*Piergiuseppe Otranto*

**Principio di precauzione e potere sindacale di ordinanza**

1. “Società del rischio”, potere sindacale di ordinanza ed incertezza delle regole: su alcune interrelazioni. - 2. Origini e contenuti del principio di precauzione. La valorizzazione nelle fonti U.E. - 3. Il principio di precauzione nell’ordinamento nazionale. - 4. Fondamento e limiti del potere di ordinanza *extra ordinem* del Sindaco. - 5. Potere sindacale di ordinanza e principio di precauzione: il ruolo razionalizzante del principio di proporzionalità.

*1. “Società del rischio”, potere sindacale di ordinanza ed incertezza delle regole: su alcune interrelazioni.*

 In una società connotata da incessanti evoluzioni tecnologiche[[1]](#footnote-1), che naturalmente generano nuovi rischi (e, aspetto non irrilevante, nuove e non sempre giustificate paure nei cittadini), la gestione del “rischio sanitario” -affidata, sin dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. C, all’Amministrazione mediante l’attribuzione di poteri straordinari concepiti per far fronte al verificarsi di eventi pregiudizievoli (c.d. “amministrazione dell’emergenza”)[[2]](#footnote-2)- sembra spostare le proprie frontiere verso la prevenzione (c.d. “amministrazione precauzionale”)[[3]](#footnote-3).

Accade così che il principio di precauzione[[4]](#footnote-4) risulti di applicazione sempre più frequente nell’esperienza giuridica[[5]](#footnote-5), anche nell’esercizio del potere sindacale di ordinanza[[6]](#footnote-6). Spesso su sollecitazione e nell’interesse delle comunità che amministrano -talvolta mosse da spinte emotive e da allarmismi non sempre giustificati se non dalla c.d. sindrome *nimby*- gli Amministratori locali tentano, per tal via, di impedire l’insediamento di impianti tecnologici o la prosecuzione di attività produttive ritenuti *a priori* pregiudizievoli per la salute dei cittadini e dell’ambiente[[7]](#footnote-7).

 Uno spettro, verrebbe da dire, si aggira per l’Italia: il potere dei Sindaci di governare in via ordinaria il proprio territorio – e di incidere così su interessi assai rilevanti, oltre che, spesso, costituzionalmente protetti – sulla base del cd. principio di precauzione.

 Tuttavia, a misura che i “sindaci legislatori”[[8]](#footnote-8) si fanno a spostare in avanti la frontiera della gestione del rischio sanitario verso la prevenzione, l’avanzare di quella frontiera, in assenza di parametri sufficientemente definiti per la sua delimitazione, inevitabilmente comprime diritti costituzionali assai rilevanti (diritto di pari trattamento dinanzi alla legge, libertà di iniziativa economica, diritto di proprietà, diritto di locomozione, diritto al lavoro, solo per citarne alcuni) generando, così, tensioni sistemiche destinate a trovare nelle Corti la propria (non facile) composizione, soprattutto quando lo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali osti al raggiungimento di conclusioni univoche nell’ambito della comunità scientifica.

 L’incertezza delle regole sembra, perciò, trovare territori ulteriori di espansione in un settore da sempre caratterizzato da discrezionalità assai ampia, soprattutto nell’identificazione delle misure più idonee a fronteggiare l’emergenza, ma saldamente ancorato a presupposti del legittimo esercizio del potere che -messi in discussione da “sortite” del legislatore, più ricondotte dalla Corte costituzionale nell’alveo della razionalità ordinamentale[[9]](#footnote-9)- sembrano, invece, ora particolarmente esposti al rischio di improvvide diluizioni in sede interpretativa, proprio attraverso malintese evocazioni del principio di precauzione.

 Ma, se l’elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali prevale finanche sulla pura discrezionalità politica del legislatore[[10]](#footnote-10), costituendo così un limite all’esercizio della potestà normativa, è evidente che, anche nell’esercizio della funzione amministrativa, come di quella giurisdizionale, non si possa prescindere da un’analisi delle evidenze scientifiche che di volta in volta vengono in rilievo.

 Ne deriva sul piano puramente logico che il problema di individuare parametri sulla base dei quali stabilire se e quando il rischio –insito in ogni scelta dell’agire umano e vieppiù diffuso nella società contemporanea– risulti accettabile (in relazione ad interessi quali la protezione della salute, l’ambiente e l’ecosistema) finisce per riguardare il legislatore non meno che l’Amministrazione o il Giudice.

*2. Origini e contenuti del principio di precauzione. La valorizzazione nelle fonti U.E.*

 A tale problematica ricerca di un punto di equilibrio nella gestione del rischio tenta di dare risposta il principio di precauzione.

 Come è noto, esso ha trovato una prima enunciazione positiva a livello comunitario nella materia della protezione ambientale[[11]](#footnote-11).

 Il riferimento è all’art. 174, par. 2, TCE come introdotto dal Trattato di Maastricht del 1992, e successivamente confluito nell’art. 191, par. 2, del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, a mente del quale: «*la politica dell’Unione europea in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela (…) Essa è fondata sui princìpi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”*».

 Seppur enunciato in tema di tutela dell’ambiente, il principio ben presto è stato ritenuto direttamente applicabile nella generalità dei procedimenti amministrativi[[12]](#footnote-12) ed elevato a “principio generale del diritto comunitario”, rilevante in materia di protezione della salute e dei consumatori[[13]](#footnote-13).

 Ad esso è stata dedicata, inoltre, la Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000[[14]](#footnote-14), che individua alcune “linee guida” per la sua corretta applicazione, senza tuttavia mai tentare di circoscriverne la nozione.

 Può, perciò, apparire utile anticipare che, proprio in applicazione di una logica *lato sensu* precauzionale, è consentito alle autorità competenti di adottare provvedimenti tempestivi al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica e la salute delle persone, per la sicurezza e per l'ambiente anche quando sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di siffatti rischi, senza che l’Amministrazione debba attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità degli stessi.

 Tuttavia, la Commissione avverte la necessità di chiarire che l’esigenza cautelativa non può valere a fondare azioni delle Amministrazioni volte alla «*ricerca di un livello zero di rischio che, nella realtà, esiste solo raramente*», né «*fungere da giustificazione per un protezionismo mascherato*»[[15]](#footnote-15).

 La sua applicazione presuppone una «*valutazione scientifica quanto più completa possibile, identificando in ciascuna fase il grado di incertezza scientifica*»[[16]](#footnote-16) e si colloca perciò –questo appare fondamentale come parametro della legittimità– “a valle” di un processo di valutazione scientifica obiettiva, sulla cui base il decisore politico stabilisce se e come agire a fronte del rischio paventato.

 Ne risulta che, affinché il principio in argomento possa essere invocato, è necessario che si rilevi preliminarmente sul piano obiettivo il sussistere di un grado apprezzabile di incertezza nella comunità scientifica in ordine alle conseguenze pregiudizievoli che da tale situazione discenderanno per la salute umana o per l’ambiente.

