

PUBBLICO » ORDINE E ORDINANZA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO (I agg.)

Bibliografia: F. Bartolomei, «Ordinanza (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980; Id., *Il potere di ordinanza e le ordinanze di necessità*, Milano, 1979; F. Bassi, «Ordine (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 995 ss.; Bonaudi, *Dei provvedimenti d'urgenza del sindaco*, Torino, 1907, 2^a ed. 1920; Carnevali, *Trattato di diritto comunale italiano*, Mantova, 1899, 1^a ed. 1893; Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; Id., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, *D.Amm.*, 2005, 777; V. Conti, *Il sindaco nel diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1875, 286-87; Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; Galateria, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, 1953; Id., *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950; Gargiulo, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, *G.C.C.C.*, 1948, 388 s.; Origone, «Ordinanza», in *N.D.I.*, Torino, 1939, 296; Rescigno, «Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost e amm.)», in *NN.D.I.*, XII, Torino, 1965; Trifone, «Ordinanze», in *D.I.*, Torino, 1907, 989.

Sommario: [1. Ordini e ordinanze.](#) - [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. L'annullabilità di ordini e ordinanze amministrative.](#)

1. Ordini e ordinanze.

Nel diritto amministrativo le ordinanze e gli ordini coprono una ampia area degli atti giuridici delle pubbliche amministrazioni: oltre ai provvedimenti (puntuali e concreti) il nome è utilizzato sia per atti normativi (es. regolamenti, bandi militari, ecc.) sia per atti generali attribuiti alla competenza di un organo monocratico (es. ordinanze del sindaco previste dal codice della strada).

Tra i provvedimenti amministrativi sono individuati come ordini i comandi e i divieti che definiscono esattamente il comportamento che in concreto deve tenere il destinatario, sicché ellitticamente si afferma che dell'ordine (esattamente) adempiuto risponde chi l'ha impartito; permane invece la responsabilità personale dell'esecutore dell'ordine ove la sua esecuzione importi la commissione di un reato, e di nuovo ellitticamente si afferma che senza oltrepassare tale limite (reato) il destinatario è tenuto ad eseguire l'ordine.

L'ordine è una categoria di provvedimenti amministrativi che ha a presupposto e perciò individua anzitutto all'interno dell'organizzazione amministrativa un rapporto di gerarchia tra chi impartisce l'ordine ed il suo destinatario.

Nei rapporti con i terzi gli ordini sono provvedimenti che non indicano affatto una soggezione all'organizzazione pubblica ma unicamente segnano in concreto il comportamento da tenere da parte dei destinatari secondo quanto definito dalla legge.

Anche in situazioni d'emergenza taluni atti amministrativi hanno visto il *nomen* ordinanza abbandonato a favore della denominazione *provvedimenti necessitati*, ove — seppure i presupposti sono d'eccezione (alluvioni, epidemie, pericolo per l'incolumità o l'igiene pubblica, ecc.) — i contenuti e gli oggetti del potere restano esattamente definiti dalla legge (es. ordinanza di demolizione di un edificio pericolante; d'abbattimento di animali affetti da malattie diffuse).

Da questi si distinguono tuttora nettamente le *ordinanze di necessità urgenza* (es. art. 2 t.u.p.s.) e tra

queste la categoria particolare denominata *ordinanze contingibili ed urgenti* perché contrassegnate da un particolare rapporto con le competenze degli organi degli enti territoriali (artt. 50 e 54, d.lg. n. 267/2000; art. 32 legge n. 833/1978).

Il *nomen juris* *ordinanza* senz'altra precisazione non indica dunque una precisa classe di atti amministrativi cui ricondurre una determinata disciplina, ma permane utile come richiamo alle ragioni di un tempo segnate da un particolare rapporto con la fonte legislativa di tale ampia categoria di atti, che in situazioni d'eccezione consente a determinati organi della pubblica amministrazione di provvedere affinché venga superata l'attuale situazione di pericolo per determinati interessi pubblici.

