

ISSN 2612-5056

**Diritto e politica dei trasporti**  
rivista semestrale *open access*  
di dottrina, giurisprudenza  
e documentazione

**Fascicolo I/2020**

Promossa da

**demetra**  
CENTRO STUDI

Anno 3, n. 4 (I-2020)

La Rivista è pubblicata dal Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), con sede a Roma, via F. Civinini, 85, 00197, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), based in Rome, via F. Civinini, 85, 00197, and was registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi “G. Marconi” di Roma, via Plinio 44, 00193, Roma

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

ISSN 2612-5056

© Centro Studi Demetra, via F. Civinini, 85, 00197, Roma

[info@demetracentrostudi.it](mailto:info@demetracentrostudi.it)

[www.demetracentrostudi.it/](http://www.demetracentrostudi.it/)



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione.

Vietate la vendita e la modifica.

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra

Pubblicato nel mese di ottobre 2020

### **Comitato di direzione/Executive Editors**

Avv. Pierluigi Di Palma (Avvocatura Generale dello Stato e Centro Studi Demetra)

Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)

Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)

Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)

### **Comitato scientifico, tecnico e di valutazione/Scientific, Technical and Referees’ Board**

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)

Prof. Marco Calabrò (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”)

Prof. Antonio Catricalà (Università “Link Campus University” - Roma)

Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università “G. Marconi” - Roma)

Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)

Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)

Avv. Pierluigi Di Palma (Avvocatura Generale dello Stato e Centro Studi Demetra)

Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)

Prof. Alberto Empananza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)

Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)

Prof. Fabio Francario (Università di Siena)

Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)

Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)

Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)

Avv. Valentina Lener (Assaeroporti)

Prof. Mario Libertini (Università “Sapienza” - Roma)

Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)

Prof. Sergio Marchisio (Università “Sapienza” - Roma)

Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)

Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)

Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)

Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Prof. Angelo Piazza (Università di Roma “Foro Italico”)

Prof. Aristide Police (Università “Tor Vergata” - Roma)

Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)

Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università statale di Milano)

Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)

Prof. Mario Sebastiani (Università “Tor Vergata” - Roma)

Dott.ssa Adele Scarani Pesapane (Fondazione 8 ottobre 2001)

Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)

Prof. Franco Gaetano Scoca (Università “Sapienza” - Roma)

Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università per Stranieri “Dante Alighieri” - Reggio Calabria)

Prof. Leopoldo Tullio (Università “Sapienza” - Roma)

### **Comitato editoriale/Editorial Board**

Dott.ssa Flaminia Aperia Bella

Avv. Patrizia Beraldi

Avv. Luigi De Propriis

Avv. Marco Di Giugno

Avv. Fabrizio Doddi

Dott. Simone Francario

Avv. Raissa Frascella

Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè

Prof.ssa Annarita Iacopino

Prof.ssa Maria Assunta Icolari

Avv. Emanuela Lanzi

Dott.ssa Francesca Miceli

Avv. Andrea Nardi

Dott. Simone Paoli

Avv. Anton Giulio Pietrosanti

Dott. Marco Ragusa

Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti

Dott.ssa Ersilia Sanginario

Prof.ssa Martina Sinisi

Dott.ssa Veronica Sordi

Dott.ssa Sabrina Tranquilli

## Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file “.doc” alla direzione della Rivista (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un *abstract* in lingua inglese, che non deve superare le 1.000 battute (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l’autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall’Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell’Autore:
  - a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell’Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d’autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
  - b) che l’Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica;
  - c) che le posizioni espresse impegnano l’Autore e non la Rivista;
  - d) che l’Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi. Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli “estratti” con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell’apposita sezione della Rivista.

## Submission of contributions

Manuscripts are sent in “.doc” format to the Journal’s e-mail address (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author’s personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) *abstract* in Italian language of not more than 1.000 characters (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:
  - a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
  - b) manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another on-line Journal;
  - c) the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
  - d) the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions.

The Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted.