 In altri termini: la “precauzione” in senso giuridico assume una sua precisa consistenza, così discostandosi da una nozione atecnica (e metagiuridica) di precauzione intesa come scelta prudenziale, volta ad evitare (o almeno a comprimere al minimo) la possibilità che da una determinata condotta deriva -in termini di causalità- un certo evento.

 Così inteso, il principio costituisce fondamento teorico per una gestione prudenziale del rischio (insito nell’adozione della decisione amministrativa) ogni qual volta i dati disponibili non consentano una sua valutazione univoca.

 In estrema sintesi: nel complesso processo di “analisi del rischio”, mentre la sua “valutazione” in termini scientifici è riservata ad esperti deputati ad esercitare una funzione amministrativa neutrale, la “gestione”, invece, spetta al decisore politico il quale, nell’ipotesi in cui dalla “valutazione” emerga un quadro di incertezza, potrà scegliere “se” agire ed assumere una decisione ispirata al principio di precauzione[[17]](#footnote-17).

 Soltanto nel caso di “rischio potenziale”, individuato sulla base di dati scientifici -ipotesi questa che si colloca, per così dire, nel mezzo tra la “certezza” del pregiudizio per la salute umana e l’ambiente (a fronte della quale opera il principio di prevenzione) e l’assenza di qualsivoglia rischio (situazione nella quale ogni provvedimento restrittivo risulterebbe arbitrario)- può trovare applicazione il principio di precauzione.

 Presupposti per l’applicazione del principio sono: previsione di effetti identificati come potenzialmente negativi[[18]](#footnote-18); la valutazione scientifica di tali effetti [[19]](#footnote-19); un quadro di oggettiva incertezza sul piano tecnico in ordine alla valutazione degli effetti pregiudizievoli[[20]](#footnote-20).

 Solo “*una volta realizzata la valutazione scientifica nel modo migliore, è possibile disporre di una base per invocare l’applicazione*” del principio di precauzione[[21]](#footnote-21).

 La sua applicazione non può comunque comportare la violazione dei «*princìpi generali di una buona gestione dei rischi*»[[22]](#footnote-22), quali la proporzionalità[[23]](#footnote-23), la non discriminazione, la coerenza (delle misure adottate rispetto a quelle applicate in situazioni analoghe), l'esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dalla sua mancanza, l'esame dell'evoluzione scientifica.

*3. Il principio di precauzione nell’ordinamento nazionale. Profili applicativi.*

 In quanto principio generale del diritto comunitario, il principio di precauzione, trova applicazione diretta nell’ordinamento nazionale innanzitutto in virtù dei noti meccanismi di integrazione del diritto interno con quello comunitario; in secondo luogo, in forza dell’art. 1, l. 241/1990 s.m.i.

 Espressamente richiamato nell’ordinamento italiano a partire dal 1999, esso è codificato nell’art. 301 d.lgs. 152/2006 (codice dell’ambiente), che attribuisce al Ministro dell’ambiente, in presenza di pericoli anche solo potenziali per la salute umana e per l’ambiente, individuati a seguito di una “preliminare valutazione scientifica obiettiva”*,* il potere di adottare misure fondate sul principio di precauzione a condizione che comunque siano rispettati i princìpi di proporzionalità, non discriminazione, e che esse siano basate su un’analisi costi/benefici, aggiornabili alla luce delle nuove conoscenze scientifiche[[24]](#footnote-24).

 Ma è soprattutto la giurisprudenza amministrativa che ha concorso a delineare nei suoi tratti essenziali i contenuti della cautela di matrice comunitaria.

 Infatti, la giurisprudenza nazionale -si direbbe in perfetta continuità con le indicazioni provenienti dall’Unione- riconosce la presupposta necessità di un’adeguata analisi scientifica della situazione di fatto (fase della “valutazione del rischio”) «calata nella concretezza del contesto spazio-temporale di riferimento, valutazione che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità»[[25]](#footnote-25), ma non richiede l'esistenza di evidenze scientifiche consolidate sulla correlazione tra la causa, oggetto di divieto o limitazione, e gli effetti negativi che ci si prefigga di eliminare o ridurre[[26]](#footnote-26).

 Il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire -a questo proposito- che l’azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche nei casi in cui i danni siano poco conosciuti o solo potenziali[[27]](#footnote-27), pur se deve escludersi un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente[[28]](#footnote-28). Sul versante procedimentale, è stata affermata «*la necessità di riconoscere canali istituzionali di coinvolgimento dei cittadini, delle loro formazioni sociali e delle loro comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione (globalmente rilevante) di amministrazione del rischio, sia a livello comunitario che a livello nazionale*»[[29]](#footnote-29).

 Tuttavia, le misure adottate sulla base del principio devono apparire non solo utili, ma “necessarie”, al fine di evitare pregiudizi all’ambiente o alla salute[[30]](#footnote-30) e comunque conformi ad un principio di proporzionalità, nella ricerca di un equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco e sorrette da un apparato motivazionale particolarmente rigoroso, che tenga conto di un'attività istruttoria parimenti “ineccepibile”[[31]](#footnote-31).

*4. Fondamento e limiti del potere di ordinanza* extra ordinem *del Sindaco*

 Alla luce di questa, pur breve, disamina occorre valutare l’idoneità del “principio di precauzione” a costituire fondamento del potere di ordinanza *ex* artt. 50 e 54 del d.lgs. 267/2000.

 In via preliminare una precisazione appare necessaria.

 Il nostro sistema giuridico conosce, da epoca risalente, differenti tipologie di “ordinanze”: senza alcuna pretesa di completezza e nella consapevolezza dei limiti e della relatività di ogni classificazione, sembra utile il riferimento alle ordinanze ordinarie o normali; alle ordinanze di necessità (atti necessitati); alle ordinanze di necessità e urgenza[[32]](#footnote-32).

 È, tuttavia, esclusivamente alle “ordinanze di necessità” -intese quali «*atti generali o singolari non predeterminati quanto al contenuto, emanati in casi di urgente necessità da autorità amministrative diverse dal Governo*»[[33]](#footnote-33)- che ci si soffermerà nel prosieguo.

 Esse, infatti, presentano i profili di maggior interesse per la riflessione giuridica in virtù della costante tensione che si registra tra potere di ordinanza e principio di legalità.

 È evidente che gli esiti della riflessione su tale rapporto dipendono dal significato che si attribuisca e dal fondamento che si sia propensi a riconoscere al principio di legalità nell’ordinamento generale. Tra il suo fondamento costituzionale[[34]](#footnote-34) e la codificazione mera a livello di legge ordinaria[[35]](#footnote-35) si gioca, infatti, la configurabilità di «ambiti amministrativi liberi attribuiti alla prerogativa dell’esecutivo non esclusi dalle riserve di legge»[[36]](#footnote-36).