2. I caratteri delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza.

Separata definitivamente la categoria giuridica delle ordinanze amministrative dai decreti legge — per la diversa disciplina prevista in Costituzione — ed attratto alle teorie sul potere costituente ogni ulteriore definizione di atti o fatti di necessità come fonti del diritto la parola *ordinanza* è rimasta nel nostro ordinamento come denominazione di alcuni atti delle giurisdizioni (artt. 131, 134 c.p.c.; art. 21 l. 6-12-1971, n. 1034 istitutiva dei T.A.R.) e per taluni atti amministrativi.

La Costituzione disciplina i decreti legge definendone, oltre al *nomen juris*, l'organo competente (governo: art. 77, 1° co., Cost.), il procedimento e i presupposti d'emanazione (art. 77, 2° e 3° co., Cost.), ed attribuendo a tali atti l'immediata seppure precaria forza di legge, che si dissolve retroattivamente salvo conversione in legge entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione (art. 77, co. 1° e 3°, Cost.).

La questione — più volte riproposta — dell'attribuzione della forza di legge alle ordinanze amministrative di necessità e urgenza è stata chiusa ⁽¹⁾ dalla riconosciuta impossibilità per il legislatore ordinario di attribuire (o togliere) la forza di legge agli atti giuridici trattandosi di oggetto riservato alla sola fonte costituzionale: ora le leggi e gli atti aventi forza di legge da cui si afferma la giurisdizione della Corte costituzionale sul sindacato di legittimità costituzionale degli atti aventi forza di legge (art. 134 Cost.). L'assenza della forza di legge definisce la natura amministrativa delle ordinanze di necessità ed urgenza, confermando anche per le ordinanze in esame i limiti posti dall'ordinamento giuridico agli atti amministrativi. Se condivide con gli atti aventi forza di legge la soggezione alle norme costituzionali sostanziali (artt. 13, 21, 41, 42, 32 Cost.) o sulla produzione (v. riserve di legge *infra* par. 3) a differenza di questi le ordinanze di necessità e urgenza non hanno la capace di derogare alle fonti legislative ordinarie che definiscono norme principio dell'ordinamento giuridico (*infra* par. 3).

La questione storicamente si è evidenziata in alcuni casi di potere d'ordinanza che imponeva gravi limitazioni a libertà costituzionali in materie che nell'ordinamento repubblicano sono sottoposte a riserve assolute di legge (libertà di stampa, o di rivolgere petizioni al parlamento; vicende cui pongono termine C. Cost. n. 8/1956 e n. 26/1961) diritti che già avevano ricevuto tutela con lo statuto albertino ⁽²⁾ oppure contro norme ritenute principi dell'ordinamento giuridico prevalenti in un determinato periodo storico (*infra* par. 4).

La peculiare struttura della norma attributiva del potere di ordinanza non enuncia un contenuto astratto del potere a limitazione dei diritti soggettivi (il paradigma è dato dall'art. 2, t.u.p.s.: «adotta, in situazioni di necessità e urgenza, i provvedimenti che ritiene indispensabili nel pubblico interesse») perciò è sorto il dubbio se il potere d'ordinanza dell'amministrazione pubblica non trovasse limiti assoluti in presenza di un sommo grado di necessità ed urgenza, divenendo capace in

ragione dei presupposti di disporre in deroga ad ogni disposizione di legge.

Più precisamente si era ipotizzato che la deroga potesse liberare l'amministrazione non solo dalle disposizioni sul procedimento in ragione dell'urgenza nel provvedere, ma per necessità anche dalle norme di legge a tutela dei diritti soggettivi, consentendo all'autorità l'imposizione dei divieti o degli ordini necessari a soddisfare il pubblico bisogno con il solo limite della proporzionalità (*infra* par. 4) tra ordinanza che dispone del bene oggetto di sacrificio e tutela dell'interesse pubblico.