All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

# Indice

## Fascicolo I/2020

### PRESENTAZIONE DEL FASCICOLO/PRESENTATION OF THE ISSUE

**Francesco Gaspari**

### ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

**Mario O. Folchi**

Hacia un Nuevo Proyecto deCodigo Aeronautico Latino Americano ..... pag. 1

**Francesco Gaspari**

La disciplina “speciale” dell’ENAC in materia di aeromobili a pilotaggio remoto per contenere gli effetti dell’emergenza epidemiologica coronavirus ..... pag. 7

**Cecilia Severoni**

First considerations on the legal regulation of the unmanned ships ..... pag. 29

**Federico Franchina**

The new European Union Regulation on Unmanned Aircraft System and the Air Navigation Services ..... pag. 40

**Barbara Verzicco**

Le ordinanze degli appalti pubblici al tempo del Covid-19 ..... pag. 61

### NOTE A SENTENZA/LAW NOTES

**Giuseppina Agata Di Guardo**

Riflessioni sul *bird strike* a margine di una pronuncia del Tribunale di Parma ..... pag. 80

**Eleonora Papi Rea**

Della nozione di incidente aereo nella sentenza della Corte di giustizia UE 19 dicembre 2019: un caso di sinistro alla persona del passeggero ..... pag. 92

*Articoli e Saggi*

## Le ordinanze degli appalti pubblici al tempo del Covid-19\*

**Barbara Verzicco**

*Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche  
Università degli Studi di Roma "G. Marconi"*

---

**Abstract**

*Public procurement ordinances at the time of the Covid-19.*

*The crisis caused by the global health emergency of the Covid-19 has inevitably affected the public procurement sector as well. In this context, where, even before the emergency, the need for simplification and streamlining of the regulatory framework had been put forward, ordinances based on necessity and urgency are a valid source of law capable of innovating quickly. On the one hand, they were launched to give a fast response to the emerging situation, on the other hand, they were proposed by the legislator, in Simplification Decree (Law Decree No. 72/2020), as a tool for the revival of major works.*

*This paper, a review of the regulatory provisions for public procurement introduced during the early stages of the emergency, reflects on the "potere di ordinanza" (power of ordinance, only allowed in extraordinary situations) capable of achieving results unreachable using standard legislation in an ordinary context and also capable of contributing to the structural reform of the system.*

*Parole chiave: Ordinanze di necessità e urgenza, D.L. Semplificazione, Modello Genova, Commissario straordinario, Appalti pubblici*

---

Sommario — 1. Introduzione — 2. La normativa degli appalti pubblici al tempo del Covid-19 — 3. "Aspettando Godot": l'urgenza del Regolamento nel contesto attuale— 4. La normativa c.d. "ordinaria" in tema di situazioni emergenziali dettata dal Codice dei contratti pubblici — 5. Le ordinanze del Capo della Protezione Civile— 6. D.L. CuraItalia e D.L. Rilancio: appalti pubblici, deroghe e modifiche del Codice dei contratti pubblici — 7.D.L. Semplificazione la prospettiva delle ordinanze del Commissario straordinario del governo— 8. Conclusioni

### **1. Introduzione**

Il D.L. 76/2020 (c.d.decreto "Semplificazione<sup>1</sup>") è ad oggi l'ultimo dei provvedimenti legislativi che hanno movimentato la convulsa attività normativa del 2020, attività che non poteva non interessare il settore degli appalti pubblici.

---

\* Sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> D.L. convertito in L. 11 settembre 2020 n. 120.

Se alla fine del 2019 era oggetto di discussione dottrinale l'eventuale ritorno al binomio "codice-regolamento"<sup>2</sup>, nel più ampio tentativo di rilancio dei contratti pubblici (D.L. 32/2019 c.d. "Sblocca cantieri"<sup>3</sup>) e in attesa della proposta del Regolamento attuativo del Codice degli appalti, la pandemia intervenuta nel 2020 ha ulteriormente compromesso il quadro normativo esistente. La regolazione varata successivamente è stata dettata attraverso l'adozione di fonti del diritto di diverso rango, in particolare ordinanze e decreti-legge<sup>4</sup>, strumenti utili a fronteggiare la necessità e urgenza della conseguente crisi economica che nello specifico ha investito anche gli appalti pubblici.

Le fonti emergenziali, cui si è fatto ricorso, sono state in ogni caso legittimate da fonti primarie "intermediarie" in grado di consentire agli atti *extraordinem*<sup>5</sup>, il rispetto del principio di legalità, principio inteso non solo in senso formale, ma anche sostanziale. In tal senso la Corte costituzionale ha precisato che è "*conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata*"<sup>6</sup>.

