 2011.

CARETTI P., *Il potere sostitutivo statale: un problema di garanzie procedurali e sostanziali per l'autonomia regionale*, in *Le Regioni*, 1990.

CARETTI P., *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993.

CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990.

CARLASSARE L., *Legge (riserva di)*, *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990.

CASSETTA E., *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, 2010.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Milano, 2007.

CASINI L., *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2003.

CASSESE S. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2010.

CASSESE S., *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005

CASSESE S., *Diecimila commissari di ordinaria emergenza*, in *Sole-24 Ore* del 25 febbraio 2005.

CASSESE S., *I paradossi dell'emergenza*, in *A.I.P.D.A. - Annuario 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*.

CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Parte generale, 2003

CASTORINA E., *Direzione e coordinamento del Presidente del Consiglio dei Ministri nel sistema della Protezione civile*, in www.forumcostituzionale.it.

CASTORINA E., *La riforma del Titolo V della Costituzione: quadro riassuntivo e aspetti problematici della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 (alla luce dei primi interventi della Corte Costituzionale)*, in www.federalismi.it.

CAVALLO PERIN R., *Commento all'art. 54*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006.

CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2005.

CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990.

CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, Testo rielaborato in occasione della relazione tenuta il 21 settembre 2007 al LIII Convegno di Studi Amministrativi di Varenna sul tema "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", in *Dir. pubbl.*, 2/2007, 375.

CHECCHI A., *Il Sindaco*, in *Corr. Amm.*, 1951.

CHIAVIELLO D., *L'amministrazione dell'"ordinaria" emergenza*, in www.federalismi.it, n.12/2010.

CHIODINI L.-TORTORELLA W., *Le ordinanze dei Sindaci e oltre*, in *Amministrare*, 2, agosto 2010

CHITI M.P. - URSI (a cura di), *Studi sul codice dell'ambiente*, Torino, 2009.

CHITI M.P., *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005.

CHITI M.P., *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995.

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi*, Cedam, Padova, 1999.

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *La persistente rilevanza del ruolo dell'interesse pubblico dopo la L. 15/2005 e la sua effettiva consistenza*, Giappichelli, Torino, 2005.

COGNETTI G., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

COMPORI G.D., *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005.

- COMPORITI G.D.**, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996.
- CORSO G.**, *Perché la “complicazione”?*, in *Nuove autonomie*, 2008.
- CRISAFULLI V.**, *Il ritorno dell’art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961.
- CRISAFULLI V.**, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it.*, 1956.
- D’ANTONIO S.**, *Organi straordinari e amministrazione dell'emergenza*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, vol. I
- D’ATENA A.**, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001.
- D’ATENA A.**, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 609.
- D’ORSOGNA D., SCOCA F.G.**, *Le relazioni organizzative*, in F.G. SCOCA (A CURA DI), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008.
- DE GENNARO G.**, *I provvedimenti di urgenza del Prefetto secondo il nuovo art. 19 t.u.c.p.*, in *Nuova rassegna*, 1949.
- DE LEONARDIS F.**, *Coordinamento e sussidiarietà per l’amministrazione dell’emergenza*, *Foro amm. C.d.S.*, 2005.
- DE LEONARDIS F.**, *Il principio di precauzione nell’amministrazione del rischio*, Milano, 2005.
- DE SIANO A.**, *Configurazione dell’interesse pubblico e determinante finanziaria*, Giappichelli, Torino, 2008.
- DEFFENU A.**, *Sindaco*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffré, Milano, 2006.
- DENTE B.**, *In un diverso Stato. Come rifare la pubblica amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- DI FIORE G.**, *Interesse pubblico e tecnicizzazione delle decisioni politiche*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, vol. I
- DI RAIMONDO M.**, *Protezione civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
- DI RENZO M.**, *La requisizione d’urgenza*, Bari, 1970.

DICKMANN R., *Competenza e regime giuridico dei provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri sostitutivi e di ordinanza del Governo*, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2008.

DICKMANN R., *Sussidiarietà, sovranità e regionalismo*, in *Dir. e soc.* 1994.

DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffré, 1996.

