

**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**

MARGHERITA AMITRANO ZINGALE

(Dottore di ricerca in Diritto Pubblico,
Funzionario presso “Ente regionale per il Diritto allo studio
e alla conoscenza” della Regione Lazio)

Data di pubblicazione: 30 luglio 2020

Il presente articolo è stato sottoposto a procedura di doppio referaggio anonimo

MARGHERITA 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**

Abstract (It.): *il presente contributo si propone di individuare convergenze e differenze dei concetti di «unità giuridica ed economica», «unità di indirizzo politico ed amministrativo» e «unità dell'ordinamento», sottesi rispettivamente agli artt. 120 e 95 Cost. e 138 TUEL, tratteggiandone sinteticamente i caratteri, a partire dal parere reso dal Consiglio di Stato sull'annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina (n. 105 del 5 aprile 2020).*

Abstract (En.): *this essay aims to identify convergences and differences of the concepts of «legal and economic unity», «unity of political and administrative direction» and «unity of the legal system», underlying respectively the articles 120 and 95 of the Constitution and 138 TUEL, briefly outlining their characteristics, starting from the opinion given by the Council of State on the “extraordinary cancellation” of the order of the Mayor of Messina (5th April 2020, n. 105).*

* Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, Funzionario presso “Ente regionale per il Diritto allo studio e alla conoscenza” della Regione Lazio.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda innescata dall’ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020. – 3. «Tutela dell’unità giuridica ed economica», garanzia del «mantenimento dell’unità di indirizzo politico ed amministrativo» e «tutela dell’unità dell’ordinamento»: sovrapposizioni applicative e convergenze. – 4. Strumenti attuali contro gli atti amministrativi degli enti locali.

1. Premessa

Il diffondersi dell’epidemia – poi riconosciuta quale “pandemia”¹ – in ambiti sempre più vasti del territorio ha giustificato la dichiarazione dello “stato emergenziale” con d.P.C.M. del 31 gennaio 2020², che ha costituito il calcio

¹ Come dichiarato dall’OMS nella conferenza stampa dell’11 marzo: T.A. GHEBREYESUS, *WHO Director General’s opening remarks at the media briefing on Covid-19*, in <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>.

² Secondo cui, tra l’altro: «1. È dichiarato, per 6 mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. 2. Per l’attuazione degli interventi di cui dell’articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico». Tale provvedimento è stato adottato sulla base degli artt. 7, co. 1, lett. c) e 24 del d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1 (c.d. Codice della Protezione civile).

d'inizio di una triste partita, sia per l'elevato numero di vittime sia per il pregiudizio delle categorie costituzionali³, che rischia ora di tradursi anche in una profonda crisi economica e sociale.

Come è stato evidenziato, difatti, il ricorso a fonti di stampo governativo (i decreti-legge susseguiti) e l'ancor più copioso ricorso ad atti amministrativi, tra d.P.C.M., ordinanze di Protezione civile, del Ministero della Salute e di altri Dicasteri, anzitutto a livello centrale⁴, ha inciso tanto sulla c.d. "costituzione dei poteri" quanto sulla c.d. "costituzione dei diritti"⁵.

Ma questa disciplina stratificata⁶ venuta man mano componendosi, finalizzata certamente a fronteggiare l'emergenza consentendo ai vari livelli territoriali di intervenire con le misure ritenute più adeguate, in realtà pone si-

³ A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in questa *Rivista*, *Forum*, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra stato, regioni ed enti locali*, 1/2020.

⁴ Per una recente ricognizione, v. A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali: l'«isola della ragione nel caos delle opinioni» (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un maggiore dettaglio, v. C. DRIGO - A. MORELLI, *Dossier. L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e bibliografia*, in questa *Rivista*, aggiornato all'11 maggio 2020.

⁵ Cfr. M. OLIVETTI, *Le misure di contenimento del Coronavirus, fra Stato e Regioni*, in *Quotidiano giuridico di Leggitaliaprofessionale*, 10 aprile 2020.

