

Le ordinanze sindacali di necessità e urgenza al ricorrere di emergenze di carattere nazionale: il caso dello Stretto di Messina*

di Elena Affannato – Dottoranda di ricerca nell'Università di Teramo

ABSTRACT: In the context of the measures adopted by the various levels of government to counter the epidemiological emergency caused by COVID-19, this paper intends to analyze the Mayors' ordinances of necessity and urgency, not without having provided a prior general reconstruction of the requirements and the limits that legitimize their adoption. In particular, the unitary needs of containment of the pandemic have determined a re-modulation of the power of ordinance by the sub-state government levels, to avoid that regional or local interventions could frustrate the overall emergency management strategy, especially in cases in which they provide limitations to constitutional freedoms. In this context, the ordinance of the Mayor of Messina of 5 April 2020, which regulated the crossing of the Strait of Messina, posed problems of maintenance of the unity of the legal system and induced the Ministry of the Interior to promote its extraordinary nullification with the endorsement of the Council of State in a consultative session.

SOMMARIO: 1. L'annullamento straordinario dell'Ordinanza del Sindaco di Messina per la regolazione dell'attraversamento dello Stretto di Messina. – 2. La ricostruzione del quadro normativo emergenziale. – 3. L'inquadramento sistematico delle ordinanze di necessità e urgenza. – 4. Le ordinanze sindacali nel contesto dell'emergenza sanitaria.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. L'annullamento straordinario dell'Ordinanza del Sindaco di Messina per la regolazione dell'attraversamento dello Stretto di Messina

Con il parere n. 735 del 7 aprile 2020, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'esercizio da parte del Governo del potere di annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020, a tutela dell'unità dell'ordinamento, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988 e dell'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL).

L'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105/2020¹, in ragione dell'attuale emergenza sanitaria e dell'evolversi della situazione epidemiologica sul territorio nazionale, prevedeva una serie di misure restrittive volte a regolamentare il transito dalla e verso la Sicilia attraverso il Porto di Messina (Rada San Francesco, Porto Storico), sia che si viaggiasse a piedi sia che si viaggiasse a bordo di un qualsiasi mezzo di trasporto, al fine di contingentare i potenziali flussi di spostamenti di persone, incompatibili con gli obiettivi di contenimento del virus COVID-19, stante l'esigenza di evitare conseguenze sul mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza.

In particolare, per l'attraversamento dello Stretto, l'ordinanza statuiva l'obbligo di registrazione sul portale online dedicato e, con specifico riferimento alla regolamentazione del transito in entrata, prevedeva altresì l'obbligo di compiere specifiche attività, tra cui, fornire dati identificativi personali e relativi alla località di provenienza, di destinazione e ai motivi del trasferimento, condizionando lo spostamento al rilascio di apposito nulla osta da parte del Comune di Messina ovvero, nel caso in cui il Comune di destinazione fosse diverso, da parte del relativo Sindaco.

L'ordinanza escludeva dal suo ambito applicativo i mezzi di soccorso e le Forze dell'Ordine e di Polizia che viaggiassero per motivi di servizio e introduceva un regime semplificato per i passeggeri viaggiatori c.d. "pendolari dello Stretto" per i quali la procedura avrebbe dovuto aver luogo solo al primo attraversamento.

¹ Avente ad oggetto "Ordinanza contingibile e urgente ex art. 50 D. Lgs. 267/2000. Misure urgenti per l'attuazione dei D.P.C.M. 8/3/2020, D.P.C.M. 9/3/2020 e D.P.C.M. 11/3/2020. Attraversamento dello Stretto di Messina attivazione del sistema di prenotazione online www.sipassaacondizione.comune.messina.it. Revoca Ordinanza Sindacale n. 80 del 26 marzo 2020 e disciplina utilizzo banca dati finalizzata alla verifica delle condizioni per l'attraversamento dello Stretto". L'ordinanza avrebbe avuto efficacia dall'8 aprile 2020 al 13 aprile 2020.

Pertanto, l'ordinanza faceva divieto ai passeggeri che non avessero completato la procedura di registrazione o che avessero ricevuto il rigetto della domanda di registrazione sul portale online di accedere al territorio del Comune di Messina.

In merito a tale ordinanza, il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistenti entrambi i presupposti richiesti dall'art. 138 TUEL per l'esercizio del potere di annullamento straordinario²: l'illegittimità dell'ordinanza, nonché l'interesse alla tutela dell'unità dell'ordinamento. Ha ritenuto peraltro che non fosse necessario garantire la partecipazione del Comune di Messina al procedimento amministrativo, vista l'urgenza di provvedere alla tempestiva rimozione dell'ordinanza dall'ordinamento giuridico³.

