

ORDINANZE (DIR. AMM.)

SOMMARIO: 1. Le ordinanze amministrative. — 2. I caratteri delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza. — 3. I limiti posti dalle riserve di legge e dai principi dell'ordinamento giuridico. — 4. Il sindacato giurisdizionale.

1. Le ordinanze amministrative. — La parola *ordinanza*, nel nostro come in altri ordinamenti giuridici (così *ordonnance* in Francia; in Gran Bretagna invece *order* segna l'atto giurisdizionale, l'*ordinance* quello municipale o ministeriale), indica atti che hanno una disciplina diversa per competenza, per efficacia ed effetti che a tali atti si intende riconoscere. In Italia si ritrovano le ordinanze tra gli atti tipici delle giurisdizioni, unitamente alle sentenze e ai decreti (art. 131-135 c.p.c.), attribuite per risolvere questioni processuali, oppure per concludere la fase cautelare ed eventualmente definire il giudizio (art. 21, l. n. 1034/1971).

Di maggiore interesse sono le ordinanze che toccano i rapporti tra potere legislativo e pubblica amministrazione. Ancora a fine ottocento la parola *ordinanza* — non in via esclusiva — contrassegnava il potere regio di emanare atti urgenti in deroga alla legislazione vigente (perché le camere sono chiuse ed occorre provvedere). Atti che sono poi confluiti nella c.d. decretazione d'urgenza, così denominata poiché, di questi decreti con forza di legge, si era invocato il fondamento — analogico — delle leggi che disciplinavano lo stato d'assedio in tempo di guerra, cui è seguita la previsione legislativa nella l. n. 100/1926, confluita poi nella vigente Costituzione della Repubblica

(art. 77), che ha determinato un ritorno all'originaria cessazione retroattiva dell'efficacia del decreto legge per mancata conversione in legge (*ex tunc*).

Definitivamente separata la parola *ordinanza* dai decreti aventi forza di legge — ora previsti in Costituzione — ed elevato ogni ulteriore spazio degli atti o fatti di necessità come fonti del diritto all'ambito delle teorie sul potere costituente, la parola *ordinanza* permane nel nostro ordinamento come denominazione, sia dei ricordati atti giurisdizionali, sia per taluni atti amministrativi.

Le ordinanze nel diritto amministrativo coprono una vasta area nella quale rientrano molti atti amministrativi, siano essi regolamenti o atti generali attribuiti alla competenza di un organo monocratico (per es. ordinanze del sindaco previste dal codice della strada), da cui si distinguono altri provvedimenti tipici che sono però a presupposto necessitato (ordinanza di demolizione di un edificio pericolante; di abbattimento di animali affetti da malattie diffuse) ove — come d'ordinario per gli atti amministrativi — il contenuto dell'ordine che in concreto può impartire l'amministrazione pubblica è predefinito dalla norma di legge attributiva del potere. La categoria di maggior fascino teorico è stata quella delle ordinanze di necessità urgenza (si v. par. 2) e

tra queste le ordinanze «contingibili ed urgenti» che segnano un particolare rapporto con le competenze di organi o autorità locali.

Nel primo tipo la persistente denominazione ordinanze non segnala più con il *nomen juris* una categoria particolare nella classificazione degli atti amministrativi, cui segue una speciale ed unitaria disciplina, ma rimane come una debole traccia delle ragioni tradizionali che un tempo erano rilevanti nei rapporti tra poteri territoriali. Nel secondo tipo la parola ordinanza, che si vuole abbandonata a favore dei «provvedimenti necessitati», si tratta di atti amministrativi che trovano fondamento in una norma eccezionale (art. 14, disp. prel.), cioè ove l'attribuzione di un potere tipico diviene d'eccezione solo in ragione del presupposto previsto in legge, la quale consente dunque di servirsi solo in quelle particolari situazioni d'eccezione (es. malattie epidemiche, o rovina di edifici).

L'ultimo tipo denominato comunemente ordinanze amministrative di necessità ed urgenza trova fondamento in molte disposizioni di legge ordinaria (art. 2 t.u.p.s.; art. 32, l. n. 833/1978; art. 50 e 54, d.l.g. n. 267/2000) le quali in situazioni di necessità e urgenza oppure contingibili ed urgenti attribuiscono ad organi della pubblica amministrazione il potere di emanare i provvedimenti necessari a superare la situazione attuale di pericolo per interessi pubblici o collettività locali.