⁶ In senso critico, v. G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2020, 145, secondo cui «a fronte del precipitare dell'emergenza [...] il Governo ha ritenuto di procedere alla costruzione di un nuovo impianto normativo *ad hoc* proprio di uno "Stato di eccezione"».

gnificative criticità sia in ordine alle limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali⁷, sia con riferimento ai rapporti tra Governo centrale e governi territoriali, poiché se è vero che il fondamento della disciplina emergenziale non può essere eccessivamente dettagliato, dovendosi adattare alle caratteristiche concrete dell'emergenza stessa per poterla efficacemente fronteggiare, a maggior ragione in uno Stato di diritto sembrerebbe necessaria una disciplina di rango costituzionale dell'emergenza⁸, che possa indicare presupposti e limiti

⁷ Su cui si veda il recentissimo contributo di M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2020, www.gruppodipisa.it.

⁸ Ricorda la Presidente della Corte costituzionale M. CARTABIA come «la nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinvengono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri. La Costituzione peraltro non è insensibile al variare delle contingenze, all'eventualità che dirompano situazioni di emergenza, di crisi o di straordinaria necessità e urgenza [...]»: cfr. *Relazione sull'Attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it. In termini critici sulla necessità di apposita disciplina, da ultimo: E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà essere più come prima"?*, in *Federalismi.it*, 6/2020, www.federalismi.it. Cfr. già M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 4, www.rivistaaic.it. A favore, *ex multis*: I.A. NICOTRA, *L'emergenza sanitaria e lo Statuto dei siciliani ai tempi del Covid-19*, in questa *Rivista*, *Forum, la gestione dell'emergenza sanitaria tra stato, regioni ed enti locali*, 1/2020; Id., *L'epidemia da Covid-19 e il tempo della responsabilità*, *ivi*.

espressi alla sospensione delle libertà fondamentali, onde evitarne uno svuotamento di significato, ed evitare rallentamenti nell'azione per contrasti istituzionali e nel coordinamento tra livelli territoriali⁹.

Parimenti, una espressa disciplina costituzionale che fondi ed orienti l'esercizio dei poteri ai vari livelli territoriali e li coordini costituisce essa stessa garanzia per evitare sbilanciamenti¹⁰ non conformi al rispetto delle autonomie territoriali, anche nei casi di interventi del Governo centrale volti a garantire l'unità giuridica ed economica e la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali¹¹.

⁹ Emblematico l'annullamento prefettizio dell'ordinanza del Sindaco di Ischia su cui v. A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 15 aprile 2020, www.federalismi.it.

¹⁰ Cfr. A. MORELLI - A. POGGI, *Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in questa *Rivista*, 2/2020, 1 ss.

¹¹ Sebbene già guardando all'art. 117 Cost. si rinvengono i limiti di competenza per la legislazione regionale (ad es. alla lett. *m*) in materia di LEA o alla lett. *g*) in materia di profilassi internazionale, riservate appunto alla competenza esclusiva statale), una previsione esplicita a livello costituzionale in ordine ad un coordinamento strutturato a fini operativi, di azioni congiunte, coordinate e coese per fronteggiare le emergenze ai vari livelli di governo parrebbe altamente opportuna, avendo, oltretutto, gli atti attuativi nella specie adottati per lo più natura di provvedimenti amministrativi. D'altro canto è proprio sul territorio che spesso può farsi la differenza ed una chiara cornice entro cui muoversi in situazioni emergenziali e concitate può evitare di procedere in modo disarticolato e inefficiente e, parimenti, evitare solitari e dissonanti atteggiamenti da sceriffo del Far West. Cfr. V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del Coronavirus*, in *Dir. fond.*, 1/2020, 10 marzo 2020, www.dirittifondamentali.it.