3. I limiti posti dalle riserve di legge e dai principi dell'ordinamento giuridico.

A dieci anni dalle leggi di unificazione dello Stato italiano (1875) e prima dell'istituzione della giustizia amministrativa in Italia (1889), i principi dell'ordinamento giuridico sono stati visti ⁽³⁾ come vincolo unitario del potere dei comuni di porre limiti alla proprietà e alla iniziativa economica, sia con ordinanza contingibile ed urgente, sia con i regolamenti. Poco più tardi si ritiene che il «sindaco, prima 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 correrebbe il rischio di vederlo dichiarato inattendibile», ma è solo sul 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» e «gli atti di imperio del Sindaco non possono uscire dall'orbita assegnata al potere amministrativo» ⁽⁴⁾.

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

Le *riserve di legge* — non importa se assolute o relative — impongono alla pubblica amministrazione di ritenere ad essa lecitamente attribuito un potere pubblico solo se siano stati predeterminati in legge il *soggetto attivo*, *l'oggetto* (o *prestazione imposta*) ed il *soggetto passivo* ⁽⁵⁾.

Se le *riserve assolute* di legge richiedono specificamente che l'intero procedimento amministrativo sia disciplinato in legge, salvi gli spazi residuo accordati dall'ordinamento ai regolamenti esecutivi o a discrezionalità tecnica, al contrario le *riserve relative* prescrivono unicamente che il legislatore assicuri un adeguato sindacato giurisdizionale di legittimità (*infra* par. 4) dell'esercizio del potere pubblico ⁽⁶⁾, anche solo consentendo al vizio d'eccesso di potere di operare correttamente prevedendo se del caso enunciati a tal fine utili ⁽⁷⁾.

Si è ritenuto perciò — in conformità alla tradizione storica (*supra* par. 2) — che sotto riserva assoluta sia difficile configurare un intervento del potere di ordinanza di necessità ed urgenza, al contrario in materie di riserva relativa considerato il campo di elezione tradizionale del potere in esame (artt. 42, 41, 23 Cost.) ⁽⁸⁾.

La norma attributiva del potere d'ordinanza contiene enunciati che attengono all'organo emanante (soggetto attivo), ai presupposti d'esercizio del potere, al fine (o motivi) d'interesse pubblico, talvolta alle materie d'intervento, manca invece una definizione del tipo di prestazione e — ove necessario — del soggetto passivo.

Tale norma attributiva — derogando in situazione d'emergenza all'ordine delle competenze delle

pubbliche amministrazioni — richiama in capo al titolare del potere d'ordinanza tutti i poteri che le leggi hanno attribuiti ad organi od enti dell'amministrazione pubblica (c.d. effetto da *potere dittatorio*), salvo i limiti di una riserva costituzionale a determinati organi o enti (es. art. 105 Cost.). Il richiamo di tali poteri è tuttavia depurato di tutti i vincoli specifici delle norme derogate sui presupposti del potere e sul fine di interesse pubblico, per i quali ora valgono solo quelli (più ampi) previsti dalla norma attribuita del potere di ordinanza di necessità ed urgenza.

L'amministrazione può avere la necessità di disporre con immediatezza di beni mobili o immobili oppure di prestazioni di fare corrispondenti alle diverse professionalità che appaiono indispensabili a fronteggiare le situazioni di necessità.

Per soddisfare gli obblighi previsti dalla riserva di legge in materia di beni (art. 42 Cost.) è sufficiente richiamare il combinato disposto di una norma attributiva del potere di ordinanza e dell'art. 71. 22-3-1865, n. 2248 All. E — oppure dell' art. 835 c.c. — poiché entrambe le disposizioni consentono di riconoscere in capo all'amministrazione un generale potere di disporre della proprietà privata in situazioni di necessità ed urgenza, salvo indennizzo al proprietario. La legge determina al tempo stesso sia la previsione della prestazione imposta (disporre di un bene in proprietà privata di terzi), sia del giudizio di prevalenza tra beni contrapposti poiché ivi si definisce qualsiasi interesse pubblico come bene prevalente sulla proprietà privata.