 La tensione tra potere di ordinanza e principio di legalità si correla, da un lato, all’idoneità (riconosciuta dalla legge) dei provvedimenti ordinatori a derogare alle norme vigenti[[37]](#footnote-37); dall’altro, alla indeterminatezza contenutistica degli stessi, consustanziale alla funzione di valvola di sicurezza dell’ordinamento da far valere in situazioni emergenziali imprevedibili[[38]](#footnote-38). Tale tensione è stata governata ed orientata dalla Corte costituzionale, che da subito ha enucleato i criteri che rendono costituzionalmente legittimo l’esercizio di questo specifico potere[[39]](#footnote-39).

 Due sono, come è noto, le tipologie di “ordinanze di necessità” del Sindaco: quelle adottate nella qualità di rappresentante della comunità locale «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblicaa carattere esclusivamente locale»(art. 50 t.u.e.l.) e quelle assunte quale ufficiale di governo «al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana» (art 54, comma 4 t.u.e.l.).

 È il caso di ricordare, però, che l’art. 54, comma 4, t.u.e.l. (come modificato nel 2008)[[40]](#footnote-40) prevedeva, accanto alle ordinanze contingibili ed urgenti, anche le cd. ordinanze “di ordinaria amministrazione”, con le quali, mediante il richiamo a nozioni “aperte” o “concetti giuridici indeterminati”(“incolumità pubblica” e “sicurezza urbana”[[41]](#footnote-41)), si affidava al Sindaco un’ampia discrezionalità nell’utilizzo del poterecorrispondente -anche al di fuori di situazioni connotate da necessità ed urgenza- con evidente rischio di compressione del principio di legalità. Proprio per circoscrivere la portata di tale discrezionalità, nel testo del d.lgs. 267/2000, novellato nel 2008, è stato introdotto il comma 4 *bis* che rinvia ad un decreto del Ministero dell’Interno la definizione di “incolumità pubblica e sicurezza urbana”[[42]](#footnote-42).

 Tuttavia, negli anni, si era è registrato un crescente ricorso allo strumento dell'ordinanza per far fronte a fenomeni sociali nuovi o percepiti come fonte di possibile pregiudizio per l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana[[43]](#footnote-43).

 A tale interpretazione ed applicazione estensiva e, per certi aspetti, abusiva dell’ambito di esercizio di un potere sindacale di ordinanza *extra ordinem* utilizzato per governare situazioni viceversa caratterizzate da profili di ordinarietà nell’amministrazione, la Corte costituzionale ha inteso porre una battuta d’arresto: con sentenza 7 aprile 2011, n. 115[[44]](#footnote-44), la Consulta ha sancito l’illegittimità costituzionale dell’art. 54, co. 4 -nella parte concernente le ordinanze di ordinaria amministrazione- facendo leva sulla violazione della riserva di legge in tema di imposizione di prestazioni personali e patrimoniali (art. 23)[[45]](#footnote-45), del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni (art. 97) e del principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge (art. 3).

 La riflessione qui condotta resta, perciò, circoscritta esclusivamente alle ordinanze contingibili ed urgenti adottate dal Sindaco ai sensi degli artt. 50 e 54, co. 4 t.u.e.l. al fine di ricostruire i limiti del potere che ne rendano costituzionalmente legittimo l’esercizio e di valutare in quale rapporto essi si pongano con il “principio di precauzione”, sempre più spesso invocato dai Sindaci a fondamento dei propri provvedimenti.

 Or, dal momento che l’ordinanza contingibile ed urgente consente in via eccezionale di derogare le norme dell’ordinamento -pur entro i confini del principio di legalità (il cui rispetto è garantito dall’esistenza di una norma di legge attributiva del potere) e nell’osservanza dei soli princìpi generali, anzitutto costituzionali- le norme attributive del relativo potere dovrebbero essere oggetto di interpretazione restrittiva sia da parte dell’Amministrazione, sia del giudice chiamato a scrutinare la legittimità dei provvedimenti.

 Tale considerazione, seppur possa apparire ovvia, in realtà si scontra con una certa disinvoltura dell’autorità amministrativa nell’utilizzo di questo delicatissimo potere, talvolta con l’avallo della giurisprudenza.

 Così, quanto al presupposto dell’urgenza di provvedere (declinato nell’art. 50 t.u.e.l. in termini di vera e propria “emergenza”), non mancano pronunce che -valorizzando l’elemento funzionale (la necessità di tutela dell’incolumità, sanità o igiene pubblica)- ne hanno fornito un’interpretazione estensiva, riconoscendo la legittimità di ordinanze adottate per far fronte a situazioni di pericolo note da anni e protrattesi nel tempo[[46]](#footnote-46).

 La natura extra ordinaria del potere in argomento risulta pervero talora mitigata in quell’orientamento giurisprudenziale in forza del quale «l'assoluta imprevedibilità della situazione da affrontare non è un presupposto indefettibile per l'adozione delle ordinanze sindacali *extra ordinem*»[[47]](#footnote-47) e da una certa elasticità mostrata dal Consiglio di Stato nel valutare l’ulteriore requisito consistente nella impossibilità di fronteggiare la situazione di pericolo con i provvedimenti tipici già previsti dall'ordinamento[[48]](#footnote-48).

 Nel solco di un allargamento delle maglie del potere sindacale di ordinanza si collocano le decisioni con le quali è stata riconosciuta la legittimità dell’ordinanza sindacale anche allorquando la situazione di pericolo fosse in concreto direttamente ascrivibile al mancato esercizio dei poteri ordinari da parte dell’Amministrazione (ad esempio imponendo all’appaltatore la proroga del servizio di raccolta dei rifiuti, nonostante la situazione di “urgenza” si fosse determinata per effetto dell’inerzia dell’Amministrazione finanche nel procedere all’affidamento temporaneo del servizio a trattativa privata)[[49]](#footnote-49).

 Tuttavia, la Corte costituzionale ha osservato che il principio di legalità sostanziale posto alla base dello Stato di diritto «non consente “l'assoluta indeterminatezza” del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»[[50]](#footnote-50).

 Sulla scorta di tali riflessioni, l’allargamento delle maglie del potere d’ordinanza, siccome emerse nel “diritto vivente”, merita probabilmente un ripensamento, anche muovendo da un’interpretazione letterale e restrittiva delle norme attributive e da uno scrutinio rigoroso sulla sussistenza dei presupposti per il relativo legittimo esercizio.

*5. Potere sindacale di ordinanza e principio di precauzione: il ruolo razionalizzante del principio di proporzionalità.*

 In tale prospettiva, resta da chiedersi se il principio di precauzione sia idoneo -come nei provvedimenti sindacali innanzi richiamati- a fondare il potere di ordinanza.