Dal punto di vista dell'illegittimità dell'ordinanza, il Consiglio di Stato, in aderenza alle censure ministeriali, ha rilevato la "inconfigurabilità", nel vigente ordinamento giuridico, di "un potere del Sindaco di un Comune di dettare norme che possano trovare applicazione ed avere efficacia obbligatoria al di fuori del perimetro della propria circoscrizione territoriale", nonché, sempre in riferimento all'efficacia "extracomunale" dell'ordinanza, la "abnormità" della stessa nella parte in cui ha introdotto, in capo ai Sindaci dei Comuni di destinazione (diversi dal Comune di Messina), un "nuovo, atipico, dovere funzionale, consistente nel rilascio, a richiesta, di (un) nulla osta".

Il Consiglio di Stato ha altresì riscontrato il contrasto con l'art. 23 Cost., laddove l'ordinanza, in violazione della riserva di legge ivi contemplata, ha imposto obblighi di fare in capo ai destinatari non previsti in alcuna norma primaria. Del pari violati sarebbero l'art. 3 Cost., per irragionevole disparità di trattamento nei confronti di coloro che hanno necessità di attraversare lo Stretto rispetto alla generalità dei cittadini sul restante territorio nazionale, e gli artt. 13 e 16 Cost., per compressione delle libertà ivi previste senza adeguata base legislativa.

² L'art. 138 TUEL prevede che "in applicazione dell'art. 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità".

L'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988, tra gli atti sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei ministri, include "le determinazioni concernenti l'annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato e, nei soli casi di annullamento di atti amministrativi delle regioni e delle province autonome, anche della Commissione parlamentare per le questioni regionali", se pure la Corte costituzionale, con sentenza n. 229/1989, ha dichiarato incostituzionale la disposizione nella parte in cui prevedeva l'annullamento dei provvedimenti delle Regioni.

³ In senso parzialmente critico, N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il COVID-19 non "chiude" lo Stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, 1/2020, p. 554 ss., in part. 567.

Si è poi rilevata la violazione della normativa di derivazione comunitaria in materia di privacy, di esclusiva competenza statale, nella parte in cui l'ordinanza imponeva l'indicazione di una pluralità di dati personali, nonché, dal punto di vista del riparto di competenze, l'art. 117, comma 2, lett. h) e q), Cost., che rispettivamente riservano alla potestà legislativa statale le materie dell'ordine e della sicurezza pubblica e della profilassi internazionale.

Con riguardo alla tutela dell'unità dell'ordinamento, quale ulteriore presupposto necessario per l'attivazione del meccanismo di cui all'art. 138 TUEL, il Consiglio di Stato ha osservato che “in presenza di emergenze di carattere nazionale (...), pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali” e ha, pertanto, rilevato il contrasto con le specifiche e puntuali disposizioni emergenziali statali di cui agli artt. 2 e 3 del decreto-legge n. 19 del 2020, che, stante la situazione epidemiologica, hanno circoscritto il potere di ordinanza sindacale.

Alla luce del parere favorevole del Consiglio di Stato, il Consiglio dei ministri ha poi deliberato l'annullamento dell'ordinanza e il procedimento si è concluso con il D.P.R. del 9 aprile 2020⁴.

2. La ricostruzione del quadro normativo emergenziale

Al fine di comprendere l'*iter* argomentativo che il Consiglio di Stato ha seguito nel parere in commento, è opportuno ricostruire il quadro normativo emergenziale allora vigente, conseguente alla dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, deliberato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020⁵, tenendo conto – per dirla con Luciani⁶ – della catena normativa che si è andata susseguendo, seppur limitatamente all'oggetto della presente indagine.

⁴ Pubblicato in G.U. n. 96 del 10 aprile 2020.

⁵ Delibera recante “Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”, pubblicata in G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

⁶ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta online* (www.giurcost.org), 11 aprile 2020 (ora anche in *Rivista AIC*, n. 2/2020), 1-2. L'Autore, in particolare, esamina la catena normativa nella sua accezione classica di “catena normativa della giustificazione”, che si ripercorre a ritroso sino a trovarne il

Il primo atto legislativo che ha fatto seguito alla dichiarazione dello stato di emergenza, il decreto-legge n. 6 del 2020⁷, convertito in legge n. 13 del 2020, demandava alle autorità competenti il potere di “adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica” (art. 1, comma 1). Sebbene all’art. 1, comma 2, venissero elencate alcune tipologie di misure restrittive, si lasciava tuttavia aperta la possibilità che le autorità competenti ne adottassero di ulteriori, senza invero circoscriverne i presupposti e l’oggetto e limitandosi a definirne esclusivamente il fine: la prevenzione della diffusione dell’epidemia da COVID-19 (art. 2).