DUILIO L. ON. (a cura di), *Sulle ordinanze di protezione civile. Il Parlamento di fronte alle procedure, alle strutture e ai poteri dell'amministrazione dell'emergenza*, pubblicato in allegato al resoconto della seduta del Comitato per la legislazione presso la Camera dei Deputati del 23 novembre 2010.

ESTEVE PARDO J., *Privileged domain of risk treatment: Risk and Health*, in *Revue européenne de droit public*, 2003.

FALCON G., *Coordinamento (principio del)*, in *E.d.D.*, VII.

FARES G., *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell'autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, in *Giur. cost.*, 2006.

FERRARA R. - MARINO I.M. (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati: sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Padova, 2003.

FIORITTO A., *I commissari straordinari per il completamento delle opere incompiute*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 11.

FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino ed., 2008.

FIORITTO A., *Le forme organizzative dell'amministrazione dell'emergenza*, in *Annuario 2005*, Milano, 2006, Giuffré.

FOIS S., *Legalità*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973.

FORTI E., *Sulle attribuzioni del sindaco come ufficiale di governo (nota a Cassazione Roma, 18 marzo 1904)*, in *Giur. it.*, 1905.

FRANCAVILLA M., *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, in *Corr. giur.*, 2008.

FRANCHINI C., *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2009.

FREUD S., *Una difficoltà della psicoanalisi*, in *Opere*, Torino, Bollati Boringhieri, 1989.

FROSINI T.E., *Paese che vai, federalismo (fiscale) che trovi...*, in www.giustamm.it.

FROSINI T.E., *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir., Annali, II*, 2008.

GALATERIA G., *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, 1953.

GALATERIA L.- STIPO M., *Manuale di diritto amministrativo: principi generali*, Utet, Torino, 1993.

GALDENZI C., *Il Consiglio di Stato si oppone ad una "ordinarizzazione" dei poteri di emergenza*, in *Riv. giur. amb.*, 2003.

GANDINO A., *I limiti al potere di ordinanza in materia di protezione civile con riferimento alla nozione di gestione dei rifiuti*, in *Riv. giur. edil.*, 2003.

GARGIULO U., *I provvedimenti d'urgenza nel diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1954.

GIAMPAOLINO, L., *Il servizio nazionale di protezione civile: commento alla legge 24 febbraio 1992, n. 225*, Giuffré, Milano, 1993.

GIANFRANCESCO E., *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI, a cura di, *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, II ed., Torino, 2003.

GIANNINI M. S., *Autonomia pubblica (Voce Autonomia)*, in *Enc. dir.*, vol. IV.

GIANNINI M.S., *Autonomia locale e autogoverno*, in *Corriere amm.*, 1948.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1993.

GIANNINI M.S., *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979.

GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

GIANNINI M.S., *La priorità dei problemi di organizzazione*, in *Il motore immobile*, Edizioni lavoro, Roma, 1980.

GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1950.

GIANNINI M.S., *Possibilità di istituire enti pubblici mediante esercizio di poteri di ordinanza*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950.

- GIANNINI M.S.**, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in Giur. Compl. Cass. civ., XXVII, 1948.
- GIANNINI M.S.**, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996.
- GIDDENS A.**, *The consequences of modernity*, Cambridge, 1990, trad. it. *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 2004.
- GIOVANNI PAOLO II**, *Lett. enc., Centesimus annus* (1991), n. 48.
- GIOVANNI XXIII**, *Lett. enc. Mater et magistra* (1961), n. 59, 121, 122 e *Lett. enc. Pacem in terris* (1963), n. 48, 98, 135, 139, 140
- GIOVENCO L. - ROMANO A.**, *L'ordinamento comunale*, Milano, 1994.
- GIOVENCO L.**, *L'ordinamento comunale*, Milano, Giuffrè, 1983.
- GIUFFRÉ F.**, *Calamità naturali e emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statalistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Dir. soc.*, 2001.
- GIULIETTI W.**, *Ampliamento delle funzioni del Sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008.
- GNES M.**, *Alimenti*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo I, Milano, 2007, 148 ss.
- GNES M.**, *I limiti del potere di urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005.
- GNES M.**, *La riforma dell'organizzazione nazionale per la "gestione di crisi"*, *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2011.
- GNES M.**, *Limiti e tendenze dei poteri d'urgenza*, in *Annuario AIPDA 2005*, Milano, 2006, Giuffrè
- GUARINO G.**, *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO (a cura di) *Dizionario amministrativo*, 2 ed., Milano, 1983
- GUARINO G.**, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977.
- GUASTINI R.**, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1991.
- HOLMES S. – SUNSTEIN C.S.**, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