 Potrebbe pervero osservarsi che la materia della “sanità ed igiene pubblica” è uno degli ambiti tradizionali nel quale il principio di precauzione può trovare applicazione.

 Tuttavia, se è vero che il potere di ordinanza *ex* art. 50, co. 4, t.u.e.l. è previsto per far fronte a situazioni di pregiudizio per la “sanità e l’igiene pubblica” qualificabili come “emergenze”, allora lo spazio per la convivenza tra potere di ordinanza e principio di precauzione si comprime in maniera assi significativa. Ed infatti: una situazione può esser definita di “emergenza” allorquando si sia prodotto (o rischi di prodursi) un pregiudizio talmente grave da richiedere un immediato intervento risolutore. Se così è, pare difficile immaginare che il principio di precauzione -che, come si è ricordato, postula il preventivo svolgimento di una valutazione quanto più possibile completa dei rischi calata nella concretezza del contesto spazio-temporale di riferimento- sia idoneo a fondare (o a rafforzare) il potere sindacale di ordinanza *ex art*. 50, co. 4, riconosciuto dall’ordinamento per consentire all’Amministrazione di adottare nell’immediatezza provvedimenti idonei a scongiurare un’emergenza.

 In altri termini: in presenza di situazioni di pregiudizio per la salute e l’igiene di tale gravità da poter esser considerate alla stregua di un’ “emergenza”, l’urgenza di provvedere non consentirebbe di svolgere quell’approfondita “valutazione del rischio” (in termini scientifici) che costituisce il necessario presupposto per la “gestione del rischio” in termini di precauzione.

 Anche in relazione alle ordinanze adottate dal Sindaco quale ufficiale di governo per fronteggiare *“*gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*”* (art. 54), si perviene a conclusioni non dissimili. Infatti, sebbene l’art. 54 non richieda che sussista di un’“emergenza”, nondimeno l’urgenza di provvedere comprime in maniera significativa lo spazio di scelta del Sindaco su una gestione del rischio -siccome compiutamente valutato in sede scientifica- in termini di precauzione.

 La discrasia tra tempo (breve) dell’intervento urgente e tempo (dilatato) della valutazione e successiva gestione del rischio in termini di precauzione lascia emergere una tendenziale inidoneità del principio a fondare o a rafforzare l’esercizio del potere di ordinanza.

 Al contrario, se si tenga a mente (sulla scorta del dato testuale dell’art. 54 t.u.e.l e degli insegnamenti, anche risalenti, della Corte costituzionale) che l’esercizio del potere di ordinanza possa considerarsi legittimo solo a condizione che siano rispettati i “princìpi generali dell’ordinamento” e si annoveri che tra questi anche il principio di precauzione, allora esso potrà costituire limite (e non fondamento) del potere *extra ordinem.*

 Saranno, dunque, da ritenere illegittime -per violazione del principio di precauzione- quelle ordinanze fondate su supposizioni di fatti e/o di conseguenze di accadimenti non ancora accertati scientificamente nella loro oggettiva pericolosità: dunque su un approccio puramente ipotetico del rischio. Si deve richiedere, al contrario, un’adeguata analisi scientifica dalla quale emerga, pur in assenza di evidenze consolidate, una correlazione tra la causa -attività oggetto di divieto o limitazione- e gli effetti negativi che ci si prefigge di eliminare o ridurre (fase della “valutazione del rischio”).

 Sul versante procedimentale, ciò comporta di necessità che, in assenza di dati scientifici certi in ordine alla correlazione tra la condotta che si intende vietare o imporre ed il danno alla salute ed all’ambiente che si intende prevenire, sia svolta un’attività istruttoria rigorosa (addirittura “ineccepibile” la definisce il Consiglio di Stato[[51]](#footnote-51)), anche attraverso il coinvolgimento dei cittadini, delle loro formazioni sociali e delle comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione (globalmente rilevante) di amministrazione del rischio[[52]](#footnote-52).

 Conclusa la fase istruttoria, l’Amministrazione dovrà valutare l’opportunità di intervenire (fase della “gestione del rischio”) con un provvedimento idoneo a prevenirei rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente.

 Al Sindaco, nell’esercizio dell’amplissima discrezionalità che la legge gli riconosce, incombe l’onere di ricercare un non facile equilibrio tra il diritto alla salute ed i divergenti interessi di rilievo costituzionale (libertà di iniziativa economica, diritto di proprietà, tutela della concorrenza, diritto al lavoro), ricordando però che la Costituzione non attribuisce al primo un carattere pregiudizialmente preminente, ma che, al contrario, *«tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»,* sicchéil punto di equilibrio tra gli interessi«*proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato (…) secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»*[[53]](#footnote-53).

 Il principio di proporzionalità costituisce, nel diritto vivente, parametro -anche di diritto positivo[[54]](#footnote-54)- per graduare le scelte ispirate al principio di precauzione[[55]](#footnote-55) ed al tempo stesso limite al potere di ordinanza[[56]](#footnote-56).

 È nella proporzionalità -con i suoi corollari di gradualità ed adeguatezza- dunque, che il potere sindacale di ordinanza sembra trovare la via di una convivenza possibile con il principio di precauzione[[57]](#footnote-57).

*Abstract: The study starts from the observation of the gradual extension by way of interpretation of the emergency powers of the Mayor, applied precautionary to the management of the “health risk”; it meanders through the reconstruction of the normative sources and the roots in theory of the corresponding power (extra ordinem or “ordinary” of the Mayor); and it reaches in terms of reconstructions the necessity to refer to rules and principles (notably the principle of proportionality) in order to avoid that an extensive and sometimes relaxed application of the precautionary principle results in some sort of “Trojan horse”, determining unknowing incursions through the exercise of emergency powers by the Mayor thus essentially converting arbitrarily such powers, which can only take the form of limit.*

 (Lo studio rielabora ed approfondisce l’intervento programmato svolto dall’a. nel corso del Seminario sul tema “Riflessioni a margine del potere di ordinanza”, indetto il 18 giugno 2015 presso l’Università degli Studi di Roma Tre, in preparazione al Convegno annuale AIPDA 2015)-