2. I caratteri delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza. — Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza, si distinguono dalle ordinanze giurisdizionali (par. 1), ma anche dalle ordinanze legislative di necessità e urgenza poi ridenotate decreti legge, che sono ora disciplinate dalla Costituzione, che oltre al *nomen juris*, ne definisce l'organo competente (governo: art. 77, co. 1, cost.), il procedimento e i presupposti di emanazione (art. 77, co. 2 e 3, cost.), attribuendo a tali atti, seppure in via precaria, la forza di legge, poi dissolta ove non confermata dal parlamento entro sessanta giorni dalla pubblicazione (art. 77, co. 1 e 3, cost.).

La questione — più volte dibattuta

— dell'attribuzione della forza di legge alle ordinanze amministrative di necessità e urgenza e conseguentemente della definizione di tali atti tra le fonti del diritto, parrebbe chiusa dall'interpretazione della parola «governo» indicata in Costituzione (individuato nel consiglio dei ministri, salvo i tempi di guerra: art. 78 cost.), dal diverso procedimento normalmente previsto per le ordinanze amministrative che non prevede una presentazione al parlamento per la conversione in legge, ma soprattutto dalla ritenuta impossibilità per il legislatore ordinario di attribuire (o togliere) la forza di legge, che è data dalla fonte costituzionale a determinati atti (numero chiuso) e che la costituzione stessa sottopone al particolare sindacato giurisdizionale della Corte costituzionale (art. 134 cost.), tra i quali si è ripetutamente escluso che rientrino le ordinanze amministrative di necessità e urgenza (C. cost., n. 8/1956; n. 26/1961; n. 100/1987; n. 14/1971).

Il mancato riconoscimento della forza di legge definisce il carattere amministrativo delle ordinanze di necessità ed urgenza, che si rivela ancora nei limiti posti al potere stesso che, non solo non può violare norme costituzionali, siano esse norme sostanziali (art. 21, 41, 42, 32, cost.) o norme sulla produzione (riserve di legge: si v. par. 3), ma neppure (a differenza dai decreti legge) emanare ordinanze in deroga ai principi dell'ordinamento giuridico (par. 3). La questione si è posta poiché in alcuni casi il potere di ordinanza è stato esercitato in contrasto con diritti costituzionalmente tutelati ed in materie sottoposte a riserve assolute di legge (sono vicende cui pongono termine: C. cost., n. 8/1995 e n. 26/1961), o con i principi (si cfr. par. 4) che in un determinato periodo sono stati ritenuti propri del nostro ordinamento giuridico (Cass. Torino, 11 luglio 1877; 13 maggio 1877, in *Riv. amm.*, 1877, p. 479; 30 maggio 1888, Manelli, *ivi*, 1888, p. 557, che disapplicano ordinanze di limitazione dell'esercizio del culto). La questione si è potuta verificare per la peculiare struttura della norma attributiva del potere di ordinanza la quale non enuncia un contenuto del potere (il paradigma è dato dall'art. 2 t.u.p.s.: «adotta, in situazioni di necessità e ur-

genza, i provvedimenti che ritiene indispensabili nel pubblico interesse»), da cui è sorto il dubbio che nel massimo grado di necessità ed urgenza si potesse giungere a disporre qualsiasi cosa in deroga ad ogni disposizione di legge. Non solo — come appare ragionevole — la deroga si sarebbe potuta esprimere con effetto verso le norme sul procedimento (ed in ragione del grado di urgenza), ma per necessità anche verso qualsiasi norma di legge posta a protezione dei diritti soggettivi. Taluno ha ritenuto possibile consentire all'autorità di imporre divieti, o di impartire tutti gli ordini necessari a soddisfare il pubblico bisogno, con il solo limite della proporzionalità (par. 4) tra divieto o ordine (che dispone del bene oggetto di sacrificio) e fine di interesse pubblico tutelato.

