

MICHELE TRIMARCHI

Professore associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di
Giurisprudenza dell'Università degli studi di Foggia
michele.trimarchi.35@alice.it; michele.trimarchi@unifg.it

DALL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DUE INDICAZIONI PER LA RIFORMA DELL'AUTONOMIA COMUNALE¹

COVID-19 AND THE REFORM OF LOCAL GOVERNMENT IN ITALY

SINTESI

La risposta amministrativa alla pandemia da covid-19 ha reso manifesta l'inadeguatezza del sistema del governo locale articolato in un elevatissimo numero di comuni con dimensioni spesso molto ridotte. Sotto altro profilo, la risposta comunale alla pandemia si è caratterizzata per l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti di dubbia compatibilità con la legalità costituzionale. Riflettendo su questi elementi, l'articolo individua rapidamente alcune possibili prospettive di riforma dell'autonomia comunale in Italia.

ABSTRACT

The administrative response to covid-19 has shown the inadequacy of the local government system organised into an inordinate number of municipalities, many of which are very small. Another aspect that has emerged is the municipal response to the pandemic, marked by the adoption of municipal ordinances of doubtful compatibility with constitutional lawfulness. Reflecting on these elements, this article quickly identifies some possible prospects for reforming municipal autonomy in Italy.

PAROLE CHIAVE: emergenza epidemiologica, geografia comunale, potere di ordinanza

KEYWORDS: epidemiological emergency, administrative geography, municipal ordinance

INDICE: 1. Premessa. – 2. Autonomia comunale e adeguata estensione territoriale del Comune. – 3. Potere di ordinanza dei Sindaci e legalità costituzionale. - 4. Per concludere

¹ Testo rivisto dell'intervento tenuto al Webinar "Emergenza, pandemia e loro dimensioni organizzative, tra crisi del regionalismo e dell'organizzazione sanitaria" del 26 giugno 2020, organizzato dalla Rivista PA - Persona e Amministrazione. Dal momento che le presenti riflessioni si inscrivono nel contesto di un progetto di ricerca *in itinere*, avviato dalla Rivista PA - Persona e Amministrazione col *Position paper* "Forme della sovranità della persona emergenze e poteri", rinvenibile all'indirizzo <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea>, si è scelto di mantenere nello scritto il tono colloquiale dell'intervento orale.

1. Premessa

Nell'ambito di coloro che hanno partecipato al dibattito promosso dalla Rivista PA – Persona e amministrazione, ho assunto una posizione prudente rispetto all'incidenza della pandemia, e della conseguente normazione, sulle categorie del diritto pubblico. Sono propenso a ritenere che si tratti di un diritto dell'emergenza, che si giustifica sulla base di un principio di necessità. E, partendo da questo presupposto, sono indotto a considerare ingenuo il tentativo di trarre dall'esperienza che ci è toccato vivere soverchi insegnamenti per il tempo che verrà.

Un sistema giuridico in equilibrio, come quello che auspicabilmente dovrà ristabilirsi, è cosa radicalmente diversa da un sistema sottoposto allo *stress* di una emergenza come quella in atto. E, se qualcosa dell'equilibrio precedente dovremo lasciarci alle spalle, sarebbe bene non farlo sulla scorta delle decisioni che si sono imposte durante l'emergenza; o, peggio, sulla scorta dell'emozione. Non posso fare qui gli esempi, ma credo che chi pensa di migliorare le democrazie liberali traendo spunto da valori che sono buoni per l'emergenza contribuisca in realtà a smontare un edificio che purtroppo è già pericolante.

Quindi, se della pandemia si vuol cogliere l'impatto sul sistema giuridico, a mio parere l'impostazione proficua non è quella di chi ricava una morale da ciò che è accaduto, morale che rischia d'esser facile quanto fallace, bensì quella di chi coglie l'occasione per riflettere su questioni che si rendono più facilmente visibili proprio in momenti eccezionali, quando la dimensione fattuale si impone con evidenza al sistema normativo.

In questa chiave la congiuntura è propizia per riprendere questioni grandi e piccole che sono un po' ai margini del dibattito giuridico.