In merito all’individuazione delle autorità competenti a varare tali misure, l’art. 3 ne demandava l’adozione a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, nonché, *medio tempore* e in casi di estrema necessità e urgenza, alle ordinanze contingibili già previste nell’ordinamento in materia di igiene e sanità pubblica e, in particolare, (1) a quelle del Ministro della Salute (o del Presidente di Regione o del Sindaco, con efficacia estesa ai rispettivi territori o a parte di essi) ai sensi dell’art. 32 della legge n. 833 del 1978; (2) a quelle sindacali previste dall’art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998; (3) e, infine, a quelle sindacali contemplate dall’art. 50 TUEL.

Tuttavia, alla luce del proliferare delle ordinanze sub-statali⁸, il successivo decreto-legge n. 9 del 2020, all’art. 35⁹, ha previsto che “a seguito dell’adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adottate

fondamento logico (la Kelseniana norma fondamentale) o fattuale (la forza legittimante)”, alla ricerca del fondamento degli atti normativi collocati al suo termine.

⁷ Recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19” e successivamente abrogato dall’art. 5, comma 1, lett. a), del decreto-legge n. 19 del 2020, convertito in legge n. 35 del 2020, ad eccezione degli artt. 3, comma 6-bis e 4.

⁸ Il proliferare di dette ordinanze ha determinato problemi di non poco momento nel coordinamento delle misure adottate dai diversi livelli di governo, oltre a un particolare interesse della dottrina giuridica nell’indagarne il fondamento alla luce delle norme costituzionali in materia di diritti di libertà, anche alla luce del riparto delle competenze stabilito dal Titolo V Cost. In merito a tale dibattito, con riferimento alle misure di livello regionale, cfr. G. BOGGERO, *Le “more” dell’adozione dei DPCM sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull’intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di covid-19*, in *Diritti regionali*, 1/2020; C. EQUIZI, *Il difficile dialogo tra Stato e Regioni al tempo del coronavirus: dov’è la leale collaborazione?*, in *Dirittifondamentali.it*, 10 giugno 2020; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da COVID-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo speciale 2020 – Le fonti normative nella gestione dell’emergenza Covid-19; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell’atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 20 marzo 2020; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Diritti regionali*, 1/2020. In riferimento ai provvedimenti sindacali, fra cui quello oggetto del parere in commento, v. la dottrina citata *infra*.

⁹ Abrogato dall’art. 5, comma 1, lett. b), del decreto-legge n. 19 del 2020, convertito in legge n. 35 del 2020.

sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali”.

A propria volta, il decreto-legge n. 19 del 2020, convertito in legge n. 35 del 2020, all'art. 2, ha continuato a demandare a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri l'adozione delle misure di contenimento e contrasto dei rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19 e ha contestualmente previsto la possibilità che, nelle more e in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute, tali misure potessero essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833/1978.

All'art. 3 ha altresì definito espressamente l'ambito della competenza delle Regioni e degli enti locali, prevedendo “possibili interventi in sussidiarietà verticale (nel bilanciamento con i principi di adeguatezza e proporzionalità) delle autonomie territoriali”¹⁰.

In particolare, tale disposizione ha riconosciuto la possibilità ai Presidenti delle Regioni e, indirettamente, ai Sindaci di introdurre misure ulteriormente restrittive al ricorrere di determinati presupposti e condizioni. Infatti, per entrambi, sono stati previsti limiti di efficacia: di carattere temporale, dal momento che tali misure potevano avere vigenza solo nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio; di carattere materiale, atteso che potevano essere varate solo in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento locale del rischio sanitario¹¹, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

Con particolare riferimento al potere sindacale di ordinanza, l'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 19 del 2020, oltre a richiamare i limiti anzidetti, ha previsto che “i Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali”.

Con riguardo al caso oggetto del parere in commento, la disciplina statale di riferimento vigente al momento dell'adozione dell'ordinanza del Sindaco di Messina era da individuare nel DPCM 22 marzo 2020, che, all'art. 1, comma 1, lett. b), prescriveva il “divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a

¹⁰ Consiglio di Stato, parere in commento, par. 8.1.

¹¹ Come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere in commento (par. 8.5), tali circostanze, relative all'aggravamento del rischio sanitario, “in applicazione delle ordinarie regole sulla motivazione del provvedimento amministrativo, non devono solo essere enunciate ma anche dimostrate”.

quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute”.