- IELO D.**, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della precauzione: la macrovigilanza prudenziale*, in *Le Regioni*, 2, 2010.
- IEVA L.**, *Riflessioni sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Amm.*, vol. I, 2001.
- ITALIA V. - LANDI G. – POTENZA G.**, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, XII ed., 2000.
- JEFFERSON T.**, *Il decentramento del potere*, in G. ACQUARONE, *Antologia degli scritti di T. Jefferson*, Bologna, 1961.
- JELLINEK G.**, *Gesetz und Verordnung*, Mohr, Freiburg, 1887.
- JONAS H.**, *Das Prinzip Verantwortung. Insel Verlag*, Frankfurt am Main, 1979, trad. it., *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di Portinaro, Torino, 1990.
- KELSEN H.**, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1956.
- KLITSCH DE LA GRANGE T.**, *Gli organi amministrativi straordinari*, in *Cons. Stato*, 1984, fasc. 3.
- L. VIOLINI**, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Centrali nucleari e sostanze cancerogene negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1986.
- LA GROTTA I.**, *Stato d'emergenza socio-economico ambientale, poteri commissariali, nomina sub-commissari: rapporti tra i poteri e le competenze attribuite in via ordinaria agli Enti Locali*, in www.giustamm.it.
- LA IACONA M.**, *La Conferenza Provinciale Permanente: tecniche e strumenti della mediazione e della conciliazione al servizio del principio di sussidiarietà*, in *Rass. amm. siciliana*, 1/2010.
- LABAND P.**, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, Mohr, Tübingen, 1911.
- LAVAGNA C.**, *Sull'illegittimità dell'art. 2 t.u.l.p.s. come testo legislativo*, in *Giur. cost.*, 1961.
- LEMETRE F.**, *La "stabile temporaneità" dei regimi commissariali: un ossimoro lesivo delle competenze regionali? Note minime a Corte costituzionale 16 luglio 2008, n. 277* in www.giustamm.it;

LEONE C., *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, Giuffrè, 2007.

LEONE XIII, *Lett. Enc. Rerum novarum*, n. 26 (1891).

LEVI F., *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974.

LICCIARDELLO S., *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Giappichelli, Torino, 1999.

LICCIARDELLO S., Servizi pubblici locali, in *Annuario 1994 delle autonomie locali*, diretto da S. Cassese.

LOMBARDI G., *Legalità e legittimità*, in *Nss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963.

LUHMANN N., *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991, trad. it. *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.

LUPTON D., *Il rischio*, Bologna, Il Mulino, 2003.

MAGGIORA E., *Le ordinanze degli Enti locali*, Giuffrè, Milano, 2001.

MAINARDIS C., *I poteri sostitutivi statali: una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001.

MAJONE G., *What price safety? The precautionary principle and its policy implications*, 2002.

MALO M., SEVERI F.S. (a cura di), *Il servizio nazionale di protezione civile. L. 24 febbraio 1992, n. 225 e norme collegate*, Torino, 1995.

MANFREDI G., *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004.

MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000, Esi.

MANGIAMELI S., *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, nota a sent. Corte cost. n. 284 del 2006, in *Giur. cost.*, 4, 2006.

MARAZZITA G., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003.