2. *La vicenda innescata dall'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020*

In tale panorama, in continua evoluzione, si colloca la nota vicenda dell'ordinanza del Sindaco di Messina (n. 105 del 5 aprile 2020), che imponeva, a fronte dell'imperversare dell'emergenza da Covid-19 e per evitare la diffusione dell'epidemia in Sicilia, una serie di obblighi e restrizioni a «chiunque volesse far ingresso nell'isola attraverso il porto di Messina»¹².

Ritenendola illegittima, il Ministero dell'Interno richiedeva parere sulla possibilità di disporre l'annullamento straordinario ai sensi dell'art. 138 TUEL¹³ – richiesta che veniva approvata dal Consiglio dei Ministri e trasmessa al Consiglio di Stato per l'acquisizione del parere richiesto dalla norma.

¹² Per una dettagliata descrizione della vicenda si rinvia a N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in questa *Rivista, Forum, La gestione dell'emergenza sanitaria tra stato, regioni ed enti locali*, 1/2020. Evidenzia i profili problematici del parere reso in merito dal 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*, 1/2020, www.giurcost.org.

¹³ Dispone l'art. 138 TUEL: «In applicazione dell'articolo 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». A sua volta l'art. 2, co. 3, lett. p) della l. n. 400/1988 dispone che: «Sono sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei ministri: [...] p) 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

I vizi posti a fondamento della richiesta di annullamento straordinario in parte attenevano a profili di legittimità amministrativa ed in parte ad uno specifico profilo di conformità costituzionale, ponendosi la suddetta ordinanza in contrasto con l'interesse alla «tutela dell'unità dell'ordinamento».

L'urgenza della questione ha fatto sì che nell'arco di poco più di ventiquattr'ore il Consiglio di Stato esprimesse parere favorevole¹⁴ all'accoglimento della richiesta formulata, il Consiglio dei Ministri deliberasse nel senso dell'annullamento dell'ordinanza, il procedimento trovasse puntuale definizione con D.P.R. del 9 aprile 2020 (in G.U. n. 96 del 10 aprile c.a.).

3. *«Tutela dell'unità giuridica ed economica», garanzia del «mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo» e «tutela dell'unità dell'ordinamento»: sovrapposizioni applicative e convergenze*

La soluzione adottata dal supremo Consesso amministrativo, senz'altro corretta nelle sue conclusioni in ragione dei diversi profili di illegittimità dell'ordinanza in questione, non di meno induce a qualche riflessione sulla sovrapposizione tra i concetti di «tutela dell'unità giuridica ed economica» (che giustifica l'esercizio del potere sostitutivo centrale ai sensi dell'art. 120 Cost.) e la garanzia del «mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo» (di cui all'art. 95 Cost.) rispetto alla «tutela dell'unità dell'ordinamento»

province autonome, anche della Commissione parlamentare per le questioni regionali» rispetto a cui la Corte costituzionale con sentenza 13-21 aprile 1989, n. 229 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale precisamente «nella parte in cui prevede l'adozione da parte del Consiglio dei ministri delle determinazioni concernenti l'annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi delle Regioni e delle Province autonome».

¹⁴ Cons. St., sez. I, 7 aprile 2020, n. 735, in www.giustizia-amministrativa.it.

di cui all'art. 138 TUEL, nonché sulle modalità di operatività del sotteso istituto dell'«annullamento straordinario»¹⁵.

Nel parere infatti viene individuato, quale fondamento del potere di annullamento straordinario, l'art. 95 Cost., ossia *l'obbligo gravante sul Presidente del Consiglio dei Ministri di assicurare il mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo, nel quadro di unità ed indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost.*

In concreto, tuttavia, questo “obbligo” di assicurare il mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo sembra atteggiarsi in modo differente. Come è stato osservato, infatti, tale potere si esplica in una «serie di attività talvolta precedenti alla stessa formazione della politica generale del governo, talvolta esecutive di essa, ma da cui emerge il ruolo che la nuova normativa intende attribuire al Presidente, configurando una sorta di primato politico sugli altri membri del governo e la possibilità di influire fortemente sulle scelte politiche generali»¹⁶.

