

NECESSITA' ED URGENZA NELL'ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO ITALIANO ANCHE ALLA LUCE DEL COSIDETTO PRINCIPIO DI PRECAUZIONE: BREVI CONSIDERAZIONI

Da qualche giorno il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione Raffaele Cantone, ha presentato al Governo per la sua approvazione il Piano di riordino dell'Autorità, in base a quanto previsto dall'art.19, comma 3, del decreto legge 24 giugno 2014, n.90 - convertito in legge 11 agosto 2014 n.14.

Il suddetto Piano opera, come sostenuto dallo stesso Presidente, non al solo fine di "riordinare" i compiti di questa nuova Authority, nata, come è noto, dalla fusione di quelle (preesistenti) denominate Anticorruzione e Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, bensì anche al fine di delinearne le funzioni alla luce dei nuovi poteri che le sono stati attribuiti.

Tra questi, il più importante, è stato conferito al Presidente dell'Autorità in funzione di organo monocratico e consiste nel proporre al Prefetto competente, nel corso della vigilanza preventiva sugli appalti, l'applicazione di misure straordinarie (art.32 del citato D.L. 90/2014) come l'estromissione del soggetto coinvolto in un illecito dalla governance societaria o, nei casi gravi, il "commissariamento" dell'appalto.

Da quanto detto si evince che, in determinati casi gravi di "necessità" ed "urgenza", quale, ad esempio, il rinvenimento di una condotta illecita nel corso della gestione di una commessa pubblica, si rende opportuna l'attribuzione di particolari poteri, in parte anche derogatori delle norme, ad organi amministrativi, quali il Prefetto o il Presidente dell'Autorità Anticorruzione, seppure a scopo preventivo e precauzionale. Senza entrare nel merito di quanto disciplinato con riferimento all'art.32, si ritiene utile richiamare l'attenzione su quanto previsto in via generale sulla possibilità, per alcuni organi amministrativi, di operare anche in deroga alle norme di legge.

Al riguardo, converrà ricordare sommariamente il sistema normativo su cui poggiano le varie ipotesi di derogabilità dalle regole generali, a partire da quelle attribuite al Governo nel nostro sistema costituzionale.

Come è noto, nel nostro Ordinamento il potere legislativo è prerogativa del Parlamento: ai sensi dell'art.1 Cost. infatti *"la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei"*

limiti della Costituzione per mezzo del Parlamento eletto a maggioranza dal popolo stesso".

Ancor prima che a livello di fonti secondarie, già a livello costituzionale è stato ritenuto opportuno disciplinare alcune particolari ipotesi che autorizzassero l'intervento del potere esecutivo in casi eccezionali di necessità ed urgenza.

La più importante previsione è quella costituita dal decreto legge di cui all'art. 77 della costituzione, il cui 2° comma prevede che *"Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni"*

Questa possibilità è garantita dal controllo del Parlamento, al quale il decreto viene presentato il giorno stesso dell'emissione per la conversione in legge entro 60 giorni.

Il Governo, peraltro, ha spesso abusato con l'uso dei decreti legge, incorrendo nelle censure della Corte costituzionale. Si pensi a quando la Consulta (sent. n.29 del 1995 ; n. 360 del 1996 etc) ha vietato l'uso della cosiddetta reiterazione dei decreti-leggi, stante la prassi in base alla quale il Governo, poco prima del termine fissato per la conversione, ripresentava alle Camere lo stesso decreto con piccole modifiche, come se fosse un "nuovo decreto".

La Corte Costituzionale è intervenuta ancora con sent. n.22 del 2012, quando ha contestato l'inserimento di disposizioni non omogenee al decreto all'interno della legge di conversione.

In entrambi i casi, così come in molti altri, la Corte ha rilevato il mancato rispetto dei requisiti della "necessità ed urgenza", presupposto necessario e indefettibile dell'attribuzione al Governo del potere legislativo di spettanza del Parlamento.

Premesso quanto sopra in ordine a ciò che avviene a livello di fonti primarie, vediamo che cosa avviene a livello di fonti secondarie, con l'attribuzione ad organi amministrativi di particolari poteri esercitabili in deroga alle norme primarie. Numerose sono le norme che disciplinano fattispecie caratterizzate dalla "necessità ed urgenza" e che contemplano la possibilità di derogare alle fonti primarie. Anzi negli ultimi anni, le previsioni legislative hanno favorito in qualche modo

l'amplificarsi della cd. amministrazione dell'emergenza, permettendo l'espandersi di provvedimenti amministrativi a contenuto atipico.

Con la giustificazione della "necessità ed "urgenza" si è consentito , ad esempio, di derogare alle norme regolatorie degli acquisti da parte della Pubblica Amministrazione o alla disciplina in materia di assunzioni nel pubblico impiego.

In tal senso, deroghe si rinvennero nel T.U. di pubblica sicurezza, nel Testo Unico sugli enti locali o nella legge istitutiva del Servizio di protezione civile. In queste leggi ritroviamo disposizioni che attribuiscono specifici poteri ai vari organi amministrativi di volta in volta individuati, quali il Prefetto, il Sindaco e il Commissario Delegato.

Lo strumento, o atto amministrativo, per mezzo del quale gli stessi operano è di regola costituito dalle ordinanze di necessità e urgenza.