- MARAZZITA G.**, *Le ordinanze di necessità dopo la l. n. 225 del 1992 (riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. Cost.*, 1996.
- MARINO I. M.**, *Prime considerazioni sulla disciplina “interna” di OGM e MOGM*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003.
- MARINO I. M.**, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano.
- MARONGIU G.**, *Il coordinamento come principio politico di organizzazione della complessità sociale*, in G. AMATO, G. MARONGIU, a cura di, *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna 1982.
- MARRAMA R.**, *L'organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998.
- MARTINES T.**, *Diritto costituzionale*, Milano, 2003.
- MARTINI C.**, *Emergenza rifiuti e ordinanze extra ordinem*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003.
- MARZUOLI C.**, *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA*, Giuffrè ed., 2005.
- MASSERA A.**, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986.
- MASSERA A.**, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, *Dir. amm.*, 4, 2005.
- MATTARELLA B.**, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- MELONI G.**, *Il potere “ordinario” dei sindaci di ordinanze extra ordinem*, in www.federalismi.it
- MEOLI C.**, *Il potere di ordinanza del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, fasc. 6.
- MEOLI C.**, *Il ruolo del Prefetto dopo le riforme amministrative e costituzionali*, in *Amministrazione pubblica*, n. 34/2003.
- MEOLI C.**, *La Prefettura-Ufficio Territoriale del Governo e il raccordo tra le amministrazioni in periferia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2008.
- MEOLI C.**, *La Protezione civile*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003.

- MERLONI F.**, *Ragionando sui rifiuti campani e dintorni: Stato e Regioni tra la continua emergenza e l'impossibile normalità*, in *Le Regioni*, 6, 2007.
- MERUSI F.**, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog*, in *Foro amm.*, 2001.
- MERUSI F.**, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993.
- MERUSI F.**, in *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- MERUSI F.**, *Le catastrofi "ripartite"*, in *Giur. Cost.*, 1971.
- MERUSI F.**, *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*.
- MERZ S.**, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976.
- MEZZOTERO A.**, *L'Ufficio del Commissario Delegato ex art. 5 l. n. 225 del 1992: natura giuridica ed ambito dei poteri straordinari riguardo la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, 1, 2010.
- MIELE G.**, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936. (oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1987).
- MIGLIARESE TAMBURINO F.**, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, 1979.
- MORBIDELLI G.**, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Atti del LIII Convegno di Varenna*, Milano, 2008.
- MORBIDELLI G.**, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2007.
- MORBIDELLI G.**, *Il principio di ragionevolezza del procedimento amministrativo*, in *AA.VV., Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Cedam, Padova, 1998.
- MORBIDELLI G.**, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, 1164.
- MORRONE A.**, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, III^a ed., Cedam, 2010.

MORRONE A., *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (A CURA DI), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969.

MOTZO G., voce *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958

MUSUMECI A., *La sicurezza nell'emergenza. Osservazioni in margine ad un concetto in trasformazione*, in *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011.

NAPOLITANO G. – ABBRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009.

NICCOLAI S., *Riserva di legge e organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1988.

NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, 1966.

NIGRO M., voce *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, *Enc. giur.*, II, 1988.

NOBILE R., *Le ordinanze del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, www.lexitalia.it, 2, 2009

ORDINE S., *La difesa civile in Italia*, Roma, *Quaderni pubblicati dall'Istituto Alti Studi per la Difesa - Iasd*, n. 53/8, 2 e 5, *La cooperazione civile-militare: DC-2*, Roma, Stato Maggiore della difesa, 1984.

PAJNO A., *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in www.astrid-online.it.

PAJNO S., in *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005.

PAOLO VI, *Lett. enc. populorum progressio* (1967), n. 79

PASTORI G., *La burocrazia*, Padova, 1967.

PIGA F., *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988.

PIGA F., *Premessa ad uno studio sul coordinamento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981.

PINELLI C., *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001.

PINELLI C., *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, Relazione al Convegno del Gruppo S. Martino, Università di Milano Bicocca, 13 novembre 2009, su *Recenti novità nell'uso dei poteri normativi del governo*, pubblicato in *Dir. pubbl.*, 2/2009.

PIRAINO A., *Linee per l'attuazione dell'art. 119 Cost.*, in *www.federalismi.it*.

PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, 1964.

PISCITELLI L., *Sulla nozione di tipicità dell'atto amministrativo*, Genova, 2003.

PITCH T., *La società della prevenzione*, Roma, 2006.