1. Sull’incidenza dell’evoluzione tecnologica nell’assetto dei rapporti e degli interessi, cfr., con modalità di approccio differenti, F. Merusi, *Variazioni tra tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 973 ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo*, *tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione*», Milano, 2005; S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo,* Bologna, 2008; e S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; N. Irti - E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; E. Severino, Techne-Nomos*: l’inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica*, in P. Barcellona (a cura di), *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari, 2001, 15 ss.; N. Irti, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, 2007. [↑](#footnote-ref-1)
2. R. Cavallo Perin, [*Il diritto amministrativo dell’emergenza per fattori esterni all’amministrazione pubblica*](http://www.robertocavalloperin.it/repository/file/1_Il%20diritto%20amministrativo%20dell%27emergenza%20per%20fattori%20esterni%20all%27amminiatrazione%20pubblica.pdf)*,* in [*Dir. amm.*](http://www.robertocavalloperin.it/repository/file/0_Diritto%20Amministrativo%202005.pdf)*,* 2005, 777 ss., nonché Id., [*Il diritto amministrativo dell’emergenza*](http://www.robertocavalloperin.it/repository/file/3_Il%20diritto%20amministrativo%20e%20l%27emergenza%20derivante%20da%20cause%20e%20fattori%20esterni%20all%27amministrazione.pdf), in *Annuario AIPDA*, Milano, 2006, 31 ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. M.P. Chiti, *Il rischio sanitario e l’evoluzione dall’amministrazione dell’emergenza all’amministrazione precauzionale,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2006, 1 ss. Sulla distinzione tra “prevenzione” e “precauzione” cfr. A. Crosetti, *La normativa antisismica quale strumento preventivo dell’incolumità pubblica*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 261 ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sul principio di precauzione si veda il lavoro monografico di F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio,* Milano, 2005, nel quale l’A., dopo aver ricostruito le origini del principio nell’ambito della materia ambientale, ne ripercorre l’evoluzione nella giurisprudenza comunitaria per poi approfondirlo nell’ordinamento amministrativo multilivello, anche in relazione ai profili organizzativi della c.d. “amministrazione di rischio”.

La bibliografia sul tema è, peraltro assai vasta: si vedano, altresì, F. Merusi, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull’elettrosmog*, in *Foro amm.*, 2001, 221; F. Trimarchi, *Principio di precauzione e qualità dell’azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1673 ss.; R. Ferrara*, La protezione dell’ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio",* in *Dir. e soc.,* 2006, 507 ss.; Id. *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la “precauzione inutile”?* in *Riv. giur. edil.*, 2012, 61; A. Barone, *Il diritto del rischio,* Milano, 2006; M.L. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e attività amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 52 ss.; A. Zei, voce *Principio di precauzione*, in *Digesto disc. pubbl.*, Aggiornamento III, Torino, 2008, 670 ss.; B. Marchetti, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell’azione* amministrativa, Milano, 2011, 149 ss.; I.M. Marino, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano,* vol. III, Napoli, 2011, 2177 ss.; G. Mastrodonato, *I princìpi di proporzionalità e precauzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia: verso l’effettività della tutela del cittadino*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2011, 183 ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495; id., sez. III, 6 febbraio 2015, n. 605; id., sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 1271. [↑](#footnote-ref-5)
6. Nell’ambito della giurisprudenza più recente, si vedano, ad esempio, T.a.r. Liguria, sez. I, 30 aprile 2015, n. 427, che ha annullato l’ordinanza *ex* *artt.* 50 e 54 t.u.e.l. con la quale un Sindaco, al dichiarato scopo di minimizzare l’esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici e i connessi rischi per la salute pubblica, aveva vietato –nelle more dell’approvazione del piano comunale di organizzazione del sistema delle teleradiocomunicazioni – di installare qualsiasi tipo di impianto di radio base a una distanza inferiore a 50 metri da alcuni edifici specificamente individuati come “siti sensibili” del territorio comunale (scuole, strutture sanitarie, residenze per anziani, impianti sportivi) “nell’ottica di un superiore principio di precauzione”; T.a.r. Puglia – Bari, sez. I, 24 marzo 2015, n. 479, sulla quale v. *infra*.

Nella giurisprudenza meno recente, cfr. T.a.r. Calabria – Reggio Calabria, sentenza 4 giugno 2013, n. 357, che ha accertato l’illegittimità dell’ordinanza ex art. 50 e 54 t.u.e.l. con la quale il Sindaco, allo scopo di adottare l’impostazione più restrittiva nella definizione del livello più basso di rischio da inquinamento da onde elettromagnetiche, aveva ordinato agli uffici di sospendere tutte le richieste di autorizzazione all’installazione di impianti per le telecomunicazioni e la radiodiffusione in vista dell’adozione di un futuro regolamento comunale. Cfr. anche T.a.r. Puglia – Bari, sez. I, sentenza 8 aprile 2014, n. 465, che ha accertato l’illegittimità dell’ordinanza con la quale il Sindaco di un Comune, invocando tra gli altri il principio di precauzione, aveva ordinato al ricorrente la sospensione dei lavori per l’installazione di una stazione radio base. In materia di (supposto) inquinamento elettromagnetico, tra le tante pronunce, cfr. T.a.r. Veneto, sez. II, 1 giugno 2004, n. 1763 in *Foro amm. – TAR,* 2004, 1661; T.a.r. Toscana, sez. I, 26 luglio 2001, n. 1266 in *Foro amm.*, 2001, 2455, con nota di G.D. Comporti, *Amministrazioni e giudici sull’onda dell’elettrosmog*. [↑](#footnote-ref-6)
7. Per un’approfondita analisi dei profili giuridici di maggior interesse relativi alla tutela dell’ambiente si rinvia alle sempre attuali riflessioni di A. Angiuli, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*. *Le azioni comunali e surrogatorie*, Napoli, 1984-1986; Id., *Diritto e processo nella tutela del paesaggio. Percorsi di una integrazione tra ordinamenti*, in *Studi* *in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 1009 ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. L’espressione è di V. Cerulli Irelli, *Sindaco legislatore?,* in *Giur. cost.*, 2011, 1600 ss. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. *infra*, par. 4. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282 in *Foro amm. - CdS*, 2002, 2787 con nota di C.E. Gallo, *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali ed i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*, 2791 ss., nonché in *Giur. cost.*, 2002, 2012, con nota di A. D’Atena, *La Consulta parla… e la riforma del Titolo V entra in vigore*, *ivi*, 2027 ss. [↑](#footnote-ref-10)
11. Per i profili evolutivi, cfr. F. Fracchia, *Environmental Law*, in *Principle, Definitions and Protection Models*, Napoli, 2015. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte di giustizia UE, sentenza 21 marzo 2000, causa C-6/99, *Greenpeace,* in *Racc.*, I-1651. Sull’evoluzione della giurisprudenza comunitaria cfr. F De Leonardis, *Il principio di precauzione,* cit., 65 ss. [↑](#footnote-ref-12)
13. Trib. UE, sentenza 26 novembre 2002, causa T-74/00, § 183 ss.: «*Nonostante sia menzionato nel Trattato solamente in relazione alla politica ambientale, il principio di precauzione ha quindi un ambito di applicazione più ampio. Esso è destinato ad applicarsi, al fine di assicurare un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza dei consumatori e dell’ambiente, in tutti gli ambiti di azione della Comunità. In particolare, l’art. 3, lett. p), CE prevede tra le politiche e le azioni della Comunità, «un contributo al conseguimento di un elevato livello di protezione della salute». Del pari, l’art. 153 CE mira a un elevato livello di protezione dei consumatori e l’art. 174, n. 2, CE attribuisce lo scopo di garantire un elevato livello di protezione alla politica della Comunità in materia ambientale. Inoltre, le esigenze di tale elevato livello di protezione dell’ambiente e della salute umana sono esplicitamente integrate nella definizione e nell’attuazione di tutte le politiche e azioni della Comunità, in forza, rispettivamente, degli artt. 6 CE e 152, n. 1, CE. Ne consegue che il principio di precauzione può essere definito come un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l’ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici. Infatti, essendo le istituzioni comunitarie responsabili, in tutti i loro ambiti d’azione, della tutela della salute, della sicurezza e dell’ambiente, il principio di precauzione può essere considerato come un principio autonomo che discende dalle menzionate disposizioni del Trattato. Secondo una giurisprudenza consolidata, in materia sanitaria, il principio di precauzione implica che, nel caso sussistano incertezze quanto all’esistenza o alla portata dei rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono prendere provvedimenti di tutela senza dover attendere che la realtà e la gravità di tali rischi siano pienamente dimostrate (sentenza della Corte 5 maggio 1998, causa C-180/96, Regno Unito/Commissione, in Racc., I-2265, punto 99, e sentenza del Tribunale 16 luglio 1998, causa T-199/96, Bergaderm e Goupil/Commissione, in Racc., II-2805, punto 66). Prima che la giurisprudenza sancisse il principio di precauzione sulla base delle disposizioni del Trattato, tale principio era implicitamente applicato nell’ambito del sindacato sulla proporzionalità (v., in tal senso, ordinanza Regno Unito/Commissione, cit., punti 73-78, e ordinanza del presidente del Tribunale 13 luglio 1996, causa T-76/96 R, The National Farmers’ Union e a./Commissione, in Racc., II-815, punti 82-93, in particolare punto 89)*».