3. I limiti posti dalle riserve di legge e dai principi dell'ordinamento giuridico. — A soli dieci anni dalle leggi di unificazione (1875) e prima della fondazione della giustizia amministrativa in Italia (1889), i principi dell'ordinamento giuridico sono stati visti [V. CONTI (I.12)] come vincolo unitario del potere dell'ente comune di porre limiti alla proprietà e alla iniziativa economica, sia con ordinanza contingibile ed urgente, sia con i regolamenti. Più tardi si ritiene che il «sindaco, pria di emettere qualsiasi divieto, è necessario ed indispensabile che porti un accurato studio sulle leggi che vi abbiano attinenza, allo scopo di accertarsi che non sia vietato, perché in tal caso corrobberebbe rischio di vederlo dichiarato inattendibile». È con il finire dell'ottocento (1893) che si ha una consapevole enunciazione dei principi come limite generale del potere di ordinanza, poiché il «sindaco non può, coi suoi provvedimenti adottare misure non consentite dalle leggi generali e dai principi che informano la legislazione e le istituzioni dello Stato, o che riguardano o governano interessi pubblici di un ordine più alto e più generale» [T. CARNEVALI (I.11)] e «gli atti di imperio del Sindaco non possono uscire dall'orbita assegnata al potere amministrativo» [T. CARNEVALI (I.11)].

La formulazione dei limiti al potere

di ordinanza muta con l'ordinamento repubblicano, ove dall'unitario limite dei principi dell'ordinamento è ritagliato quello dei limiti sostanziali ai diritti soggettivi (proprietà privata, iniziativa economica, libertà di pensiero, di religione) e sulla produzione normativa (riserve di legge) posti dalla Costituzione. Se i primi sono limiti sostanziali per il legislatore, *a fortiori* debbono essere rispettati dell'amministrazione pubblica anche ove prenda di esercitare il potere di ordinanza di necessità ed urgenza.

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 predefiniti in legge (C. cost., n. 12/1960; n. 4/1962; n. 39/1963; n. 55/1963; soggetto passivo implicito: C. cost., n. 56/1972; n. 52/1967; n. 507/1988; prestazioni alternative: C. cost., n. 144/1972; *per relationem* ad accertamento tecnico C. cost., n. 122/1957).

Le riserve di legge assolute richiedono inoltre che la disciplina del procedimento sia definita in legge (salvi i regolamenti esecutivi a discrezionalità tecnica), mentre quelle relative impongono semplicemente che il legislatore assicuri con principi e criteri direttivi un adeguato sindacato giurisdizionale di legittimità (par. 4) dell'esercizio del potere pubblico (C. cost., n. 4/1957; n. 30/1957; n. 51/1960; n. 55/1963; n. 21/1969; n. 67/1963; n. 47/1957; n. 2/1962), anche solo consentendo al vizio di eccesso di potere di operare correttamente (C. cost., n. 103/1957; n. 301/1983; n. 201/1975; n. 127/1963; n. 39/1963; n. 52/1967).

La differente prospettazione ha portato a ritenere (C. cost., n. 8/1956; n. 26/1961; n. 100/1978) in conformità alla tradizione storica (par. 2) che sotto riserva assoluta è difficile configurare un intervento del potere di ordinanza di necessità ed urgenza, al contrario in materie di riserva relativa che è il campo di elezione tradizionale del potere in esame (art. 42, 41, 23, cost.).

La norma attributiva del potere di ordinanza contiene enunciati che attendono all'organo emanante (soggetto at-

tivo), ai presupposti di esercizio del potere, al fine (o motivi) di interesse pubblico, talvolta alle materie di intervento, mentre non definisce il tipo di prestazione e il soggetto passivo. Si è detto che la norma in esame proprio in forza di tali enunciati vale a richiamare in capo all'organo titolare del potere di ordinanza tutti i poteri già attribuiti da disposizioni di legge ad organi dell'amministrazione pubblica («potere dittatorio») — salvo riserva a determinati organi o enti (es. art. 105 cost.). Le norme di legge così richiamate sono tuttavia depurate (derogate) dei vincoli specifici in ordine alla competenza, ai presupposti e al fine di interesse pubblico, mentre si affermano invece gli enunciati più generali definiti dalla norma attribuita del potere di ordinanza di necessità ed urgenza.

A tal fine una previsione legislativa come l'art. 7, l. 22 marzo 1865, n. 2248 All. E — in combinato con l'art. 42, co. 3, cost. — pare sufficiente a soddisfare ogni obbligo previsto dalla riserva di legge, più in generale: limiti di esistenza del potere di ordinanza che di volta in volta può esercitare l'amministrazione, conferendo un potere generale i limiti di disporre della proprietà privata in situazioni di necessità ed urgenza, salvo indennizzo. In legge infatti sono compresi al tempo stesso sia la previsione della prestazione imposta, sia il giudizio di relazione (di prevalenza o soccombenza) tra beni contrapposti (interessi pubblici e privati).