Diretti interessati dalla norma sarebbero dunque i componenti del Governo, essendo opinione consolidata che «le locuzioni di ‘politica generale’ e di ‘all'unità di indirizzo politico e amministrativo’ adottate nel 1° co. dell'art. 95 della Costituzione alludono chiaramente che all'interno della compagine governativa vi sia convergenza di visione ed uniformità di azione»¹⁷. Se dunque la garanzia di unità di indirizzo politico ed amministrativo espressa

¹⁵ R. CARPINO, *Art. 138*, in R. CARPINO, *Testo unico degli Enti Locali commentato*, Santarcangelo di Romagna 2015, 591. Cfr. A. PERTICI, *Art. 138*, in C. NAPOLI - N. PIGNATELLI (a cura di), *Codice degli Enti locali*, Roma 2019, 774 ss.

¹⁶ E. CATELANI, *Art. 95 Cost.*, in P. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino 2006, 1850.

¹⁷ L. ARCIDIACONO, *Ordinamento e organizzazione del governo*, in *Atti del Convegno annuale dell'A.I.C.*, Palermo 2001, reperibile al seguente link: https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegna/aic200111/arcidiacono.html.

dall'art. 95 Cost. si rivolge alla compagine governativa, nella sua fase di formazione e di attività, parla anche a fondamento del potere di annullamento straordinario di cui all'art. 138 TUEL appare invero una forzatura¹⁸.

L'analisi della disposizione di cui all'art. 138 TUEL induce a ritenere che l'annullamento straordinario degli atti degli enti locali sia qualificabile in termini di atto sostanzialmente governativo, orientato teleologicamente alla «tutela dell'unità dell'ordinamento», in cui le “garanzie” sono date dal coinvolgimento di alcune delle massime istituzioni statali (Presidente della Repubblica e Consiglio di Stato), ma che non prevede il coinvolgimento del livello territoriale interessato dall'annullamento stesso.

Al fine di rinvenirne un fondamento costituzionale, è perciò apparso quasi naturale formulare un collegamento con l'art. 120 Cost. nella parte in cui configura un potere sostitutivo del Governo per la «tutela dell'unità giuridica ed economica»¹⁹.

Ne conferma la portata l'art. 5, co. 2, della l. n. 400/1988 che specifica i vari poteri del Presidente del Consiglio per il mantenimento di un indirizzo politico ed amministrativo unitario.

¹⁸ Cfr. L. SAMBUCCI, *Annullamento governativo degli atti degli enti locali e sistema costituzionale delle autonomie*, in *www.contabilita-pubblica.it*, 2012, in nota 34, secondo il quale (con riferimento al precedente parere del Consiglio di Stato, n. 9771/2005): «[...] l'impostazione della giurisprudenza citata non appare convincente anche perché tradisce una lettura sbrigativa non solo di Corte cost. 21 aprile 1989, n. 229, ma anche dello stesso parere del Consiglio di Stato, il quale, come visto, pur determinandosi conclusivamente nel senso della costituzionalità dell'annullamento straordinario, si è espresso in termini almeno perplessi in ordine alla effettiva compatibilità del disposto di cui all'art. 138 d.lgs. n. 267/2000 con l'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti locali».

¹⁹ Cfr. V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali*, Milano 2012, 142 ss., che ne evidenzia la differenza rispetto agli altri poteri sostitutivi, essendo quello di cui all'art. 120, co. 2, Cost. qualificabile in termini di straordinarietà, preordinato a «realizzare la garanzia dell'unità

Come noto, questa espressione «riprende testualmente la formula impiegata nella Costituzione tedesca come fondamento d'esercizio della c.d. *konkurrierende Gesetzgebung*: ovvero della possibilità per la Federazione di legiferare in luogo dei *Länder* al ricorrere dei presupposti indicati [...]»²⁰ e tramite questa sorta di “richiamo” potrebbe prestarsi ad attenuare la rigidità del quadro costituzionale ponendo le basi per un'evoluzione simile a quella di altre esperienze federali europee²¹.