Da ultimo il D.L. 76/2020 che, come indicato agli artt. 1 e 2, comma 1, si pone l'obiettivo di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici e di far fronte alle negative ricadute economiche derivanti dalle misure di contenimento e dall'emergenza sanitaria globale del Covid-19. Tra le misure dettate alcune interessano specificamente il settore dei trasporti: opere ferroviarie e stradali. Anche se il piano di investimenti per il rilancio dell'economia predisposto dal ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Mit) non è stato inserito nel D.L. Semplificazione ne costituisce riferimento essenziale per i successivi investimenti.

Il presente studio si pone l'obiettivo di analizzare gli interventi normativi che si sono succeduti in questo periodo nel settore degli appalti pubblici, interessato direttamente o indirettamente (basta pensare allo *smart working* nella pubblica amministrazione) dall'emergenza del Covid-19, attraverso la chiave di lettura delle fonti di diritto utilizzate per la regolamentazione, comparandone limiti e prospettive.

In particolare l'attenzione si focalizza sulle ordinanze di necessità ed urgenza e sul potere esercitato attraverso questi atti di carattere straordinario, che stanno divenendo straordinariamente ordinari: vuoi per il prolungarsi dello stato di emergenza, vuoi per sopperire a carenze presenti nell'ordinamento.

---

<sup>2</sup> F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Il Decreto sblocca cantieri*, Roma, 2019, p. 240.

<sup>3</sup> D.L. convertito in L. 14 giugno 2019 n. 55.

<sup>4</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. Ass. italiana dei costituzionalisti*, n. 2, 2020.

<sup>5</sup> *Extra ordinem* anche nel senso che non si dovrebbe abusarne, al riguardo C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decretilegge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, p. 317 ss., si veda inoltre V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, p. 377.

<sup>6</sup> Corte Costituzionale, sentenza 30 dicembre 1987 n. 617.

## **2. La normativa degli appalti pubblici al tempo del Covid-19**

Lo stato d'emergenza<sup>7</sup> dichiarato a seguito della pandemia da Covid-19, meglio noto come Coronavirus, ha avuto ed ha tuttora, come accennato, dei riflessi inevitabili anche nel settore degli appalti pubblici.

E' intervenuta una serie di deroghe all'applicazione della normativa prevista dal D.Lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici<sup>8</sup>) tanto da complicare ulteriormente lo scenario normativo, già di per sé complesso e compromesso dal recente decreto Sblocca Cantieri. Limitando l'analisi alla normativa d'urgenza del settore degli appalti pubblici, che ha interessato l'intervallo temporale intercorso dall'inizio della pandemia ad oggi, è possibile constatare l'esistenza:

- della normativa c.d. "ordinaria" in tema di situazioni emergenziali dettata dal Codice dei contratti pubblici;
- delle ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, in particolare la 630 del 2020<sup>9</sup>;
- delle norme contenute nel D.L. 18/2020 (c.d. decreto "CuraItalia<sup>10</sup>") e D.L. 19/2020 (c.d. decreto "Rilancio<sup>11</sup>");
- delle norme contenute nel D.L. Semplificazioni.

Il Governo ha dettato disposizioni volte a fronteggiare la crisi economica avvalendosi di fonti normative di diverso rango.

Nello specifico, il D.Lgs. 50/2016 disciplina, per quanto di interesse nella presente analisi, le procedure di somma urgenza all'art. 63 (uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara) e all'art. 163 (procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile).

Sono poi intervenute ordinanze e decreti-legge: il potere di ordinanza e quello di decretazione di urgenza vengono avvertiti talvolta dal Governo come strumenti fungibili; vale a dire come mezzi indifferentemente utilizzabili per fronteggiare situazioni emergenziali<sup>12</sup>.

In effetti il fenomeno dell'interazione tra ordinanze e decreti-legge è già noto da tempo: da un lato la tecnica dell'attribuzione del potere di ordinanza attraverso decreti-legge; dall'altro ordinanze che derogano decreti legge adottati per fronteggiare le emergenze.

I rapporti tra ordinanze del governo e decreti-legge si è recentemente evoluto anche alla luce delle modifiche ordinamentali del potere *extra ordinem*<sup>13</sup>.

La questione relativa al principio di legalità delle ordinanze è stata riproposta con forza alla luce della disciplina introdotta dalla legge 24 febbraio 1992, n. 225 istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione Civile.