La predeterminazione legislativa di prestazioni di fare (es. precettazioni) invece non consente l'individuazione ex ante delle posizioni soggettive sacrificate nel caso concreto, né degli interessi pubblici tutelari di volta in volta con l'ordinanza. Da una previsione di legge che mette in disponibilità alla pubblica amministrazione ogni prestazione conforme alla «condizione, arte, o professione» del soggetto passivo (art. 258 t.u. san.) 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 otto o sedici al giorno: nel primo caso si tocca la libertà di iniziativa economica del destinatario, nel secondo è revocato in dubbio lo stesso diritto alla salute o alla famiglia, con lesione dei limiti massimi riservati alla legge (art. 36, 2° co., Cost.).

I principi dell'ordinamento giuridico assumono soprattutto 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 dell'ordinanza ai principi dell'ordinamento giuridico (C. Cost., n. 26/1961), 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 (art. 2 legge n. 2248/1865, All. E) o alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

4. L'annullabilità di ordini e ordinanze amministrative.

Gli ordini e gli altri atti amministrativi tipici, anche quelli previsti per situazioni necessitate (§ 1), sono annullabili secondo le regole ordinarie ogni qualvolta siano viziati per incompetenza, eccesso di potere o per violazione di legge (l. 7-8-1990, n. 241, art. 21 octies), occorre riconoscere che per il potere d'ordinanza di necessità e urgenza è tradizionalmente ridotto al minimo lo spazio riservato a quest'ultimo vizio di legittimità. La deroga di ogni norma procedimentale definita nei poteri tipici è regolata dal grado dell'urgenza di cui occorre dare sufficiente motivazione nell'ordinanza e la cui violazione evidenzia un vizio di eccesso di potere.

Il vizio d'incompetenza è limitato ai casi d'emanazione dell'ordinanza di necessità e urgenza ad opera di organi non titolari del potere stesso, oppure dalla violazione di una *riserva di competenza* a

favore di un determinato organo o ente (*supra* par. 3) o d'incompetenza relativa tra organi titolari del potere di ordinanza (sindaco, prefetto, presidente della giunta regionale, ministro degli interni o della salute).

Maggiore consistenza ha il vizio d'eccesso di potere anzitutto perché si ritiene illegittima l'ordinanza di necessità ed urgenza ove sarebbe stato sufficiente al fine l'esercizio di un potere tipico indicato dalla legge, ivi compresi i provvedimenti a presupposto necessitato (*supra* par. 2).

L'ipotesi più frequente tuttavia è data dal vizio di eccesso di potere per difetto di logicità o di proporzionalità tra presupposti (gravità dell'emergenza) e mezzi (contenuto dell'imposizione), oppure tra quest'ultimi e il fine d'interesse pubblico 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 contingibili ed urgenti (art. 1 r.d. 26-6-1924, n. 1058, richiamato dall'art. 27 t.u. C. St.).

⁽¹⁾ C. Cost. n. 8/1956; n. 26/1961; n. 100/1987; n. 14/1971.

⁽²⁾ Per ordinanze a limitazione dell'esercizio della libertà di culto: Cass. Torino, 11-7-1877; Cass., 13-5-1877, in *Riv. amm.*, 1877, 479; Cass., 30-5-1888, Manelli, *ivi*, 1888, 557.

⁽³⁾ V. Conti, *Il sindaco nel diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1875, 286-87.

⁽⁴⁾ Carnevali, *Trattato di diritto comunale italiano*², Mantova, 1899, 1893.

⁽⁵⁾ C. Cost. n. 12/1960; n. 4/1962; n. 39/1963; n. 55/1963; per soggetto passivo implicito: C. Cost. n. 56/1972, n. 52/1967, n. 507/1988; per prestazioni alternative: C. Cost. n. 144/1972; per relationem ad accertamento tecnico: C. Cost. n. 122/1957.

⁽⁶⁾ 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.

⁽⁷⁾ Per "principi e criteri direttivi": C. Cost. n. 103/1957; n. 301/1983; n. 201/1975; n. 127/1963; n. 39/1963; n. 52/1967.

⁽⁸⁾ C. Cost. n. 8/1956, n. 26/1961; n. 100/1978.