In ogni caso, dal dato testuale si evince che il suddetto potere sostitutivo deve essere esercitato attraverso procedure, definite con legge, che garantiscano il rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Il coinvolgimento dei livelli territoriali interessati, in questo caso, rappresenta una più incisiva garanzia per i medesimi e si pone come elemento differenziale rispetto all'art. 138 TUEL che tale coinvolgimento non prevede²².

dell'ordinamento giuridico nazionale; che si presta ad operare tanto nel campo degli atti amministrativi, quanto in quello degli atti normativi [...]».

²⁰ C. MAINARDIS, *Art. 120 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., par. 2.

²¹ Cfr. E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino 2003, 239 e Autori ivi menzionati in nota 8. L'A. osserva in particolare come «la nozione di “unità giuridica od economica” si presenta, invece, strutturalmente elastica e flessibile [...] restia ad essere verificata dall'esterno, in specie dal giudice costituzionale» traducendosi in “concetti privi di una consistenza oggettivamente pre-definibile”».

²² A comprova della diversità strutturale dei due poteri in questione, si v. l'art. 8 della legge 18 ottobre 2003, n. 131 (cd. La Loggia) attuativo dell'art. 120 Cost., che al primo comma stabilisce: «il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del

Ad evidenziare la struttura sostanzialmente diversa tra l'intervento di cui all'art. 138 TUEL ed il potere sostitutivo *ex art.* 120, co. 2, Cost. v'è poi chi configura quest'ultimo potere come esercitabile esclusivamente a fronte di una inerzia, inattività o inadempimento omissivo, mentre l'annullamento di cui all'art. 138 sottende un'attività positiva dell'ente territoriale²³, ossia l'adozione di un atto illegittimo.

Invero, ancorare il potere di cui all'art. 138 TUEL a quello sotteso all'art. 120, co. 2, Cost. rischierebbe di tradursi in una soluzione non coerente nella misura in cui si espande la portata di quest'ultima norma²⁴, peraltro con una

Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento».

²³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Commento all'art. 8*, in AA.VV., *Legge "La Loggia". Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del titolo V della Costituzione*, Rimini 2003, 179, che peraltro ritiene il potere sostitutivo di cui all'art. 120, co. 2, Cost. configurabile anche in forma "commissiva" ma implicante «l'implicita abrogazione dell'art. 138 TUEL (n. 267/2000) sull'annullamento straordinario degli atti degli enti locali».

²⁴ Così L. SAMBUCCI, *Annullamento governativo*, cit., 31, che osserva come «le perplessità – rispetto alla esaminata configurazione del potere sostitutivo – aumentano con riguardo a quelle impostazioni interpretative le quali ritengono che gli interventi sostitutivi di cui all'art. 120, comma secondo, Cost., possono giungere fino anche all'annullamento dell'atto posto in essere dall'ente sostituito. In tal caso, infatti, soprattutto quando l'esercizio dovesse avvenire a «tutela dell'unità giuridica (e, quindi, rilevano esclusivamente parametri di ordine legalistico, peraltro evocati solo genericamente dal legislatore costituzionale), sembra di poter ritenere che il potere sostitutivo cessa di essere strumento (che presuppone una attività) di vigilanza (esercitabile a fronte di inerzie, di inattività, e compatibile con il nuovo sistema costituzionale delle autonomie) per divenire strumento di vero e proprio controllo esterno di legittimità, che si conclude con la sanzione tipica di tale controllo: l'annullamento

inversione logica per cui si andrebbe a ricercare il fondamento di una norma dal contenuto potenzialmente più ampio – perché non opera solo a fronte di una inerzia (art. 138 TUEL) – in una disposizione costituzionale dal contenuto più circoscritto in quanto operante, nella preferibile ricostruzione, solo a fronte di una inerzia (120, co. 2, Cost.).