Sul collegamento tra principio di precauzione e diritti delle generazioni future, cfr. F. Morollo, *Indisponibilità del rischio per le generazioni future. Tra inquinamento elettromagnetico e risorse naturali,* in A. Astone - F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future,* Soveria Mannelli, 2010, 79 ss. [↑](#footnote-ref-13)
14. Com. (2000) 1 def. [↑](#footnote-ref-14)
15. Com. (2000) 1 def., § 2. [↑](#footnote-ref-15)
16. Com. (2000) 1 def., § 6.1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Com. (2000) 1 def., § 5: «*Il principio di precauzione nelle sue componenti. L’analisi del principio di precauzione fa apparire due aspetti per loro natura distinti: (i) la decisione politica di agire o di non agire, collegata ai fattori che attivano l’utilizzazione del principio di precauzione; (ii) in caso affermativo, come agire, vale a dire quali sono le misure derivanti da tale utilizzazione del principio di precauzione. Vi è una controversia sulla presa in considerazione dell’incertezza scientifica nell’analisi del rischio, e in particolare se tale presa in considerazione debba essere effettuata nella valutazione del rischio o nella gestione del rischio. Tale controversia deriva da una confusione tra una strategia di prudenza e l’applicazione del principio di precauzione. Questi due aspetti sono complementari ma non devono essere confusi. La strategia di prudenza è iscritta nella politica di valutazione dei rischi che è determinata prima di qualunque valutazione dei rischi stessi e che fa appello agli elementi descritti al punto 5.1.3. Essa fa quindi parte integralmente del parere scientifico espresso da coloro che valutano il rischio. L’applicazione del principio di precauzione appartiene, invece, alla gestione del rischio, quando l’incertezza scientifica non consente una valutazione completa di tale rischio e i responsabili ritengono che il livello prescelto di protezione dell’ambiente o della salute umana, animale o vegetale possa essere minacciato*».

Sulla distinzione fra parere scientifico e potere discrezionale dell’autorità competente, si vedano la sentenza della Corte di giustizia UE, 24 novembre 1993, causa C-405/92, *Mondiet,* in *Racc*., I-6133, punto 31, e le conclusioni dell’avvocato generale Gulmann in tale causa, paragrafo 28. [↑](#footnote-ref-17)
18. Com. (2000) 1 def., §5.1.1: «*Una valutazione di dati scientifici relativi ai rischi è un elemento necessario per ricorrere al principio di precauzione. Un altro elemento precede tuttavia logicamente e cronologicamente tale valutazione, vale a dire l’identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno. Per avere una migliore percezione di tali effetti, risulta necessario procedere ad una valutazione scientifica. La decisione di effettuare tale valutazione senza aspettare nuove informazioni è collegata ad una percezione meno teorica e più concreta del rischio*». [↑](#footnote-ref-18)
19. Com. (2000) 1 def., § 5.1.2.: «*Una valutazione scientifica degli effetti potenzialmente negativi dovrebbe essere adottata sulla base dei dati disponibili nel momento in cui si considera se siano necessarie misure volte a proteggere l’ambiente e la salute umana, animale o vegetale. Una valutazione del rischio dovrebbe essere realizzata laddove sia possibile al momento di decidere se invocare o no il principio di precauzione. Ciò richiede dati scientifici affidabili e un ragionamento rigorosamente logico che porti ad una conclusione la quale esprima la possibilità del verificarsi e l’eventuale gravità del pericolo sull’ambiente o sulla salute di una popolazione data, compresa la portata dei possibili danni, la persistenza, la reversibilità e gli effetti ritardati. Non è tuttavia possibile portare a compimento in tutti i casi una valutazione completa dei rischi, ma dovrebbero essere compiuti tutti gli sforzi possibili per valutare le informazioni scientifiche disponibili*». [↑](#footnote-ref-19)
20. Com. (2000) 1 def., § 5.1.3. [↑](#footnote-ref-20)
21. Com. (2000) 1 def., § 6.2. [↑](#footnote-ref-21)
22. Com. (2000) 1 def., § 6.3. [↑](#footnote-ref-22)
23. Come è noto, il principio di proporzionalità trova la propria origine nel diritto tedesco per espandersi progressivamente in altri ordinamenti nazionali per effetto della penetrazione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia che vi ha fatto ricorso sin dalla sentenza 16 luglio 1956, in causa 8/55, *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, 197 ss. Sul principio di proporzionalità si veda, nell’ambito di una vasta bibliografia, A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998; Id., *Proporzionalità*,in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*,Milano, 2006, vol. V, 4643 ss.; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di «spill over» negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove aut.*, 2005, 541 ss.; Id., *La proporzionalità quale principio generale dell’ordinamento*,in *Giorn. dir. amm.*,2006, 1007 ss.; Id, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui princìpi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 389 ss.; G.F. Ferrari, *Il principio di proporzionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 125 ss.; C. Malinconico, *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell’attività amministrativa*. *Atti del XLVII Convegno di Scienza dell’Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 20-22settembre 2001)*, Milano, 2002, 49 ss.; V. Parisio, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove aut.*, 2006, 717 ss.; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento italiano*, *comunitario e inglese*, Milano, 2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. Con specifico riguardo all’applicazione del principio nel diritto comunitario, cfr. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*,in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*,1993, 833 ss.; M.C. Ciciriello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, London, 1996. [↑](#footnote-ref-23)
24. L’art. 2 del Protocollo di attuazione della Convenzione per la protezione delle Alpi del 1991 nell’ambito dei trasporti, fatto a Lucerna il 31 ottobre 2000, ratificato con legge 9 novembre 2012 n.196, definisce il principio di precauzione come «principio secondo il quale gli interventi volti a evitare, gestire o ridurre gli effetti gravi o irreversibili sulla salute e sull’ambiente non possono essere rinviati, con la motivazione che la ricerca scientifica non abbia ancora dimostrato, in modo rigoroso, l’esistenza di un rapporto di causa-effetto fra da un lato le sostanze contemplate e dall’altro la loro potenziale nocività per la salute e l’ambiente». Si direbbe che nell’incertezza -ragionevolmente distinta dalla “relativa certezza che non”- sia proprio la precauzione a trovare il suo spazio tipico. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2015, n. 605; id., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4588 e 11 luglio 2014, n. 3573. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cons. Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495; id., sez. III, 6 febbraio 2015, n. 605; id., sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 1271. [↑](#footnote-ref-27)
28. Secondo Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250, il principio è inidoneo a costituire fondamento di «*una interpretazione delle disposizioni normative, tecniche e amministrative vigenti in un dato settore che ne dilati il senso fino a ricomprendervi vicende non significativamente pregiudizievoli per l’area interessata; la situazione di pericolo deve essere potenziale o latente, ma non meramente ipotizzata, e deve incidere significativamente sull’ambiente e sulla salute dell’uomo*». [↑](#footnote-ref-28)
29. Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2013, n. 6250. [↑](#footnote-ref-29)
30. «*Le misure precauzionali infatti presuppongono che la valutazione dei rischi di cui dispongono le autorità rilevi indizi specifici i quali, senza escludere l’incertezza scientifica, permettano ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili che risultano maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l’attuazione di tali misure è necessaria al fine di evitare pregiudizi all’ambiente o alla salute*». Così Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2013, n. 6250. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2013, n. 2094. [↑](#footnote-ref-31)
32. La distinzione tra “atti necessitati” ed ordinanze di necessità ed urgenza è ben tratteggiata dalla Corte costituzionale nella sentenza 4 gennaio 1977, n. 4: «i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell’esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni ».