Inoltre, prima dell’ordinanza sindacale oggetto dell’annullamento straordinario, l’attraversamento dello Stretto di Messina già era regolato da una pluralità di decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (di concerto con il Ministro della salute), sovrapposti in un brevissimo arco di tempo¹², che non prevedevano “particolari modalità per la certificazione della sussistenza delle condizioni che legittimano lo spostamento sull’intero territorio nazionale”¹³.

3. L’inquadramento sistematico delle ordinanze di necessità e urgenza

Le questioni sottese al caso di specie concernono, per un verso, il generale inquadramento sistematico delle ordinanze di necessità e urgenza nell’ordinamento giuridico vigente¹⁴, il quale va visto anzitutto a livello costituzionale, ponendo problemi di ammissibilità, o almeno di limiti di ammissibilità, di tali atti alla stregua della Costituzione repubblicana¹⁵. Per altro verso, più specificamente, viene in rilievo l’individuazione del fondamento normativo, dei presupposti, delle condizioni e dei limiti delle ordinanze sindacali, con particolare riferimento alla situazione di emergenza epidemiologica, al fine di indagarne la compatibilità (*rectius*: legittimità) con l’assetto delle competenze (legislative e amministrative) costituzionalmente delineato tra Stato, Regioni ed enti locali.

Le ordinanze contingibili sono “atti di autorità amministrative, adottabili sul presupposto della necessità ed urgenza, sopra materie e per fini genericamente indicati dalla legge, e si caratterizzano, rispettivamente ad ogni altro atto amministrativo perché il contenuto non ne è prestabilito da previa

¹² Decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della salute, nn. 118, 120 e 122, rispettivamente, del 16-17-18 marzo 2020, la cui efficacia è stata prorogata con ordinanza del 28 marzo 2020 del Ministro della salute, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

¹³ Consiglio di Stato, parere in commento, par. 8.3, che, al riguardo, rileva che la direttiva ai Prefetti del Ministro dell’interno dell’8 marzo 2020 precisa che la sussistenza delle suddette condizioni debba essere comprovata tramite autocertificazioni da rendere agli organi di polizia preposti a vigilare sull’osservanza delle misure straordinarie imposte per il contenimento della diffusione dell’epidemia, senza alcuna preventiva autorizzazione o certificazione.

¹⁴ Su cui si veda il recentissimo lavoro monografico di E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna 2020.

¹⁵ F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, Enc. Giur., Treccani, Roma 1990, 2.

norma, ma è di volta in volta discrezionalmente determinabile, secondo le circostanze, dall'organo agente"¹⁶.

La mancanza di una predeterminazione legislativa del contenuto di tali atti, strettamente connesso alla situazione eccezionale e urgente che di volta in volta si verifica, da un lato rende evidente la flessibilità dello strumento, utile a fronteggiare qualsivoglia situazione eccezionale, dall'altro pone il problema della sua compatibilità con il principio di legalità¹⁷, nonché della natura giuridica di tali ordinanze in ragione del regime *sui generis*, atipico per definizione¹⁸, cui sono assoggettate.

Superata l'impostazione della dottrina del periodo liberale, che giustificava l'adozione di tali atti in forza dell'inquadramento della "necessità" nell'ambito delle fonti del diritto, con la connessa esigenza di salvaguardare comunque l'interesse alla sopravvivenza dell'ordinamento statale di fronte alle situazioni di emergenza¹⁹, il tema del fondamento e dei limiti delle ordinanze di necessità e urgenza si è riproposto in termini nuovi dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

In particolare, data la previsione di ordinanze di necessità in disposizioni legislative anteriori alla Costituzione repubblicana²⁰, si sono posti problemi di ammissibilità di tali atti e di inserimento,

¹⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale – L'ordinamento costituzionale italiano*, Volume II, Cedam, Padova 1984, 30.

¹⁷ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 953, ha affermato che "Il potere di ordinanza è un «potere atipico» che deroga, in parte, al principio di legalità sostanziale nel senso che il legislatore si limita a «nominare» il provvedimento da adottare, prevedendo generali presupposti legittimanti, quali la necessità e l'urgenza, e demandando, per la definizione del suo contenuto, al potere determinativo della stessa amministrazione. Tale deroga si giustifica, sul piano costituzionale, all'esito di un complessivo bilanciamento degli interessi e dei valori, in ragione dell'esigenza di assicurare la cura concreta ed immediata di taluni interessi ritenuti prevalenti che richiedono un intervento immediato ed urgente che, in quanto tale, non sarebbe compatibile con una rigida predeterminazione legale del contenuto dell'atto da adottare". Sul punto, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 13, considera che "non si tratta di mettere fra parentesi il principio di legalità, ma semplicemente di ammetterne una lettura adeguata alla particolarità della fattispecie" e aggiunge che "è proprio dell'emergenza, infatti, che non ne siano a priori definibili i contorni e le connesse esigenze regolative, sicché la fonte primaria può normare solo fino a un certo punto le risposte ordinamentali. Una qualche forma di disciplina generale è tuttavia necessaria, sebbene anche nelle materie coperte da riserva di legge (foss'anche assoluta) residui sempre un certo margine di discrezionalità amministrativa nell'identificazione dell'opportunità di certe misure".

