

LA TIPICITA' DEI PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE ORDINANZE DI NECESSITA' E DI URGENZA, ISPIRATE AL C.D. "PRINCIPIO DI PREVENZIONE" E AI PROVVEDIMENTI FONDATI SUL C.D "PRINCIPIO DI PRECAUZIONE".

Come nel diritto penale anche nel diritto amministrativo il principio di legalità va inteso in senso sostanziale.

Non basta che la legge attribuisca il potere all'amministrazione, ma occorre che essa disciplini le modalità di esercizio, il contenuto del provvedimento e anche la fase patologica dell'atto (si pensi ai dubbi di legittimità costituzionale della c.d. caducazione automatica, sollevati proprio per violazione del principio di tipicità).

Dal principio di legalità (desumibile dagli artt. 97 e 113 Cost, oltre che dall'art. 1 della legge del 1990, n. 241) derivano quali corollari i **principi di nominatività e di tipicità dei provvedimenti amministrativi.**

Il primo significa che i provvedimenti sono solo quelli previsti dalla legge (principio del numero chiuso).

Mentre il principio di tipicità va inteso nel senso che gli atti devono avere il contenuto previsto dalla legge ed essere sottoposti al potere riconosciuto dalla stessa.

Ci si è interrogati sulla possibilità di derogare ai principi del numero chiuso e della tipicità degli atti amministrativi.

In teoria se il principio di legalità impone la tipicità e la nominatività del

potere, non dovrebbe esserci spazio di ammissibilità per i provvedimenti atipici.

Tuttavia alcune situazioni di emergenza e di pericolo hanno giustificato, in presenza di stringenti presupposti, l'emanazione di atti amministrativi atipici (**diritto amministrativo del pericolo, ispirato al principio di prevenzione**).

La ratio consiste nello stato di necessità, che taglia trasversalmente l'ordinamento, in quanto è previsto a livello costituzionale dalla decretazione di urgenza (art. 77 Cost.), a livello penale dall'art. 56 c.p. e nel diritto civile all'art. 2045 c.c.

Nel diritto amministrativo la necessità legittima due distinte categorie di provvedimenti amministrativi: **gli atti necessitati e le ordinanze di necessità e di urgenza**.

I primi sono atti la cui emanazione è subordinata dal legislatore al riscontro di situazioni di pericolo già positivizzate al momento dell'attribuzione del potere (ad esempio le occupazioni d'urgenza).

Non c'è violazione del principio di legalità, poiché la legge definisce presupposti e contenuti (il pericolo è previsto e normativizzato, cioè regolato).

Diversamente sono una vera e propria deroga al principio di tipicità le c.d ordinanze extra ordinem (contingibili ed urgenti).

Qui il pericolo non è disciplinato dalla legge, essendo situazioni di emergenza non prevedibili o comunque non eliminabili con gli strumenti tipici.

Tali atti hanno un contenuto sostanzialmente atipico, con una certa libertà per l'amministrazione di determinare modalità e contenuto del

provvedimento, al fine di “prevenire” la realizzazione di danni conseguenti al pericolo verificatosi.

Si crea un deficit di legalità sostanziale, che va colmato attraverso il recupero sotto l'aspetto della legalità formale, con la previsione ex lege di presupposti ben precisi per l'emanazione delle ordinanze.

Il primo requisito è dato dalla “necessità”, ovvero impossibilità di fronteggiare l'emergenza ricorrendo agli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento (provvedimenti tipici).

Serve, inoltre, l'urgenza, intesa come impossibilità di differire l'intervento ad altro momento.

La contingenza e l'urgenza giustificano la deroga a singole disposizioni di legge, ma non consentono di superare i principi generali dell'ordinamento e le norme costituzionali.

Le ordinanze extra ordinem sono provvisorie, poiché perdono efficacia una volta cessato il pericolo o l'emergenza.

La presenza di presupposti ex lege e il recupero della legalità formale, assume notevole importanza anche sotto il profilo del giudicato.

Se il deficit di legalità fosse totale(sia sotto il profilo formale che sostanziale) le ordinanze in esame sarebbero sindacabili solo per eccesso di potere, in relazione alla ragionevolezza e alla proporzionalità.

Invece è possibile per il giudice accertare anche la violazione di legge, visto che le ordinanze non possono violare i principi generali e la Costituzione.

Prima di esaminare nel dettaglio il potere extraordinem, giova rilevare la differenza che sussiste tra l'atipicità delle ordinanze contingibili ed urgenti e l'atipicità del potere regolatorio delle Authorities.

Anche i regolamenti delle Autorità Amministrative indipendenti sono connotati da un deficit di legalità sostanziale.