Tra le questioni grandi alludo, per esempio, alla legittimazione politica dell'ordinamento giuridico, una tema che i giuristi tendono ad eludere perché adottano per mestiere il punto di vista interno all'ordinamento, o comunque a non affrontare nella sua radicalità, ma che probabilmente meriterebbe di essere ripreso per le ripercussioni che ha sul regime degli atti giuridici.

Tra le questioni piccole c'è quella di cui parlerò, che però è piccola dal punto vista dell'impegno teorico, almeno nel modo in cui la affronterò, ma è grande sotto il profilo dell'incidenza sulle dimensioni organizzative della repubblica. Si tratta di due aspetti che riguardano l'autonomia comunale.

2. Autonomia comunale e adeguata estensione territoriale del Comune

Riportiamo le lancette al 21 febbraio 2020 e posizioniamoci nella bassa lodigiana, tra l'Adda e il Po. Lo Stato ancora non aveva percepito la gravità del problema, interverrà il 23 con l'istituzione della prima zona rossa. Ma proprio il 21 febbraio i Sindaci dei Comuni della bassa lodigiana, Comuni di tutte le dimensioni, anche piccolissimi, emettevano le prime ordinanze. Altre ordinanze le emetteranno i Comuni limitrofi alla zona rossa, dopo il 23 marzo.

Osservare le ordinanze comunali adottate prima dell'intervento dello Stato è molto prezioso: si vedono tutti gli enormi pregi dell'autonomia locale, in termini di prossimità alle esigenze specifiche del territorio e prontezza nella risposta (elementi su cui si fonda l'affermazione del principio di sussidiarietà verticale nella distribuzione delle funzioni amministrative, art. 118 Cost.), ma emerge anche un grosso difetto del nostro sistema istituzionale, se si considera che, per effetto delle ordinanze, sorgevano regimi giuridici differenti in pochissimi chilometri quadrati, il che non ha affatto giovato alla prima gestione dell'emergenza.

La crisi evidenzia che l'autonomia, per poter essere correttamente espletata, richiede una adeguata estensione territoriale del Comune e, più in generale, una organizzazione dell'istituzione locale, anche nella sua capacità di raccordo con gli altri soggetti pubblici e privati, che non è posseduta dai Comuni di troppo piccole dimensioni.

L'ordinamento italiano conta 7954 Comuni, dei quali quasi il 70 per cento ha meno di 5 mila abitanti, circa 2 mila ne hanno meno di 1000. La gestione dell'emergenza dimostra plasticamente che questo panorama istituzionale non è sostenibile. In primo luogo per chi abbia a cuore le sorti e il funzionamento dell'autonomia locale: tornerò a breve sul punto.

La storia delle misure varate negli anni per il riordino comunale è una storia di resistenza da parte della politica e della burocrazia locale e anche regionale.

Dal 1990 al 2010 la legge nazionale ha messo a disposizione dei Comuni diversi schemi di cooperazione, pensati in un primo tempo come un ponte per arrivare alle fusioni. Ai Comuni è stata data facoltà di avvalersi di queste soluzioni organizzative ma gli interessi locali hanno quasi sempre impedito l'esercizio delle facoltà, anche perché gli incentivi statali allo svolgimento associato di funzioni sono sempre stati minori degli incentivi impliciti nel mantenimento dello status quo.

Quando dal 2010 lo Stato si è accorto della necessità di introdurre elementi di obbligatorietà (obbligo per i comuni con meno di 5000 abitanti di esercitare in forma associata le funzioni fondamentali, poi esteso a tutte le funzioni dei comuni inferiori a mille abitanti, come previsto dal dl 95/2012), le Regioni hanno avviato una raffica di procedimenti davanti alla Corte costituzionale ritenendo violata la propria autonomia sotto il profilo del riparto delle competenze legislative con lo Stato. La Corte, ora con argomenti condivisibili ora più dubbi, si è eretta a scudo di questi elementi di obbligatorietà, che comunque sono poca cosa rispetto al riordino del sistema municipale che sarebbe necessario.