---

<sup>7</sup> Lo stato di emergenza è stato dichiarato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del D.Lgs. 2 gennaio 2018 n. 1, a seguito della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020.

<sup>8</sup> D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

<sup>9</sup> OCDPC del 3 febbraio 2020 n. 630.

<sup>10</sup> D.L. convertito in L. 24 aprile 2020 n. 27.

<sup>11</sup> D.L. convertito in L. 22 maggio 2020 n. 35.

<sup>12</sup> A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere extra ordinem: alcune tendenze costanti che vanno oltre le "nuove" dinamiche della normazione al tempo della crisi economica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2016.

<sup>13</sup> In tal senso il D.L. 59/2012 convertito in L. 12 luglio 2012 n. 100.

Una particolare attenzione, in tale contesto, merita il principio della legalità nelle ordinanze. La dottrina costituzionalistica italiana ha cercato una giustificazione in base ai meccanismi che presiedono al funzionamento del sistema delle fonti.

Condividendo la recente teoria che cerca di armonizzare il potere di ordinanza con l'ordinamento sulla base della valenza democratica del principio di legalità, si ritiene che le ordinanze abbiano una base legale perché c'è sempre una norma attributiva del potere: in particolare tutti gli atti amministrativi presuppongono una legge che attribuisce all'amministrazione il potere esercitato.

Quando si ragiona in termini di valenza democratica del principio di legalità si fa riferimento alla legge in senso formale: solo la legge adottata dalle Camere può trasferire il *surplus* di legittimazione, espressione della volontà dell'organo eletto democraticamente.

### **3. “Aspettando Godot<sup>14</sup>”: l'urgenza del Regolamento nel contesto attuale**

Il mutato scenario normativo ed economico risultato della perdurante emergenza sanitaria, non può non produrre effetti anche sul Regolamento “unico” di attuazione del Codice dei contratti pubblici, introdotto dal D.L. “Sblocca cantieri<sup>15</sup>”. Notevoli perplessità erano state sollevate riguardo alla necessità di un Regolamento “unico” già prima dell'emergenza sanitaria<sup>16</sup>. In effetti, l'introduzione di un Regolamento unico di esecuzione, attuazione ed integrazione del Codice, seppur proposto con l'intento di riunire in un unico atto una serie di provvedimenti attuativi del Codice dei contratti pubblici e contemporaneamente, ridimensionare il sistema delle *soft law*, non sostituirebbe in toto i provvedimenti attuativi, ma rappresenterebbe un'ulteriore fonte normativa da aggiungere alle disposizioni previgenti<sup>17</sup>.

Restano, in ogni caso, attuali e da più parti evidenziate le esigenze di semplificazioni e snellimento del quadro legislativo attuale soprattutto in prospettiva della necessità di rilancio dell'economia. Al riguardo la Corte dei Conti<sup>18</sup> aveva segnalato il rischioso eccesso di regolamentazione (“iperregolamentazione”) nel settore degli appalti pubblici caratterizzato dalla compresenza di norme molteplici e disomogenee, dettate da fonti di rango costituzionale, comunitario, primario e secondario. La possibilità che tale rischio si concretizzasse era stata già paventata dal Consiglio di Stato nel parere dell'1 aprile 2016 n. 855.

E' ormai ampiamente diffusa l'idea che il Codice degli appalti “in sé” costituisca un ostacolo alla rapida ripresa del processo di ammodernamento infrastrutturale del Paese<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> “Aspettando Godot” opera teatrale di SAMUEL BECKETT.

<sup>15</sup> R. GRECO, *Compatibilità del Regolamento con il nuovo scenario normativo ed economico?*, Relazione convegno “Investimenti, emergenza economica e disciplina degli appalti pubblici”, 20 maggio 2020, IGI.

<sup>16</sup> L. DONATO, *La controversa ripartenza degli appalti pubblici dopo l'emergenza COVID-19*, in *Osservatorio AIR, COVID-19 e regolazione: note e commenti*, [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), 15 giugno 2020.

<sup>17</sup> F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *cit.*, p. 236 ss.

<sup>18</sup> Corte dei Conti, *Audizione sul disegno di legge (A.S. n. 1248) di “Conversione in legge del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”*, maggio 2019.