La predeterminazione legislativa di prestazioni di fare (es. precettazioni) non consente invece l'individuazione *ex ante* delle posizioni soggettive sacrificate, né degli interessi pubblici tutelati di volta in volta con l'ordinanza: dalla previsione astratta di disponibilità alla pubblica amministrazione di ogni prestazione conforme alla «condizione, arte, o professione» del soggetto passivo (art. 258, t.u. sanitario) non si desumono le posizioni soggettive coinvolte che possono ogni qualvolta essere sacrificate, né per quali interessi pubblici. Vi è differenza tra l'imporre per sei mesi prestazioni di due ore, otto, o sedici al giorno: nel secondo caso può essere toccata la libertà di iniziativa economica del destinatario, nel terzo è revocato in dubbio il suo stesso diritto alla

salute, o alla famiglia, con lesione dei limiti massimi dell'orario giornaliero riservati alla legge (art. 36, co. 2, cost.).

I principi dell'ordinamento giuridico assumono per le prestazioni di fare il significato di limite ulteriore: verificata la conformità della prestazione imposta al tipo previsto dalla legge (art. 23 cost.) occorre ulteriormente definire la conformità ai principi dell'ordinamento giuridico (C. cost., n. 26/1961) dell'ordinanza, più precisamente del giudizio di prevalenza tra interesse pubblico e diritti soggettivi in essa espresso dalla pubblica amministrazione. L'interpretazione (per il tramite dei principi dell'ordinamento giuridico) del confine libertà-autorità così fornita dalla pubblica amministrazione con l'emanazione dell'ordinanza è soggetta al sindacato del giudice ordinario secondo la disciplina generale (art. 2, l. n. 2248/1865, All. E).

4. Il sindacato giurisdizionale. —

Le ipotesi di incompetenza del potere di ordinanza si restringono ai casi di violazione di una riserva posta a favore di un determinato organo o ente (si cfr. par. 3) o di incompetenza relativa tra organi titolari del potere di ordinanza (sindaco, prefetto, presidente della giunta regionale, presidente della giunta regionale, ministero degli interni o della salute). È illegittima l'ordinanza di necessità ed urgenza ove sarebbe stato sufficiente al fine perseguito l'esercizio di un potere tipico indicato dalla legge, ivi compresi i provvedimenti a presupposto necessitato (par. 2). La deroga delle norme procedurali definita nei poteri tipici è regolata dal grado dell'urgenza di cui occorre dare motivazione nell'ordinanza. L'ipotesi più frequente di vizi di legittimità delle ordinanze è dato dal vizio di eccesso di potere per illogicità tra la gravità dell'emergenza e il contenuto dell'imposizione, oppure per difetto di proporzionalità tra quest'ultimo e il fine in concreto voluto perseguire dall'amministrazione. Dei vizi di legittimità conosce il giudice amministrativo secondo le regole generali, salva la giurisdizione di merito del giudice stesso per le ordinanze locali contigibili ed urgenti (art. 1, r. d. 26 giugno 1924, n. 1058, richiamato dall'art. 27 t.u. Cons. St.), mentre del sindacato del

giudice ordinario si è già riferito (par. 3), dovendo solo ricordare che quest'ultimo — rilevata la violazione dei principi dell'ordinamento giuridico — giudica dei diritti soggettivi lesi, previa disapplicazione dell'ordinanza, secondo le regole generali (art. 4 e 5, l. n. 2248/1865, All. E).

ROBERTO CAVALLO PERIN

Bibliografia

- 1.** L. R. TRIFONE, voce *Ordinanze*, in *D.I.*, XVII, Torino, Utet, 1907, p. 989 ss.; **2.** A. ORIGONE, voce *Ordinanza*, in *N.D.I.*, IX, Torino, Utet, 1939, p. 296 ss.; **3.** F. BARTOLOMEL, voce *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980; **4.** Id., *Il potere di ordinanza e le ordinanze di necessità*, Milano, Giuffrè, 1979; **5.** E. BONAUDI, *Dei provvedimenti d'urgenza del sindaco*, Torino, Flli Bocca, I ed. 1907, II ed. 1920; **6.** R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè 1990; **7.** L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, Giuffrè, 1953; **8.** U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Jovene, 1954; **9.** M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, p. 388 s.; **10.** G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Nss. D.I.*, XII, 1965; **11.** T. CARNEVALI, *Trattato di diritto comunale italiano*, Mantova, 1899, II ed. 1893; **12.** V. CONTI, *Il sindaco nel diritto amministrativo italiano*, Napoli, G. Marghieri, 1875, p. 286-87.