Al di là del problema del riparto di competenze normative, che probabilmente non può essere risolto esautorando del tutto le Regioni, riflettere sul comportamento delle istituzioni locali al tempo dell'emergenza potrebbe forse aiutare a maturare la consapevolezza della necessità di superare le resistenze opposte dalla politica e dalla burocrazia locale al riordino comunale.

E qui tornerei brevemente sul senso dell'autonomia. Per una discutibile interpretazione, basata sull'anteposizione del momento organizzativo a quello funzionale, l'implementazione del principio autonomistico sarebbe tanto maggiore quanto maggiore è il numero delle porzioni in cui il territorio nazionale è suddiviso, con la moltiplicazione delle relative istituzioni. In realtà, la consistenza dell'autonomia dell'ente locale si misura in primo luogo sulla qualità della sua capacità decisionale, commisurata agli obiettivi di benessere della collettività di riferimento. D'altra parte, se in un ordinamento retto dal principio di legalità si vuol riconoscere un qualche significato giuridico all'incipit dell'art. 118 Cost., dove è scritto enfaticamente che le funzioni amministrative sono esercitate dai Comuni, si deve ritenere che la Costituzione con questa disposizione individua nei Comuni le unità amministrative fondamentali all'interno del territorio della Nazione. Ma se così è, l'attuale geografia del potere locale entra in contrasto proprio con l'art. 118, visto che Comuni troppo piccoli non sono capaci di esprimere effettivamente quell'autonomia di cui sono solo formalmente dotati e che rappresenta una condizione imprescindibile per riconoscere in essi appunto le unità amministrative fondamentali cui allude l'art. 118. Per questo il riordino territoriale è amico dell'autonomia comunale.

3. Potere di ordinanza dei Sindaci e legalità costituzionale

La seconda questione che vorrei affrontare riguarda i limiti del potere di ordinanza dei Sindaci.

Durante la fase acuta dell'emergenza se ne è fatto largo uso. Quasi sempre si è fatto ricorso alle ordinanze previste dall'art. 50 TUEL, quelle che il Sindaco adotta come rappresentante della comunità locale, e non alle ordinanze dell'art. 54 TUEL, che il sindaco adotta come ufficiale del governo. La ragione è chiara, se si considera che l'art. 54 prevede controlli statali sulle ordinanze che il 50 non prevede.

Lo Stato è in pochi giorni passato da una normativa che quasi incentivava i sindaci (dei comuni esterni alla prima zona rossa) ad adottare con ordinanza ogni misura necessaria a prevenire il contagio ad una normativa che fondamentalmente sterilizzava il potere sindacale, dichiarando inefficaci le misure locali in contrasto con quelle statali (art. 35 del dl. 2 marzo 2020, n. 9, previsione ribadita dall'art. 3, comma 2, del d.l. 19 del 25 marzo). Infine, nella fase 2 è stato consentito ai Sindaci di adottare ordinanze per vietare l'ingresso alle specifiche zone in cui non sia possibile evitare assembramenti o assicurare la distanza di un metro.

Nei giorni dell'emergenza si è molto discusso sul senso di questi limiti, ora più ora meno stringenti, posti al potere di ordinanza sindacale; e sul loro andamento oscillante. L'esercizio del potere di ordinanza durante l'emergenza ha però fatto emergere pure una questione di ben più ampia portata, di notevole interesse anche per il domani, che è quella dei limiti costituzionali al potere di ordinanza.

Quando si parla di Costituzione e potere di ordinanza l'attenzione è sempre concentrata sulla compatibilità col principio di legalità sostanziale della norma di legge che attribuisce all'amministrazione il potere di adottare ordinanze.

Si trascura un altro aspetto del problema: quello dei limiti costituzionali all'esercizio del potere da parte del Sindaco. Le ordinanze contingibili e urgenti possono in taluni casi derogare anche alla legge, ma non si può pensare che ciò consenta ai Sindaci di violare la legalità costituzionale.

Questo aspetto del problema è meritoriamente emerso in un parere reso dal Consiglio di Stato su richiesta del Ministero dell'interno nell'ambito del procedimento per l'annullamento governativo di una ordinanza del Sindaco di Messina che aveva disposto il divieto di transito sullo Stretto, salva sua autorizzazione da conseguire con la registrazione su una apposita piattaforma telematica.