Le criticità che pone in tal senso il rinvio all'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120, co. 2, Cost. inducono perciò ad indagare ulteriormente in ordine all'esistenza di un altro fondamento costituzionale del potere di annullamento straordinario, sotteso alla formula «tutela dell'unità dell'ordinamento» contenuta nell'art. 138 TUEL.

A tal fine, si può vagliare in primo luogo l'art. 117 Cost., co. 2, lett. m), con riferimento in particolare alla *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*.

In proposito, è stato rilevato che per valutare l'effettiva incidenza dell'art. 117, co. 2, Cost. sia necessario tener conto della sua originaria formulazione, ossia della circostanza che, prima della riforma del titolo V della Costituzione, alle Regioni era attribuita solo una potestà legislativa concorrente limitatamente alle materie indicate espressamente, mentre ogni altra materia rientrava nella potestà legislativa esclusiva dello Stato e che, invece, con l'intervenuta riforma, il principio di unità dell'ordinamento non avrebbe trovato rinforzo, favorendosi piuttosto un pluralismo istituzionale paritario²⁵.

dell'atto. In tal modo, si registrerebbe una forte incoerenza con la riforma costituzionale del 2001 (come detto, rafforzativa delle autonomie ed eliminativi dei controlli di legittimità sugli atti degli enti locali), ma anche con le disposizioni costituzionali (di cui all'art. 120, comma secondo, Cost.) che danno definizione all'istituto del potere sostitutivo».

²⁵ In tal senso, v. L. SAMBUCCI, *Annullamento governativo*, cit., 18-19.

Ciononostante, si ritiene che il principio dell'unità dell'ordinamento non si riduca a mera formula di stile²⁶: nell'art. 117 Cost. esso si declina come un limite posto al legislatore, anche statale, tenuto a legiferare nel rispetto anzitutto della Costituzione (co. 1) e dunque con sostanziale rinvio alle altre disposizioni costituzionali ed in particolare, rispetto alla problematica in esame, agli artt. 3 e 5 Cost²⁷.

Parimenti può essere richiamato quanto espresso dalla Corte costituzionale²⁸ in ordine alla necessità che sia lo Stato a farsi carico delle emergenze istituzionali, quale responsabile ultimo dell'unità ed indivisibilità della Repubblica.

Dunque la necessità di garantire in modo uniforme sul territorio *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, spettante alla potestà legislativa statale²⁹, consente sì l'esercizio anche di quella regolamentare

²⁶ Cfr. L. ANTONINI, *Art. 117, 2°*, 3° e 4° comma Cost., in *Commentario alla Costituzione*, cit., par. 2.2.1 e Autori in nota 35, per cui: «Il principio unitario, infatti, si esprime nell'esistenza di un nucleo di “uguaglianza nei diritti” che consenta il mantenimento di una “cittadinanza nazionale”».

²⁷ La Corte costituzionale aveva già considerato che il potere di annullamento straordinario ha la funzione di mantenere il carattere unitario dell'ordinamento della pubblica amministrazione ed è mezzo di autotutela della PA intesa come ordinamento unitario, non ponendosi perciò in contrasto con l'art. 5 Cost.: v. Corte cost. 21 aprile 1989 n. 229, in *Foro it.*, 1989, V, 2089.

²⁸ Cfr. Corte cost. 20-27 gennaio 2004 n. 43, benché riferita ad altro contesto, su cui v. G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause ed assetto dinamico delle competenze*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 5/2005, 827 ss.

²⁹ In particolare, si v. Corte cost. 19-26 giugno 2002 n. 282, in cui si è avuto modo di precisare che «i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali non sono una materia in senso stretto, ma una competenza del legislatore idonea a investire tutte le

di cui è titolare l'organo di Governo e giustifica l'esercizio, da parte di quest'ultimo, di tutti quei poteri normativi o più strettamente amministrativi che concorrano a realizzare tale finalità, ma è preferibile evitare una lettura sovrapposta dell'art. 117 lett. *m*) e dell'art. 120, co. 2, Cost.³⁰.