¹⁸ Così A. MORONI, *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 2009, 158.

¹⁹ Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p.a. in Italia*, 1909, 220: "La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate"; V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1917, 224 ss. Sulla nozione di necessità, v. A. TRAVERSA, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico interno*, Napoli 1916, e, più recentemente, P. GRASSO, *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1977, p. 869 ss.

²⁰ A tal proposito: art. 2 del t.u.p.s.; art. 19, co. 3, e art. 20 t.u. com. prov. 1934; art. 153 t.u. com. prov. 1915; artt. 129 e 261 t.u. sanitario; art. 7 della legge del 1865 n. 2248, all. E.

nell'attuale sistema, delle disposizioni legislative che li autorizzano. In tal senso, significativo è stato l'impegno della dottrina e della giurisprudenza per rimodellare l'istituto e renderlo compatibile con l'impianto costituzionale²¹, che, per le caratteristiche che presenta, quali la sua rigidità, l'esistenza di un numero chiuso di fonti primarie, le numerose riserve di legge predisposte a tutela di diritti costituzionalmente riconosciuti, l'espressa previsione di strumenti (*in primis* il decreto-legge) per far fronte a casi straordinari di necessità e urgenza, non consente di annoverare la necessità tra le fonti del diritto²².

Quanto alla natura giuridica, nell'attuale ordinamento repubblicano, è ormai comunemente condivisa la tesi che esclude le ordinanze di necessità e urgenza dalla gamma delle fonti del diritto e che, invece, ne riconosce la natura provvedimentale (e, perciò, amministrativa)²³, in ragione dell'insussistenza del carattere dell'innovatività, non potendo essere equiparate ad atti aventi forza di legge per il solo fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga (seppur provvisoriamente) al diritto vigente. Pertanto, le ordinanze di necessità e urgenza sono sindacabili al

²¹ Per alcuni autorevoli contributi in tal senso, v. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, volume II, Cedam, Padova 1969, 642 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 30 ss.; F. SORRENTINO, *Trattato di Diritto amministrativo – Le fonti del Diritto amministrativo*, Volume 35°, Cedam, Padova 2004, 239 ss. Per la giurisprudenza costituzionale “adequatrice” in materia, v. *infra*.

²² Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2012, 257. V. altresì M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 4, il quale, nell'evidenziare che “la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione”, afferma che “ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo, e se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale, intesa come consapevole rimozione della forza normativa di alcune disposizioni costituzionali da parte delle istituzioni di vertice (la *Verfassungsdurchbrechung* nel senso di Jacobi e di Schmitt), destinata a legittimarsi (se vi riuscisse!) in virtù del fatto, non della piana applicazione di una (pretesa) fonte di diritto”.

²³ In questo senso, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 31: “Quel che fa propendere per la negativa (nel senso di escludere, cioè, che le ordinanze, anche se e quando contengano disposizioni generali-astratte, siano fonti del diritto) è la considerazione che esse non modificano alcuna norma preesistente, ma si limitano a provvedere alla situazione determinatasi con riguardo a questa soltanto (non stabiliscono una volta per tutte come dovranno provvedere il prefetto o il sindaco verificandosi la stessa o analoga situazione, ma provvedono nel modo ritenuto più opportuno nella situazione data). Insomma, il “disporre” in generale ed in astratto (d'altronde, soltanto eventuale, come si è già precisato), ma sempre entro i limiti della situazione concreta cui occorre far fronte, è assorbito nel “provvedere”, configurandosi come *un modo di provvedere*”. V. anche G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino 1965, p. 89 ss., 91-94; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 20. In tal senso, nonché in riferimento ai limiti di compatibilità delle ordinanze contingibili nel quadro costituzionale repubblicano, v. Corte costituzionale, sentenze nn. 8 del 1956 (commentata da V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. It.*, 1956, 1, p. 863 ss.; G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. Cost.*, 1956, p. 994 ss.); 26 del 1961 (su cui, nuovamente, V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge di p.s. dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 886 ss., nonché C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 t.u.p.s. come testo legislativo*, *ivi*, p. 898 ss.); 4 del 1977 (su cui L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritti di sciopero*, in *Giur. Cost.*, 1977, p. 258 ss.).

pari di tutti gli atti amministrativi e devono rispettare precisi limiti, primo fra tutti la sussistenza di una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto, indichi il presupposto, la materia, la finalità dell'intervento e l'autorità legittimata²⁴.