Dal parere (o dalla mia interpretazione del parere, che non è perfettamente fedele) emerge che le restrizioni introdotte dai Sindaci in aggiunta a quelle poste dallo Stato, pure quando finalizzate a tutelare un bene costituzionale (nel caso la salute), sono illegittime se implicano la limitazione di altri diritti o libertà fondamentali a presidio delle quali la Costituzione pone precise riserve di legge.

Così, ad esempio, l'ordinanza sindacale non può alterare l'equilibrio posto dallo Stato e limitare ulteriormente la libertà di circolazione perché ciò si pone in contrasto con la riserva di legge di cui all'art 16 Cost., non può imporre prestazioni personali o patrimoniali ai cittadini (violerebbe la riserva prevista dell'art. 23) e non può nemmeno assoggettare l'esercizio di una determinata libertà ad una autorizzazione (perché ciò significherebbe istituire un potere amministrativo non previsto per legge, in violazione dell'art. 97).

Insomma, l'ordinanza, benché possa andare in deroga alla legge, deve muoversi entro il quadro costituzionale, e pertanto il Sindaco non può introdurre quelle limitazioni ai diritti e alle libertà che la costituzione consente soltanto alla legge. Un ulteriore limite viene dalla garanzia costituzionale dell'autonomia comunale: e comporta che l'ordinanza sindacale non può neppure indirettamente produrre effetti sul territorio di altri comuni, poiché anch'essi dotati di autonomia costituzionalmente garantita.

In conclusione, la forza normativa della ordinanza trova un limite nella *Drittwirkung* dei diritti fondamentali costituzionali, di cui in altri ambiti si abusa a discapito della mediazione legislativa.

Naturalmente, tutto ciò pone il problema di come garantire la legalità costituzionale del potere di ordinanza. Nel caso dell'ordinanza del Sindaco di Messina è stato rispolverato l'art. 138 TUEL, che prevede il potere del Governo, a tutela dell'ordinamento, di annullare in qualunque tempo gli atti degli enti locali viziati da illegittimità. L'annullamento è disposto, "sentito il Consiglio di Stato", con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno,

Si tratta però di una norma controversa. La necessità, avvertita oggi più che mai, che lo Stato abbia a propria disposizione uno strumento a tutela dell'unità dell'ordinamento non deve farci dimenticare che, secondo la prevalente dottrina, l'annullamento governativo degli atti degli enti locali è incompatibile con il quadro costituzionale dopo la riforma del titolo V che ha consacrato il carattere costituzionale dell'autonomia locale. La Corte costituzionale non ha avuto modo di pronunciarsi sul punto, ma in una sentenza del 1989 aveva dichiarato illegittimo il potere del Governo di intervenire sulle regioni perché in contrasto appunto con l'autonomia costituzionalmente garantita di queste ultime. È difficile ritenere che, salvo un ripensamento generale della materia, sia invece costituzionalmente legittimo l'annullamento degli atti comunali, una volta che pure l'autonomia locale ha avuto il riconoscimento costituzionale.

L'esperienza del contrasto alla diffusione della pandemia fornisce quindi una seconda indicazione per la riforma del diritto degli enti locali. Per promuovere la diffusione di una maggiore sensibilità costituzionale presso gli amministratori locali, e comunque per garantire l'unità della Repubblica sul terreno dei diritti fondamentali, è essenziale che lo Stato possieda uno strumento in grado di riportare nell'alveo della legalità costituzionale eventuali episodi di esercizio arbitrario del potere di ordinanza. Difficilmente questo strumento può essere individuato nell'annullamento straordinario previsto dall'art. 138 TUEL, in quanto è assai discutibile la compatibilità di tale potere con la garanzia costituzionale dell'autonomia locale. Quindi, se si vuol evitare che il controllo dello Stato sugli enti locali sbocchi in un sistematico ricorso alla giurisdizione amministrativa da parte del primo, occorrerebbe che il legislatore prevedesse strumenti di controllo della legalità costituzionale compatibili con l'autonomia locale; in tal senso, si potrebbe pensare a una disposizione che imponesse allo Stato di attivare un procedimento in contraddittorio con l'ente locale, in modo da consentire a quest'ultimo di far valere le proprie ragioni a difesa del provvedimento assunto, e se del caso modificarlo, fermo restando comunque il potere di annullamento dello Stato, che a tal punto potrebbe essere esercitato solo come *extrema ratio*. In questo modo si renderebbe anche meglio controllabile dal giudice amministrativo l'eventuale annullamento governativo, che nell'attuale assetto è pressoché insindacabile.