Infatti considerare la lett. *m*) dell'art. 117 Cost. quale unico fondamento del potere di annullamento straordinario comporterebbe un trattamento indistinto tra atti amministrativi di enti locali e atti amministrativi regionali, questi ultimi però non più soggetti al potere in questione dopo la sentenza n. 229/1989 della Consulta. Inoltre rimarrebbe insuperata la configurazione in termini di "atto di controllo" dell'esercizio del potere di annullamento straordinario nei confronti di tali atti.

A partire, invece, da una valorizzazione del primato amministrativo del Governo sembra potersi pienamente giustificare l'esercizio del potere di annullamento straordinario nei confronti degli atti degli enti locali, rinvenendone il fondamento costituzionale nell'art. 177, co. 2, lett. *p*) Cost. che riserva alla potestà legislativa esclusiva statale la materia «organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane». La riserva esclusiva statale in siffatto ambito fa emergere il carattere necessariamente

materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale dei diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle».

³⁰ Fermo restando che proprio a garanzia dei livelli essenziali, e per le altre finalità ivi tassativamente indicate, può essere esercitato il potere sostitutivo del Governo ai sensi dell'art. 120, co. 2, Cost.: cfr. F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà*, Relazione introduttiva al 52° Convegno di Studi Amministrativi di Varenna (settembre 2006), *Il quadro costituzionale: l'equiparazione fra Stato e istituzioni territoriali e il principio di sussidiarietà*, in www.astrid-online.it.

unitario delle funzioni fondamentali degli Enti locali³¹, tra cui anche le funzioni di stampo amministrativo.

Né ciò sembra confliggere con l'attribuzione delle funzioni amministrative in capo ai Comuni, ai sensi del successivo art. 118 Cost., che anzi fa espresso riferimento alla garanzia del loro esercizio unitario quale condizione di conferimento delle stesse ad un livello governativo superiore, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza che ne rappresentano il limite sostanziale³².

Il potere governativo di annullamento straordinario andrebbe perciò letto entro la cornice costituzionale delle norme richiamate (artt. 117, co. 2, lett. *p*) e 118 Cost.), rappresentando esso stesso garanzia di unità dell'ordinamento amministrativo di cui il Governo rappresenta comunque il vertice.

D'altra parte, lo stesso Consiglio di Stato – sebbene in altro contesto, in un *obiter dictum* – ha qualificato il potere di cui all'art. 138 TUEL quale «chiave di volta del sistema» che consente «al Governo della Repubblica nella sua collegialità [...] il potere di disporre l'annullamento straordinario a tutela dell'unità dell'ordinamento degli atti amministrativi illegittimi [...] e dunque, ove ne sussistano i presupposti, anche degli atti formalmente amministrativi emessi dal Sindaco [...]»³³.

³¹ Cfr. S. MANGIAMELI, *L'attuazione della riforma del Titolo V Cost. L'Amministrazione: tra Stato, Regioni ed Enti locali*, Relazione al Convegno organizzato dall'ISSIRFA-CNR su *Regionalismo in bilico tra attuazione e riforma della riforma*, Roma 30 giugno 2004, par. 4.1, in www.issirfa.cnr.it.

³² Cfr. S. MANGIAMELI, *L'attuazione della riforma del Titolo V Cost.*, cit., par. 1. Cfr. altresì C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 118, primo e secondo comma*, Torino 2011.

³³ Cons. St., sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5047, in www.giustizia-amministrativa.it. Nonostante interpretazioni contrarie che ritengono tale potere venuto meno a seguito della

4. *Strumenti attuali contro gli atti amministrativi degli enti locali*

Dunque l'annullamento straordinario nei confronti degli atti delle Amministrazioni locali pare affiancarsi legittimamente ancora oggi agli strumenti di impugnazione ordinaria dei medesimi atti dinanzi al giudice amministrativo in sede giurisdizionale, caricandosi semmai di maggior significato per il rilievo dato, anche a livello costituzionale, al profilo unitario.