Ne consegue che il regime giuridico applicabile è quello proprio degli atti formalmente e sostanzialmente amministrativi: “efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza, adeguata motivazione, efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale, conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico”²⁵.

Viene così recuperata la compatibilità delle ordinanze di necessità e urgenza con il principio di legalità che nel nostro ordinamento va inteso non solo in senso formale, ma anche sostanziale²⁶, in quanto è alla fonte primaria “intermediaria”, e alla sua legittimità costituzionale, che occorre fare riferimento, non potendo il potere esecutivo (o altra autorità) adottare provvedimenti eccezionali in deroga alle leggi vigenti (diversi dai decreti-legge) *omissio medio*, cioè senza un'intermediazione legislativa che li preveda²⁷, che, per un verso, non potrà comunque limitarsi alla generica previsione della loro adottabilità, dovendo indicare il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero)²⁸, e, per altro verso, non potrà conferire a quei provvedimenti la medesima forza della legge²⁹ (e dunque anche il valore, con conseguente sindacabilità da parte della Corte costituzionale), in quanto della forza di una fonte può disporre solo la fonte sovraordinata³⁰.

In tale ottica, gli atti in questione sono da considerarsi *extra ordinem*, non essendo possibile la loro adozione al di fuori dei presupposti costituzionali che li legittimano.

Ciò posto, in ossequio al principio di legalità e delle riserve di legge costituzionalmente previste, rinvenuto il fondamento legittimante della normazione *extra ordinem* nella Costituzione, essendo

²⁴ Sul punto, v. la giurisprudenza citata in nota precedente, nonché, *ex multis*, Corte costituzionale, sentenza n. 418 del 1992, avente ad oggetto la legge istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, unitamente alla sentenza n. 127 del 1995.

²⁵ Sent. n. 8 del 1956, cit.

²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 195 del 2019 e, precedentemente, sentenza n. 115 del 2011.

²⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 5.

²⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 617 del 1987.

²⁹ *Contra* F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in Id. (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino 2017, 191 ss.

³⁰ In tal senso, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 5, che individua in ciò il fondamento degli effetti delle ordinanze *de quibus*, cui “non può essere consentita l'abrogazione, ma solo la deroga temporanea delle fonti primarie, in armonia con il principio – pacifico, perché implicato dall'extra-ordinarietà – della temporaneità dello *spatium temporis* della loro applicazione”.

l'operatività della legittimazione condizionata dall'intermediazione della fonte primaria, è sul piano dei rapporti tra fonti che va incentrato il discorso. Specificamente, pur avendo gli atti emergenziali la possibilità di derogare alle norme primarie (comunque sempre nel rispetto dei comuni principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte), tale possibilità è circoscritta alla sola misura e forma indicata dalla fonte primaria legittimante, la quale, proprio perché legittimante, non può a sua volta essere derogata³¹.

Trattandosi di atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, seppure atipici quanto al contenuto e ai presupposti che ne giustificano l'adozione, legati alla situazione di emergenza che di volta in volta viene in rilievo, il fondamento giuridico del potere di ordinanza va dunque rinvenuto in una legge che conferisca in termini specifici la potestà *extra ordinem* ad organi amministrativi singolarmente individuati, con l'indicazione puntuale delle materie di intervento, in difetto della quale, essendo costituzionalmente attribuito al Governo il potere normativo nei casi straordinari di necessità e urgenza tramite l'adozione di decreti-legge, si può ritenere che sia proprio la decretazione d'urgenza ex art. 77 Cost. la fonte riservataria dell'identificazione e proclamazione della situazione di emergenza³².

4. Le ordinanze sindacali nel contesto dell'emergenza sanitaria

Alla luce di quanto esposto, si ritiene necessario indagare il fondamento e la legittimità delle ordinanze sindacali che sono state adottate al fine di fronteggiare la situazione emergenziale in atto³³, spesso dettando anche misure contrastanti con le disposizioni statali³⁴.

³¹ *Ivi*, 6 e 14.

³² *Ivi*, 6. Cfr. altresì G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 2003, 453 ss.