<sup>19</sup> A. GIANNELLI, G. TROPEA, *Abolire il codice degli appalti... e poi?*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 2 maggio 2020.

Seguendo questa corrente di pensiero è stata validamente accettata la proposta di una sua disapplicazione, per un tempo limitato, in favore di modelli ampiamente derogatori al fine di fronteggiare l'immediata esigenza di rilanciare l'economia e per indirizzare, in prospettiva, il superamento "a regime" del modello normativo attuale, creando i presupposti per l'avvio di una riforma strutturale. Sono stati approvati interventi "mirati" su singoli snodi cruciali dell'iter di affidamento e realizzazione delle opere pubbliche addirittura proponendo un azzeramento della normativa primaria e secondaria in favore di una applicazione delle sole direttive europee (D.L. Semplificazione).

Tuttavia l'applicazione delle direttive europee, in luogo del Codice degli appalti, genera inevitabilmente perplessità sia in merito al carattere realmente auto-applicativo delle direttive, considerate già nel 2014 non *self executing*, sia in merito alla rinuncia del grado alla certezza che si era raggiunto con l'introduzione e l'evoluzione della normativa nazionale di recepimento<sup>20</sup>.

Va, comunque, considerato che la sospensione sperimentale dell'efficacia di disposizioni in materia di appalti pubblici e in materia di economia circolare e le modifiche del Codice degli appalti intervenute con la L. 55/2019, che avevano ragion d'essere in un intervallo temporale ben definito, avevano già prodotto incertezza tra gli operatori del settore e necessità di intervento.

L'ipotesi di abrogazione integrale del Codice degli appalti a favore di una totale riscrittura era stata già vagliata dalla dottrina prima degli interventi normativi del 2019 giungendo, in ogni caso, a conclusione negativa, opportunamente sostenuta da valutazioni ed osservazioni<sup>21</sup>.

La validità e l'efficacia dell'apparato normativo esistente in materia di appalti pubblici, istituito a garanzia della trasparenza amministrativa e della legalità<sup>22</sup>, deve essere oggetto di opportuna e serena valutazione e non soggetto ad una affrettata decisione a seguito della contingente esigenza emergenziale<sup>23</sup>.

In tal senso, è doveroso rilevare che il legislatore nel D.L. Semplificazione, incalzato dall'esigenza di rispondere tempestivamente alla domanda di rilancio dell'economia, ha prodotto un testo normativo frammentario e asistemico, non privo di incertezze, avvalendosi di abrogazioni di disposizioni, deroghe, sospensioni a tempo, proroghe di sospensione e introduzione di norme ex novo, che alimentano ulteriormente l'incertezza già esistente. Le modalità di produzione del diritto che hanno caratterizzato in effetti, questo intervallo temporale, sono state più volte oggetto di osservazioni e critiche perché gli interventi sono stati caratterizzati da frammentazione, asistematicità producendo talvolta conflitto tra norme di diverso rango<sup>24</sup>, non solo riguardo al settore degli appalti pubblici.

Se è pur vero che l'attuale fase emergenziale e post-emergenziale è quella meno indicata per rimettere in discussione l'efficacia e l'efficienza del Codice dei contratti pubblici, lo scenario di incertezza e lo stato generale di confusione del settore degli appalti pubblici, ad oggi, è inevitabilmente acuito dall'attuale proliferazione normativa a

---

<sup>20</sup>A. GIANNELLI, G. TROPEA, *cit.*

<sup>21</sup> C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it), gennaio 2019.

<sup>22</sup> A. CORRADO, *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, in [federalism.it](http://federalism.it), n. 1, 2018.

<sup>23</sup> P. PULSONI, *L'intervento dello Stato nell'economia all'epoca del CoViD-19. Analisi critica della normativa emergenziale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), n. 2, 2020.

<sup>24</sup> S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020.

vario rango intervenuta tempestivamente nel tentativo di mitigare gli effetti economici della crisi.

#### **4. La normativa c.d. “ordinaria” in tema di situazioni emergenziali dettata dal Codice dei contratti pubblici**

Il Codice dei contratti pubblici<sup>25</sup>, già in periodi di ordinaria amministrazione, ha dettato disposizioni che consentono l’accelerazione e la semplificazione nello svolgimento delle procedure di gara, indicazioni ribadite dall’Anac nel Documento illustrativo<sup>26</sup> e nel Vademecum<sup>27</sup> per affidamenti di lavori fino al milione di euro e di servizi e forniture fino alle soglie europee, per i quali in via ordinaria è possibile procedere all’affidamento con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando.