La dottrina si è interrogata circa la "giustificazione" dell'inserimento nell'ordinamento di atti a contenuto variamente atipico in grado di sovvertire l'ordine delle fonti.

Dette ordinanze infatti spesso derogano a norme di legge, ma la tesi prevalente nega che le stesse possano assumere anche natura di fonti del diritto primarie.

Al riguardo, da taluni si è affermato che si tratta di una deroga soltanto temporanea da parte dell'atto amministrativo, tanto che, una volta cessato lo stato di eccezionalità invocato a fondamento dello stesso – talora, di pericolo - si riespandono le regole ordinarie.

Altra tesi ritiene che le ordinanze di necessità ed urgenza impongano deroghe necessarie al fine di tutelare interessi costituzionalmente rilevanti come la salute, la pubblica sicurezza, l'ambiente etc.

Di recente infine, l'attribuzione di questi particolari poteri è stata giustificata alla luce di un principio di derivazione comunitaria, ossia il cosiddetto "principio di precauzione".

La giurisprudenza comunitaria (*sent.2 maggio 1998*) ha rinvenuto il principio stesso nell'art.191 del Trattato dell'Unione Europea. Ai sensi del comma 2 comunitaria "*La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi 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".

In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione."

Detto principio prevede, dunque, la possibilità di intervento degli Stati membri nel caso in cui l'ambiente venga posto in pericolo, ma il principio è stato ritenuto applicabile anche a tutela di altri interessi come la salute umana, animale e vegetale o alla legislazione sugli alimenti.

La possibilità di intervenire inoltre sarebbe intesa non solo allo scopo di "prevenire" determinati eventi pericolosi, mediante l'adozione di misure preventive quando il rischio è certo o probabile (in base ad evidenze scientifiche) ma anche finalizzata a predisporre misure "provvisorie" a scopo di "precauzione" quando il rischio di danno è solo possibile.

E' appena il caso di ricordare che il medesimo principio sarebbe applicabile nell'Ordinamento Italiano in forza del richiamo operato dall'art. 1 della legge 241/1990 ai sensi del quale: *"l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".*

Certamente, il potere attribuito all'Amministrazione con la previsione delle ordinanze di necessità ed urgenza pone alcuni problemi di tutela per il cittadino in quanto le medesime, proprio per la loro forza, o efficacia, "atipica", possono incidere anche su diritti costituzionalmente garantiti, quali il diritto di proprietà o la libertà personale.

Trattandosi però di "atti amministrativi", i soggetti incisi dagli stessi non troveranno mai tutela costituzionale.

La Corte Costituzionale ha infatti competenza solo in materia di leggi ed atti aventi forza di legge e non su provvedimenti amministrativi. L'unica tutela possibile è pertanto l'eventuale

impugnativa davanti al giudice amministrativo, sollevando il vizio di eccesso di potere sotto il profilo della (eventuale) motivazione illogica con riferimento all'urgenza, con le eccezioni per gli atti delle Autorità Indipendenti, la cui competenza spetta in linea di massima al TAR in sede di giurisdizione.

E' da rilevare inoltre che per le ordinanze di necessità ed urgenza non è previsto neanche il controllo preventivo della Corte dei conti.

In un determinato periodo, per detti provvedimenti di diretta emanazione dei Commissari delegati in materia di protezione civile, il controllo preventivo della Corte dei conti risultava espressamente previsto, a seguito della modifica dell'art. 3 della legge 20 del 1994 (introdotta dal comma 2 sexies, dell'art.2 del D.L. 29 dicembre 2010 n.225 -c.d. decreto milleproroghe).

Successivamente, la disposizione è stata abrogata dal comma 4-bis, dell'art. 10, D.L. 14 agosto 2013, n. 93, nel testo integrato dalla legge di conversione 15 ottobre 2013, n. 119.

Certamente, però la Corte dei conti, per mezzo del controllo di legittimità, avrebbe avuto la possibilità di arginare almeno in parte il ricorso, sempre più frequente, a quell'"Amministrazione dell'emergenza" , che ha fatto sì che la mancanza del requisito dell'"urgenza" nell'emissione delle ordinanze, abbia fatto assumere a determinati fatti non urgenti, o non più urgenti- come ad esempio la situazione dei rifiuti in Campania- natura di evento endemico.

Sarebbe pertanto auspicabile "de iure condendo", proprio in presenza di una così scarsa tutela per il cittadino, anche a fronte di una prassi ricorrente del richiamo all'urgenza anche in caso di eventi definiti urgenti in modo del tutto improprio, il ripristino del controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, almeno su alcuni "tipi" di atti, magari nella forma accelerata già sperimentata con buoni risultati sugli atti dei Commissari delegati di cui al citato decreto legge 225 del 2010; ciò al fine di renderne compatibile l'esercizio con l'urgenza e la (spesso solo asserita) necessità.

Peraltro, l'applicazione diretta all'interno del nostro Ordinamento del citato principio "di precauzione", se scongiura anche solo la possibilità di determinati eventi pericolosi e/o dannosi, giustificando l'intervento provvisorio degli Stati Membri dell'UE anche al solo scopo precauzionale, rende

ancora più labile la tutela del cittadino. Detto principio prevede infatti la possibilità di adottare misure provvisorie senza neanche il richiamo ai requisiti della "necessità e dell'urgenza".

Mariateresa Zambrano
(Funzionario della Corte dei conti)