Questo aspetto – ossia il ribadire il carattere unitario dell'azione amministrativa a tutti i livelli di governo – ha assunto valenza preponderante nella vicenda in esame. Invero l'altra strada percorribile poteva essere quella dell'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo

Si riscontrano infatti numerose altre pronunce del g.a.³⁴ in questa fase emergenziale che hanno ritenuto legittime ordinanze sindacali particolarmente restrittive di diritti e libertà fondamentali³⁵.

Con particolare riferimento ad ordinanze e decreti dei Sindaci, la giurisprudenza li ha ritenuti legittimi e ragionevoli, pur a fronte di un contenuto fortemente restrittivo, atto ad evitare o comunque limitare il «pericolo concreto e imminente di trasferimenti massivi di persone e di contagi dalle regioni interessate dalla pandemia alle regioni del Sud». La legittimità di tali provvedimenti derivava in sostanza dalla sussistenza dei presupposti di necessità

dichiarazione di incostituzionalità con sentenza Corte cost., n. 229/1989, cit.: cfr. per tutti, L. SAMBUCCI, *op. cit.*

³⁴ Tra le varie pronunce in sede cautelare su ordinanze sindacali, v. Cons. St., sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553; Cons. St., sez. III, 17 aprile 2020 n. 2028; TAR Campania, sez. V, 17 aprile 2020 n. 783, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Rileva tale tendenza anche A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in questa *Rivista*, 2/2020, 104.

ed urgenza in materia sanitaria e dall'assenza di contrasto con le disposizioni nazionali (e regionali), limitandosi a rendere più stringenti alcune misure prese a livello nazionale (e regionale) con il fine di evitare il diffondersi del contagio nel proprio ambito territoriale di competenza e dovendosi comunque accordare prevalenza alle misure approntate a tutela della salute pubblica rispetto alla compressione di alcune libertà individuali.

L'ordinanza del Sindaco di Messina, anche in tale ottica, non avrebbe di certo superato il vaglio giurisdizionale, presentando vari vizi di legittimità – peraltro messi in evidenza dal Consiglio di Stato nel proprio parere – ma avrebbe potuto essere semplicemente oggetto di un'impugnazione ordinaria³⁶. L'esercizio di un potere particolarmente incisivo, quale quello di annullamento straordinario *ex art. 138 TUEL*, non può che essere interpretato perciò come un segnale “forte” dello Stato in ordine alla sua preminenza nel fronteggiare situazioni di particolare gravità, che possano pregiudicare esse stesse l'unità ordinamentale.

La questione della scelta delle modalità di esercizio dei poteri statali nei confronti degli altri livelli territoriali non sembra però profilarsi in termini meramente “politici” bensì “costituzionali”, non autorizzando lo “stato di emergenza” a derogare alla Costituzione³⁷: ma il faro per orientare l'assetto

³⁶ Così come ad esempio già avvenuto rispetto all'ordinanza del 25 febbraio u.s. del Presidente della Regione Marche che chiudeva in anticipo scuole ed università, poi impugnata dal Governo e annullata dal TAR Marche (decreto del 27 febbraio) e come avvenuto per l'ordinanza del 29 aprile u.s. del Presidente della Regione Calabria in merito ad una gestione “in autonomia” della fase 2 di riapertura progressiva delle attività rispetto al D.P.C.M. del 26 aprile su cui v. TAR Calabria, sez. I, 9 maggio 2020 n. 841, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁷ Già M. LUCIANI, *op. cit.*, 25. V. anche G. BUFFONE, *Con la competizione Stato-Regioni a rischio la tenuta costituzionale*, in *Guida Al Diritto - Sole 24 ore*, 19/2020, <https://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/>.

dei poteri e del loro esercizio in rapporto ai vari livelli territoriali rimane pur sempre rappresentato dall'art. 5 della Costituzione³⁸.

³⁸ Cfr. F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà*, cit., 3.