PIZZORUSSO A., *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1972.

PIZZORUSSO A., *Vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1977.

PONTI B., *La "manifesta" illegittimità del commissariamento del Consiglio nazionale delle ricerche*, in *Foro amm. TAR*, 2003.

POPPER K., *Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza*, trad. it. Pancaldi, Bologna, 2000.

POPPER K., *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, trad. it. a cura di Trincherò, Torino, 1969.

POSNER R., *Economic analysis of law*, Boston-Toronto, 1977.

POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

PREDIERI A., *Pianificazione e costituzione*, Edizioni Comunità, Milano, 1963.

PUBUSA A., *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Giappichelli, Torino, 1988.

PUGLIATTI S., *Voce Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961

PUGLIESE F., *Per amministrare la felicità: dalla lex al νομος*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, 1780.

RAMAJOLI M., *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, saggio destinato agli *Scritti in onore del Prof. Alberto Romano*, pubblicato su *www.giustamm.it* il 24.1.2011.

RANELLETTI O., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Milano, 1949.

RANELLETTI O., *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, Società editrice libraria, Milano, 1904.

RAZZANO G., *Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della costituzione della Commissione Bicamerale*, in *Dir. soc.*, 1997.

RAZZANO G., *Inquadramento costituzionale delle ordinanze di protezione civile*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo ed., 2011.

RAZZANO G., *Le fonti del diritto ed il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la “semplificazione”*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2001.

RAZZANO G., *Le ordinanze di necessità ed urgenza nell’attuale ordinamento costituzionale*, www.associazionedeicostituzionalisti.it ed in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008.

RAZZANO G., *Quattro novità in tema di emergenze e ordinanze “di protezione civile”*, in www.gruppodipisa.it.

RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1976.

RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995.

RESCIGNO G.U., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1995.

RESTA D., *Normazione d’urgenza e i poteri del commissario straordinario del terremoto*, 1983.

RIZZA G., *Commissario (diritto pubblico), e Commissario straordinario*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2003.

ROCCELLA A., *Metamorfosi della protezione civile e Stato di diritto*, in www.nuvole.it, n. 43, aprile 2010.

ROCCELLA A., *Milano in stato di eccezione*, in www.giustamm.it, 26.2.2010.

RODOTÀ S., *Le leggi speciali*, in “La Repubblica” del 27 maggio 2008.

ROMANO A., *Introduzione*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, 2005, Monduzzi ed.

ROMANO A., *Le requisizioni tra Sindaci, Prefetti e Giudici amministrativi*, in *Foro it.*, 1978.

- ROMANO S.**, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.
- ROMANO S.**, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, poi in *Scritti minori*, Milano, 1950.
- ROMANO TASSONE A.**, *Fonti, soggetti e situazioni giuridiche soggettive, La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, 2005, Monduzzi ed.
- ROMANO TASSONE A.**, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987
- ROMANO TASSONE A.**, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e commercio dell'Università di Messina*, n. 2/1981.
- ROMANO TASSONE A.**, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, 2007.
- ROSSI G.**, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2000.
- SALA G.**, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 1985.
- SALA G.**, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.
- SALAMONE V.**, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Relazione tenuta in occasione del Convegno su "Il sistema nazionale di protezione civile a 15 anni dalla legge n. 225 del 1992", tenutosi presso l'Aula magna della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania il 7 dicembre 2007, in www.giustizia-amministrativa.it.
- SALVIA F.**, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992.
- SALVIA F.**, *Autonomie speciali e altre forme di autonomia differenziata*, in *Dir. e società*, 2002.
- SALVIA F.**, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2005;