³³ In merito alle ordinanze sindacali volte a contrastare l'emergenza epidemiologica, oltre a quelli altrove citati, possono altresì segnalarsi diversi recenti contributi: G. ALBERICO, *Le ordinanze contingibili e urgenti nella gestione dell'emergenza sanitaria: il ruolo dei Sindaci nella disciplina del D.L. 33/2020*, in *Dirittifondamentali.it*, 1° giugno 2020; G. BOGGERO, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 8 aprile 2020; A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, 13 marzo 2020; C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, n. 3/2020. Meno recenti, ma egualmente rilevanti, sono i contributi di G. CAVAGGION, *L'abuso delle ordinanze sindacali contingibili e urgenti, non rimediato dal d.l. Minniti*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2/2017; E.C. RAFFIOTTA, *Sulle funzioni del Sindaco in materia di "sicurezza urbana": tra istanze locali e competenze statali*, in *Forum di Quaderni costituzionali rassegna*, n. 10, 2013; P. LOMBARDI, *Il potere sindacale di emettere provvedimenti contingibili ed urgenti: presupposti e*

Specificamente, è necessario procedere all'inquadramento giuridico di tali ordinanze nell'ambito delle fonti emergenziali che si sono succedute a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza, al fine di stabilire il rapporto esistente fra i decreti-legge che ne hanno escluso o limitato l'adozione, a pena di inefficacia, se non a determinate condizioni e in presenza di precisi presupposti, e le disposizioni che invece riconoscono in capo ai Sindaci il potere di ordinanza limitatamente ai casi ivi previsti, nonché conseguentemente di individuare il criterio applicabile per la risoluzione delle antinomie normative venutesi a creare.

Nell'ordinamento giuridico vigente, il fondamento normativo del potere sindacale di ordinanza, in caso di emergenza sanitaria, è da individuare nell'art. 32, comma 3, della legge n. 833 del 1978, e nell'art. 50 TUEL, che il Sindaco può esercitare in qualità di rappresentante della comunità locale³⁵.

In entrambe le richiamate fattispecie, il legislatore stabilisce i presupposti, le condizioni e i limiti per l'esercizio del potere di ordinanza in ragione della *ratio* allo stesso sottesa, che è quella di derogare, sia pure temporalmente, al quadro normativo vigente alla luce delle particolari situazioni da fronteggiare, attribuendo dunque al Sindaco un potere funzionale che va ben oltre le competenze ad egli tradizionalmente spettanti.

In particolare, il legislatore, ai sensi dell'art. 50, comma 5, del TUEL, riconosce al Sindaco il potere di ordinanza limitatamente al "caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale", nonché "in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana", prevedendo espressamente, per un verso, che "negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza (...), spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali

caratteristiche essenziali alla luce degli orientamenti della giurisprudenza, in *Foro amministrativo*, vol. 2, n. 1, 2003; F. CORTESE, *La sicurezza urbana e il potere di ordinanza del Sindaco tra competenze statali e competenze regionali: come districare l'intreccio?*, in *Le Regioni*, fasc. 1-2/2010, p. 123 ss.

³⁴ Oltre a quello qui indicato, particolarmente significativi sono i casi che hanno riguardato le isole di Ischia e di Capri, le cui ordinanze sindacali sono state oggetto di annullamento prefettizio. In merito al primo, v. A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio*, cit. Più in generale, si segnalano alcune decisioni della giurisprudenza amministrativa in materia di ordinanze sindacali durante l'emergenza: TAR Palermo, decreto n. 694 del 2020; TAR Roma, decreti nn. 3463 e 4165 del 2020; TAR Napoli, decreto n. 1120 del 2020; TAR Bari, sentenza n. 733 del 2020; TAR Sardegna, decreto n. 133 del 2020.

³⁵ L'ulteriore potere di ordinanza previsto dall'art. 54 del TUEL, che il Sindaco può esercitare in qualità di ufficiale del Governo, riguarda invece l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Per un approfondimento sul differente regime giuridico, v. P. SABBIONI, *Art. 50 e art. 54*, in C. Napoli, N. Pignatelli (a cura di), *Codice degli Enti locali*, Roma 2019.

regionali” e, per altro verso, che “in caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti”.

Inoltre, con l’art. 32, comma 3, della legge n. 833 del 1978, il legislatore attribuisce al Sindaco (e al Presidente della giunta regionale) il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti, con efficacia estesa al territorio comunale (e alla Regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni), circoscrivendone l’oggetto esclusivamente alle materie in cui il medesimo potere di ordinanza è attribuito al Ministro della salute (igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria).

Emerge chiaramente che il potere di ordinanza sindacale, così come congegnato dal legislatore, abbia contorni ben definiti e notevolmente più ristretti rispetto alla situazione epidemiologica in atto, alla luce della sua dimensione nazionale e internazionale, che peraltro, nei rapporti fra Stato e Regioni, ha determinato l’accentramento a livello statale del potere di regolamentare gli interventi e le misure di contenimento, specialmente laddove si trattasse di prescrizioni che incidessero su diritti costituzionalmente garantiti, essendo lo Stato garante dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all’art. 117, co. 2, lett. m), Cost., nonché essendo riservata allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di profilassi internazionale ex art. 117, co. 2, lett. q), Cost.