Tuttavia si tratta di atti sostanzialmente normativi, generali, astratti ed emanati da soggetti che sono pubbliche amministrazioni, ma esercenti una funzione praticamente legislativa.

I regolamenti delle Authorities sono espressione d'interessi generali (come la tutela della concorrenza), la cui cura spetta normalmente al legislatore (che per incompetenza tecnica non può espletare).

Di converso le ordinanze contingibili ed urgenti sono provvedimenti amministrativi concreti, emanati da una PA in senso tradizionale ed espressione di un interesse pubblico concreto (e non generale).

Ecco spiegata la ragione della temporaneità del deficit di legalità sostanziale che tali ordinanze possono produrre, il tempo necessario per fronteggiare il pericolo (che altro non è che l'interesse pubblico concreto che ne legittima l'emanazione).

Che il deficit di legalità sostanziale delle ordinanze atipiche debba essere circoscritto, è confermato dall'art. 54 TUEL, sui poteri ordinatori del sindaco.

Al comma 4 della disposizione era previsto il potere del sindaco di emanare “**anche**” ordinanze contingibili ed urgenti.

Secondo alcuni l'utilizzo della congiunzione “anche” era espressione della volontà legislativa di affidare al sindaco due poteri ordinatori.

Il primo extra ordinem, da esercitare in presenza dei presupposti di necessità e di urgenza (pericolo per l'incolumità pubblica o per la sicurezza urbana, non prevedibile o comunque non altrimenti vincibile).

Il secondo potere prescindeva invece dalla stessa situazione di emergenza,

e consisteva in una generale facoltà per il sindaco di emanare ordinanze dal contenuto atipico (generale, perché era sufficiente che la legge non lo vietasse).

A differenza delle ordinanze extra ordinem, i provvedimenti in esame dovevano rispettare tutte le singole disposizioni di legge.

Questo deficit di legalità sostanziale tendenzialmente permanente(vista l'assenza dei presupposti di necessità e di urgenza) unito alla mancanza di vincoli legislativi, è stato ritenuto inaccettabile dalla Corte Costituzionale.

Il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4 TUEL, nella parte in cui prevede la locuzione “ anche” , prima di contingibili ed urgenti.

Con ciò prendendo una posizione chiara in favore dell'assenza in capo alla PA di un generale potere di emanare provvedimenti atipici nel contenuto. Le uniche ordinanze atipiche che il sindaco può emanare (ma il discorso vale per ogni amministrazione) sono quelle extra ordinem, in presenza degli stringenti presupposti(**necessità, urgenza, temporaneità, rispetto della Costituzione e dei principi generali**).

Tutte le ordinanze atipiche non finalizzate a fronteggiare una situazione di emergenza sono invalide, perché incostituzionali (ad esempio i provvedimenti che vietano in un determinato territorio la prostituzione o l'uso del burqa).

Allo stato dell'arte lo scollamento tra azione amministrativa e legalità sostanziale (sarebbe a dire gli atti atipici), è consentito solo quando il legislatore non è in grado di disciplinare da un punto di vista tecnico le modalità di esercizio del potere (potere regolatorio delle Authorities) o per fronteggiare i pericoli in un'ottica di prevenzione(ordinanze extra

ordinem).

In entrambi i casi il legislatore limita comunque la libertà dell'agire amministrativo, mediante la fissazione di presupposti o mediante la procedimentalizzazione(legalità in senso formale).

Questo è il significato del diritto amministrativo dell'emergenza, che si ritrova anche in materia di Protezione civile.

Sia in presenza di calamità naturali che di grandi eventi, gli organi della protezione civile hanno il potere di emanare ordinanze atipiche nel contenuto .

Si tratta di ordinanze extra ordinem, poiché tese a scongiurare un pericolo imprevedibile o comunque non superabile con gli strumenti tipici, perciò temporanee.

Se l'imprevedibilità è sicuramente comprensibile per ciò che concerne le calamità naturali, meno percepibile è in relazione ai grandi eventi(il potere ordinatorio atipico della protezione civile si estende a entrambi i casi).

In realtà pur essendo il pericolo derivante dai grandi eventi di per sé prevedibile(l'evento è creato dall'uomo), **ad essere imprevedibile sono le modalità concrete con cui esso può realizzarsi.**

Ad esempio in presenza della Olimpiadi, è prevedibile il pericolo del terrorismo, ma non come esso si possa attuare, viste le innumerevoli modalità potenziali.

Ecco spiegata l'urgenza che, unita all'inutilità degli strumenti tipici ordinari, legittima il potere extra ordinem anche per i grandi eventi.