- SALVIA F.**, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da fattori interni all'amministrazione*, in A.I.P.D.A. - Annuario 2005.
- SALZANO E.**, *Sull'articolazione dei piani urbanistici in due componenti*, in *Notiziario*
- SANDULLI A.**, *L'Agenzia di protezione civile (articoli 79-87)*, in A. Pajno e L. Torchia (a cura di), *La riforma del Governo*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- SANDULLI A.M.**, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974.
- SANDULLI A.M.**, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982.
- SANTORO P.**, *Legalità e legittimità : garanzie pluriordinamentali e livelli di controllo*, in *Foro amm.*, 2000.
- SATTA F.**, *Atto amministrativo. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.
- SATTA F.**, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969.
- SAVONA P.**, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2/2010.
- SCHMITT K.** (trad. it. parziale), *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972.
- SCIULLO G.**, *La semplificazione dell'organizzazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.
- SCOCA F.G.**, *La p.a. come organizzazione*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*.
- SCUDIERO M.**, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.*, 1962.
- SEVERI F.S.**, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, in *Quaderni Luiss*, 2, Giuffrè, Milano, 1996.
- SILVESTRI E.**, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1956.
- SILVESTRI E.**, *L'attività interna della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1950.
- SORACE D.**, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000.
- SORRENTINO F.**, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2001.

SPANO M.P. – PINNA P., *Le ordinanze del Ministro per il coordinamento della protezione civile*, in U. De Siervo (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, il Mulino, Bologna, 1992, 445.

SPASIANO M. R., *Interessi pubblici e soggettività emergenti: gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, Giannini, Napoli, 1996.

SPASIANO M., *Profili giuridico-amministrativi in ordine all'emergenza dell'utilizzo dei fondi europei da parte degli enti locali territoriali*, in *Annuario AIPDA*, 2005, Milano, Giuffrè, 2006.

SPASIANO M.R., *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, entrambi in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2005.

SPASIANO M.R., *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, 1995.

SPASIANO M.R., *Spunti di riflessione, in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la "regola del caso"*, in *Dir. amm.*, 2000.

STIPO M., *L'interesse pubblico: un mito sfrattato?*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III.

STROZZI G., *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

SUNSTEIN C.R., *Irreversibility*, www.ssrn.com.

TEDESCHINI F. – FERRELLI N., *Il Governo dell'Emergenza*, Jovene, Napoli, 2010.

TESAURO F., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Torino, 1961, 52,

TIGANO A., *Garanzie dei singoli ed esercizio del potere amministrativo*, in *Impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*, 6, 1979.

TIGANO A., *Premesse per uno studio su: pluralismo amministrativo e legittimazione a resistere*, in *Scritti per Enzo Silvestri offerti dagli allievi*, Milano, Giuffrè, 1992.

TOSATO E., *Prestazioni patrimoniali imposte e riserva di legge*, in *Scritti ambrosiani*, III, Milano, 1970.

- TOSATO E.**, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959.
- TRAVI A.**, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995.
- TREMONTI G. – VITALETTI G.**, *Il federalismo fiscale. Autonomia municipale e solidarietà sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- TREVES G.**, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956.
- TRIFONE R.**, *Ordinanze*, in *Dig. It.*, XVII, Torino, 1904.
- TRIMARCHI F.**, *Principio di precauzione e qualità dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006.
- TROISE ZOTTA M.**, *L'Ufficio Territoriale di Governo: una organizzazione rinnovata ed un formazione mirata dei quadri* (Intervento al Convegno di Roma del 26 ottobre 2001 sul tema "Ufficio Territoriale del Governo: costruiamo una nuova presenza nel territorio"), in *www.interno.it*.
- TROPEA G.**, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Ed. scientifiche italiane, Napoli, 2010.
- TROPEA G.**, *Spigolature in materia di sicurezza urbana*, in *www.giustamm.it*, 12/2011.
- TRUTE H.H.**, *From past to future risk-form private to public law*, in *Revue européenne de droit public*, 2003.
- VENTIMIGLIA C.**, *Una emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Consiglio di Stato*, I, 2004.
- VERBARI G.B.**, *Requisizione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- VESPERINI G.**, *Il sindaco nell'Italia unitaria*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007.
- VIRGA P.**, *Diritto amministrativo*, Milano, vol. II, 1985.
- VIRGA P.**, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 39.
- VITTA C.**, *Diritto amministrativo*, Torino, 1962.

WEBER M., *Economia e società. I. Teoria delle categorie sociologiche*, Torino, 1999.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, Milano, 1959.

ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1924, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, 1955.

ZEI A., *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. 2008, III, 670.