Per giunta, con specifico riferimento al potere di ordinanza sindacale, non vi è dubbio che esso possa essere modellato dal legislatore in virtù della competenza statale esclusiva in materia di “funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane” (art. 117, comma 2, lett. p), Cost.) e della clausola ascensionale prevista nell’art. 118, comma 1, Cost., in riferimento alle funzioni amministrative, ordinariamente attribuite in via generale ai Comuni, ma esercitabili dai livelli di governo superiori “per assicurarne l’esercizio unitario”, in ossequio ai “principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza”³⁶.

Né potrebbe sostenersi la violazione dei richiamati principi, se si tiene in considerazione che il legislatore emergenziale, pur stabilendo l’inefficacia delle misure contrastanti con quelle adottate a livello nazionale, non ha escluso integralmente il potere sindacale di ordinanza, ma, proprio nella logica della differenziazione e adeguatezza, ha riconosciuto ai Sindaci adeguati ambiti funzionali

³⁶ In merito al riparto delle funzioni amministrative secondo il nuovo Titolo V della Costituzione, v. S. MANGIAMELI, *L’autonomia locale nel disegno della riforma costituzionale*, in Id., *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino 2002, 237 ss.

volti a consentire mirati interventi sui territori di competenza rispetto all’evolversi locale del rischio epidemiologico, sebbene nelle more della sopravvenuta normativa statale.

Il che non vuol dire che, una volta intervenuti i decreti governativi, non potesse adottarsi alcuna ordinanza sindacale, ma che il potere di ordinanza non potesse sovrapporsi ai campi già regolati dalla normazione emergenziale dello Stato, restando libero di intervenire solo in quelli lasciati scoperti (ancorché con il limite del necessario rispetto del bilanciamento tra principi e diritti costituzionali diversi operato in sede centrale) e in presenza di specifiche esigenze locali³⁷.

Con riferimento al caso di specie, occorre perciò tenere conto di quella che in dottrina – rispetto alla *lex generalis* di cui all’art. 50 TUEL e alla *lex specialis* di cui all’art. 32, comma 3, della legge n. 833 del 1978 – è stata definita *lex specialissima*³⁸, e cioè l’art. 3 del decreto-legge n. 19 del 2020, che, oltre a prescrivere limiti di oggetto, ha rimodellato nei presupposti e nell’efficacia temporale il generale potere di ordinanza sindacale, subordinandone: l’esercizio all’effettiva sussistenza di “specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio”; l’efficacia sostanziale al rispetto delle misure statali preesistenti; l’efficacia temporale alla sopravvenuta adozione di successivi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

In questo senso, può aderirsi a quanto è stato rilevato in dottrina circa “la torsione del potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti, specificatamente sotto il profilo della limitazione della atipicità del contenuto nonché del rafforzamento dei presupposti normativi del potere”, in nome della “ricerca del punto di equilibrio tra dimensione nazionale dell’emergenza e ammissibilità in tale contesto del potere di ordinanza sindacale”³⁹.

Da questo punto di vista, il Consiglio di Stato in sede consultiva, ha correttamente rilevato⁴⁰ le violazioni della *lex specialissima* da parte dell’ordinanza del Sindaco di Messina, sebbene vi sia da aggiungere che, pur in assenza della legislazione emergenziale, tale provvedimento sarebbe comunque risultato in contrasto con quelle che si sono definite la *lex generalis* e la *lex specialis*

³⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 21.

³⁸ *Ivi*, 22.

³⁹ N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei sindaci nell’emergenza sanitaria nazionale: un potere “inesauribile”*, in *Diritti regionali*, 2/2020, 84.

⁴⁰ In senso critico rispetto alle conclusioni del Consiglio di Stato, A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un’ordinanza del Sindaco De Luca relativa all’attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta Online*, n. 1/2020, 10 aprile 2020; in senso adesivo, M. AMITRANO ZINGALE, *Brevi riflessioni sul fondamento costituzionale del potere di annullamento straordinario degli atti degli enti locali a margine del parere del consiglio di stato*, 7 aprile 2020, n. 735, in *Diritti regionali*, n. 2/20, 30 luglio 2020.

attributive del potere sindacale di ordinanza, giacché in ogni caso avrebbe esorbitato dai limiti spaziali del medesimo, per propria natura circoscritti al territorio comunale e non suscettibili di determinare effetti di alcun genere al di fuori di esso.