Sul potere di ordinanza la dottrina ha svolto un’approfondita opera di sistemazione dommatica. Si veda A. Origone, *Ordinanza*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1939, 297; M. S. Giannini, *Potere di ordinanza ed atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, 388 ss.; L. Galateria, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi,* Milano, 1950; Id., *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953; G.U. Rescigno, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it*., vol. XII, Torino, 1965, 89 ss.; F. Bartolomei, *Il potere di ordinanza e le ordinanze di necessità*, Milano, 1979; Id., voce *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 970 ss.; F. Satta, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, XXII; R. Cavallo Perin, [*Potere di ordinanza e principio di legalità*. *Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*](http://www.robertocavalloperin.it/repository/file/0_Potere%20di%20ordinanza%20e%20principio%20di%20legalit%C3%A0.pdf), Milano, 1990; Id., [*Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*](http://www.robertocavalloperin.it/repository/ordinanza%281%29.pdf), in *Dig. disc. pubbl*., I agg., 2010; B. Cavallo, *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1995, X, 435 ss.; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’Amministrazione,* in *Il principio di legalità e poteri straordinari dell’Amministrazione*. *Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell’Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2008)*, Milano, 2008, 164 ss.; A. Fioritto, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; M. A. Cabiddu, *Necessità ed emergenza: ai confini dell’ordinamento*, in *Amministrare*, n. 2/2010, 167 ss.; A. Cardone, *La «normalizzazione» dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011; M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, 2011, 738 ss.

Una preziosa ricostruzione dell’istituto e delle analisi della dottrina amministrativistica si deve a R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, cit. [↑](#footnote-ref-32)
33. G.U. Rescigno, voce *Ordinanza*, cit. 91. [↑](#footnote-ref-33)
34. G. Amato, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, 128 ss. considera il principio portato dell’art. 76 Cost. Secondo V. Crisafulli, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss. il principio potrebbe desumersi dagli art. 24 e 113 Cost. Nelle riflessioni di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, 83 ss., il principio sarebbe immanente nel sistema e troverebbe espressione nell’art. 23 Cost., pur se riferito ai soli provvedimenti ablatori. Anche secondo N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001 il principio connoterebbe l’intero sistema amministrativo. [↑](#footnote-ref-34)
35. Secondo A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm*., 1999, 111 ss., il principio è enunciato nell’art. 5 dell’Allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248. Da ultimo, cfr. A. Angiuli - V. Caputi Jambrenghi, *Forma e sostanza del principio di legalità nell’esercizio di pubblici poteri*, in *www.giustamm.it*, 2013. [↑](#footnote-ref-35)
36. S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, vol.I,Milano, 2003, 216 ss. [↑](#footnote-ref-36)
37. F. Satta, (voce) *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur.,* vol. XXII, Roma, 1990, 4, individua il fondamento del potere di ordinanza contingibile ed urgente nella sussistenza di lacune dell’ordinamento normativo (e dunque nella necessità di adeguare l’ordinamento normativo allo stato di fatto), non dell’ordinamento giuridico complessivo. [↑](#footnote-ref-37)
38. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 102. [↑](#footnote-ref-38)
39. Nella sentenza del 2 luglio 1956, n. 8 la Consulta richiama i seguenti criteri: «*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 princìpi dell’ordinamento giuridico*». Sui limiti costituzionali che debbono osservare le norme di legge che prevedono il potere di ordinanza (anche se con riferimento alle ordinanze prefettizie *ex* art. 2 t.u.l.p.s., r.d. 18 giugno 1931 n. 773) cfr. Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26; nonché Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 4. [↑](#footnote-ref-39)
40. Art. 6 d.l. 23 maggio 2008, n. 92. [↑](#footnote-ref-40)
41. Sui poteri amministrativi in materia di sicurezza urbana si veda A. Pajno, *La «sicurezza urbana» tra poteri impliciti e inflazione normativa,* in A. Pajno (a cura di), *La sicurezza urbana*, Rimini, 2010, 19; G. Tropea, *Sicurezza e sussidarietà*, Napoli, 2010; Id., *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. amm*, 2011, 55 ss. [↑](#footnote-ref-41)
42. Decreto 5 agosto 2008 n. 33086 (in GU n. 186 del 9 agosto 2008), «*Incolumità pubblica e sicurezza urbana. Interventi del sindaco*». Ai sensi dell’art. 1, «*per incolumità pubblica si intende l’integrità fisica della popolazione e per sicurezza urbana un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell’ambito delle comunità locali del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale*». [↑](#footnote-ref-42)
43. L’art. 2 del d.m. 33086 del 5 agosto 2008 individuava molteplici ambiti di applicazione del potere di ordinanza :«*a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l’insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l’accattonaggio con impiego di minori e disabili e i fenomeni di violenza legati anche all’abuso di alcool; b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimonio pubblico e privato o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana; c) l’incuria, il degrado e l’occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b); d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico; e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l’accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l’accesso ad essi*». [↑](#footnote-ref-43)
44. In *Foro amm. – CdS*, 2011, 1428 ss., nonché in *Giur. cost.,* 2011, 1581 ss. con nota di V. Cerulli Irelli, *Sindaco legislatore?*, cit.