Anche qui il deficit di legalità sostanziale va recuperato attraverso la procedimentalizzazione, in tal caso particolarmente forte.

Viene coinvolto il Consiglio dei Ministri, che delibera lo stato di

emergenza, su proposta del Presidente del Consiglio.

Si fissano , inoltre, i presupposti per l'emanazione (necessità ed urgenza , rispetto dei principi generali e delle norme costituzionali, oltre che del diritto UE se il grande evento ha ad oggetto appalti).

Il recupero della legalità formale delle ordinanze atipiche, estende il sindacato del giudice (non limitato al solo eccesso di potere), assicura il diritto di difesa e l'imparzialità dell'attività della PA.

Se il pericolo derivante dallo stato di emergenza giustifica la ritrazione del principio di legalità, giova chiedersi se ciò possa avvenire anche in presenza del “ rischio” di un pericolo, in un'ottica non più di prevenzione, ma di precauzione.

La questione si interseca con il valore che ha nell'ordinamento il c.d. **principio di precauzione.**

Il principio di precauzione nasce nel diritto comunitario, dapprima limitato alla tutela della materia ambientale, per poi assumere il rango di principio generale dell'ordinamento comunitario(grazie all'opera interpretativa della Corte di Giustizia e alle decisioni della Commissione).

Si tratta perciò di un principio trasversale, che impone di adottare determinate misure anche nell'incertezza scientifica che un rischio possa sfociare in un concreto pericolo, al fine di tutelare beni fondamentali come la salute e l'ambiente.

A livello penale il principio di precauzione trova applicazione in materia di OGM, nel qual caso si prevede la tutela anticipata al di là del pericolo astratto o concreto.

Il rischio della precauzione in materia penale è evidente, visto che punire in base a un semplice allarme o rischio potrebbe comportare seri problemi

di compatibilità con il principio di offensività (della pena se applicata, o anche della stessa norma incriminatrice in astratto, se nella maggior parte dei casi il pericolo non si realizza).

Nel diritto amministrativo l'applicazione del principio di precauzione comporta non solo il potere di emanare ordinanze atipiche nel contenuto, ma anche nei presupposti (**se solo di rischio si tratta, si agisce nella totale atipicità**).

E' questa la differenza rispetto ai provvedimenti ispirati alla prevenzione, dove la sussistenza di un pericolo permette, almeno, di predeterminare i requisiti di emanazione dell'atto.

Essendoci incertezza scientifica e assenza di massime di esperienza, è la stessa amministrazione che individua i presupposti di necessità e di urgenza a tutela di beni primari.

Ad esempio si può citare la decisione ministeriale che ha ritirato momentaneamente il vaccino antinfluenzale, pure in assenza di un pericolo scientificamente certo.

Seppur i provvedimenti finalizzati alla precauzione hanno un referente normativo (l'art. 1, L. 1990/241 richiama i principi dell'ordinamento comunitario) essi creano problemi di incompatibilità con alcuni istituti, come l'autotutela.

In effetti su tali provvedimenti atipici non può mai maturare alcun affidamento che impedisca l'annullamento in autotutela (vista la situazione di incertezza alla base).

Seppur il problema è attenuato dalla temporaneità (una volta risolta la situazione di incertezza, l'atto non dovrebbe più produrre effetti).

Ma è il deficit di legalità sostanziale il maggior problema, in quanto, come

poc'anzi citato, è più forte rispetto ai provvedimenti ispirati al principio di prevenzione.

Ne consegue che anche il diritto amministrativo del "rischio" è soggetto a una procedimentalizzazione, la quale è finalizzata a recuperare la legalità in senso formale.

Così l'amministrazione procedente, prima di provvedere, deve demandare la valutazione del rischio a soggetti esterni tecnicamente qualificati(le Agenzie, come l'Agenzia del farmaco), che inquadrano il presupposto di intervento.

La decisione, che spetta comunque all'amministrazione procedente, deve essere ragionevole e proporzionata, oltre che rispettare le regole del procedimento(il sindacato del giudice è basato sull'eccesso di potere, ma almeno residua uno spazio per la violazione di legge).

La forte discrezionalità degli atti adottati per precauzione e la necessaria procedimentalizzazione degli stessi, è stata confermata dalla giurisprudenza amministrativa recente in materia ambientale.

La quale, nel riconoscere valenza al principio di precauzione, ha richiesto **la necessità** della misura (risultando inutili gli strumenti tipici) e una **completa valutazione dei rischi**, in relazione al contesto spazio-temporale in cui il provvedimento atipico è destinato a operare.