4. Per concludere

L'esperienza maturata nel contrasto alla diffusione della pandemia conferma che l'autonomia comunale è una risorsa importante per la gestione delle emergenze (in termini di prontezza della risposta, anche in attesa dell'intervento dei livelli territoriali superiori), ma segnala altresì l'urgenza: di un riordino istituzionale, attraverso la riduzione del numero dei Comuni o comunque la diffusione degli obblighi di gestione associata delle funzioni; di una maggiore sensibilità costituzionale da parte dei Sindaci nell'utilizzo degli stru-

menti emergenziali, accompagnata dalla predisposizione di strumenti adeguati per un controllo statale che sia rispettoso dell'autonomia comunale ma anche in grado di garantire l'unità della Repubblica sul terreno dei diritti fondamentali.

* * *

Il 18 ottobre del 2020 il Presidente del Consiglio dei Ministri, nel corso della conferenza stampa in cui annunciava un decreto contenente nuove misure anti-contagio, espressamente affermava che i Sindaci avrebbero potuto adottare misure più restrittive secondo le esigenze dei rispettivi territori, ad esempio vietando l'accesso o la sosta in determinate strade o piazze dei Comuni dopo le 21.

L'annuncio ha immediatamente sollevato gravi perplessità tra le istituzioni locali: un po' perché i Sindaci non volevano assumere la responsabilità politica di misure impopolari, peraltro dopo aver rivendicato a più riprese una maggiore autonomia nella gestione dell'emergenza; un po', questa volta esattamente, poiché si è subito osservato che riconoscere ai Sindaci il potere annunciato avrebbe potuto determinare l'insorgenza di regimi notevolmente differenziati in zone contigue, caratterizzate da una sostanziale unitarietà dell'insediamento urbanistico: il che è di per sé irrazionale nell'ottica dell'ordinanza gestione dell'emergenza, e lo è ancor di più se si considera il rischio di aumentare la frequenza del transito di persone dal territorio governato dal Sindaco più "severo" al territorio governato da Sindaco più "liberale".

Le critiche hanno indotto il Presidente del Consiglio dei Ministri a modificare la norma, prevedendo che *"delle strade o piazze dei centri urbani [...] può essere disposta la chiusura al pubblico [...]"* (art. 1, comma 2-bis, d.p.c.m. 13 ottobre 2020, introdotto dall'art. 1, d.p.c.m. 18 ottobre 2020). Tale formulazione, vigente al momento in cui si scrive (24 ottobre 2020), si espone a gravi rilievi di legittimità e, comunque, è destinata a rimanere largamente inattuata, se non a determinare conflitti istituzionali e massima confusione tra i diversi livelli di governo, poiché non fornisce alcuna indicazione sul criterio di attribuzione della competenza ad adottare atti di notevole impatto sulle libertà costituzionali.

Certamente più chiara e razionale era la soluzione originaria, quella di riconoscere ai Sindaci un maggior potere di gestione del territorio comunale. Ma sarebbe stato necessario: imporre ai Sindaci di piccoli e medi comuni confinanti, o comunque costituenti un'unica area urbana, di concertare le misure, esercitando in modo unitario, o comunque coordinato, il potere loro attribuito; conferire questo potere non attraverso un atto secondario, ma con legge o atto ad essa equiparato, in modo da soddisfare, o comunque violare il meno possibile, le riserve previste dalla Costituzione a tutela delle libertà individuali.

Il protrarsi dell'emergenza con la c.d. "seconda ondata" del virus ripropone all'attenzione i temi qui sopra individuati.