Per un commento alla sentenza nella prospettiva della configurabilità di nuovi ambiti del potere sindacale di ordinanza, cfr. G. Meloni, *Le ordinanza (forse non solo) ordinarie dei sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative (Il detto e il non detto nella sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale)*, in *www.federalismi.it* (12 luglio 2011); G. Iacovone, *I poteri dei sindaci in materia di sicurezza urbana ed il nuovo orientamento della Corte costituzionale sul principio di legalità*, in [*www.democraziaesicurezza.it*](http://www.democraziaesicurezza.it)(28 febbraio 2012). [↑](#footnote-ref-44)
45. La Consulta, ha osservato che la disposizione impugnata,: «*nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti -pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti- viola la riserva di legge relativa, di cui all’art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati. Questi ultimi sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge*». [↑](#footnote-ref-45)
46. Recentemente, ad esempio, il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità dell’ordinanza sindacale *ex art.* 54 che imponeva oneri di bonifica e messa in sicurezza della falda sottostante la discarica di Malagrotta (nei pressi di Roma) per far fronte ad un inquinamento noto da anni (sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533); ovvero dell’ordinanza con la quale si imponeva all’appaltatore -il cui cantiere occupava da oltre 4 anni parte di una pista ciclabile- di realizzare un percorso ciclabile alternativo (sez. V, 25 maggio 2012, n. 3077). Ma cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6414; id., sez. VI, 28 gennaio 2011, n.654 in *Foro amm. - CdS*, 2011, 262; id., sez. V, 12 ottobre 2010, n.7411. [↑](#footnote-ref-46)
47. Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2015, n. 533; id. 3 giugno 2013, n. 3024. [↑](#footnote-ref-47)
48. Ci si riferisce alla sentenza della sez. V, 3 giugno 2013, n. 3024,con la quale è stata riconosciuta la legittimità dell’ordinanza contingibile ed urgente adottata dal Sindaco per la demolizione di una rampa per disabili realizzata in difformità dal titolo abilitativo, sebbene, come è noto, in caso di inosservanza dell’ordine di demolizione di un manufatto abusivo l’art.31 del t.u. edilizia preveda lo strumento tipico dell’acquisizione al patrimonio comunale e demolizione in danno. [↑](#footnote-ref-48)
49. T.a.r. Campania – Napoli, sez. I, 21 giugno 2005, n. 8328, ove si afferma: «*ciò che rileva non è la circostanza, estrinseca, che il pericolo sia correlato ad una situazione preesistente ovvero ad un evento nuovo ed imprevedibile, ma la sussistenza della necessità e della urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi pubblici da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità che dalla stessa imputabilità all’Amministrazione o a terzi della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuovere*». In senso contrario Cons. Stato, sez. III, 5 ottobre 2011, n. 5471. [↑](#footnote-ref-49)
50. Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115, cit. [↑](#footnote-ref-50)
51. Cons. Stato, sez. V 16 aprile 2013, n. 2094. [↑](#footnote-ref-51)
52. Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2013, n. 6250.

Ciò, anche in applicazione del principio di sussidiarietà, che ormai caratterizza l’esercizio della funzione amministrativa: cfr. almeno V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, *voce* dell’*Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, 2003, e bibliografia *ivi* richiamata; G. Arena, *Cittadini attivi*, Bari, 2006; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Volontariato, sussidiarietà, mercato*, Bari, 2008; G. Terracciano, *L’autonomie et la responsabilité politique des collectivités locales: la répartition des compétences du système hiératique au principe de subsidiarité*, in *Amministrativamente* (novembre 2012). [↑](#footnote-ref-52)
53. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 in *Giur. cost.*, 2013, 1424, con nota di V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, *ivi*, 1494 ss.

Nell’occasione la Consulta ha affermato: «*La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (…). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*». [↑](#footnote-ref-53)
54. Cfr. art. 301, comma 4, *lett. a)* d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. [↑](#footnote-ref-54)
55. In tal senso cfr. Comunicazione della Commissione (2000) 1 def., cit., § 6.3.1, a mente della quale «*Le misure previste devono consentire di raggiungere il livello di protezione adeguato. Le misure basate sul principio di precauzione non dovrebbero essere sproporzionate rispetto al livello di protezione ricercato, tentando di raggiungere un livello di rischio zero che esiste solo di rado*». In giurisprudenza, *ex multis*, Corte di giustizia UE, 1 aprile 2004, in causa C-286/02, *Bellio*, spec. § 60; Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2013, n. 2094. [↑](#footnote-ref-55)
56. Cfr. Corte cost., sentenza 14 aprile 1995, n. 127 in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 258 con nota di A. Morrone, *I poteri di ordinanza contingibili e urgenti: l’integrazione del diritto "eccezionale" nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*, *ivi*, 265 ss. Nell’occasione la Consulta ha affermato che «*tra le misure adottate e la qualità e la natura degli eventi deve sussistere un nesso di congruità e proporzione*». [↑](#footnote-ref-56)
57. Ed è anche in forza della violazione del principio di proporzionalità che il T.a.r. Puglia, in una recente sentenza (sez. I, 24 marzo 2015, n. n. 479, cit.), ha dichiarato l’illegittimità dell’ordinanza *ex* artt. 50 e 54 t.u.e.l. con la quale il Sindaco di un Comune limitrofo a Bari e nel cui territorio in parte ricade la zona industriale del capoluogo, aveva sospeso tutti i nuovi processi e/o impianti industriali e produttivi nel territorio del Comune (e dunque, in ultima istanza, nella zona industriale di Bari) invocando il principio di precauzione. Nel provvedimento, infatti, ritenuta l’assenza di dati attendibili e certi sulla qualità dell’aria nel territorio come rilevati dall’ARPA, si giustificava l’esigenza di provvedere in ossequio al suddetto principio a fronte di una minaccia definita espressamente “solo potenziale” per la salute pubblica.

E così il Sindaco legislatore che partì lancia in resta invocando il principio di precauzione, di precauzione (e proporzionalità), per mano del giudice, perì. [↑](#footnote-ref-57)