Il Codice inoltre, detta nello specifico disposizioni di semplificazione che fanno riferimento a situazioni di urgenza (art. 63, comma 2, lettera c) D.Lgs. 50/2016) e a provvedimenti emergenziali di “somma urgenza” (art. 163 D.Lgs. 50/2016)<sup>28</sup>. In entrambi i casi è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando<sup>29</sup> – se non addirittura ad affidamento diretto – anche al di fuori dei limiti d’importo ordinariamente previsti, dunque sostanzialmente anche per appalti di lavori di importo superiore ad un milione di euro, purché in presenza di adeguata motivazione in ordine al ricorrere dei presupposti dell’urgenza o dell’emergenza.

Si tratta, a ben vedere, di disposizioni complementari volte a coprire l'intero ventaglio dei casi in cui può esplicarsi l'attività degli acquirenti pubblici, coinvolgendo sia servizi e forniture che lavori<sup>30</sup>.

Mentre nella legislazione vigente, la procedura aperta e la procedura ristretta costituiscono i sistemi “naturali” di aggiudicazione dei contratti pubblici<sup>31</sup>, la procedura

<sup>25</sup> U. FRANGIPANE, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid 19, Paper, 8 aprile 2020.

<sup>26</sup> Anac, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, 22 aprile 2020.

<sup>27</sup> Anac, *Vademecum Anac per velocizzare e semplificare gli appalti pubblici*, 9 aprile 2020.

<sup>28</sup> Invero, mentre l'art. 63 consente l'aggiudicazione mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, tra l'altro, in casi connotati da urgenza derivante da eventi imprevedibili per l'amministrazione, l'art. 163 – che riguarda essenzialmente gli acquisti di lavori - permette, in circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, al soggetto responsabile del procedimento ovvero al tecnico competente dell'amministrazione che si rechi per primo sul luogo di disporre l'immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità contestualmente alla redazione di un verbale in cui è dato atto dei motivi dello stato d'urgenza, delle sue cause e dei lavori necessari per la rimozione del medesimo.

<sup>29</sup> La sostanziale differenza tra affidamento diretto e procedura negoziata senza bando risiede nella possibilità di procedere ad affidamento evitando anche un minimo confronto tra operatori del mercato.

<sup>30</sup> Articolo 3, ordinanza 630/2020: “2. Per l’espletamento delle attività previste dalla presente ordinanza, il Capo del dipartimento della protezione civile ed i soggetti attuatori, possono avvalersi, ove ricorrano i presupposti, delle procedure di cui agli articoli 63 e 163 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Con riferimento alle procedure di somma urgenza, i termini per la redazione della perizia giustificativa di cui al comma 4 dell’art. 163 e per il controllo dei requisiti di partecipazione di cui al comma 7 dell’art. 163 possono essere derogati, di conseguenza è derogato il termine di cui al secondo periodo del comma 10 dell’art. 163.”

<sup>31</sup> L’individuazione del modello più idoneo tra la procedura aperta e la procedura ristretta è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, con la preferenza per le procedure ristrette quando il contratto

negoziata senza previa pubblicazione del bando è una variante che consente all'amministrazione di contrattare direttamente con un operatore economico le condizioni della stipulazione, conferendo quel grado di libertà che caratterizza l'agire dei soggetti privati<sup>32</sup>. Premesso che il bando è l'atto fondamentale della procedura ad evidenza pubblica (la *lex specialis* della procedura, ovvero l'insieme delle regole del singolo procedimento di selezione del contraente, mediante disposizioni vincolanti sia per i concorrenti che per la stazione appaltante) è possibile avvalersi della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando quando ricorrono le ipotesi contemplate all'art. 63, D.Lgs. 50/2016<sup>33</sup>, che in ogni caso, rappresentano eccezioni al principio generale di pubblicità e della massima concorrenzialità. Tra le diverse ipotesi è contemplata "*l'estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice*": in particolare, l'art. 63, comma 2, lett. c) stabilisce che nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati, precisando che le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura in questione non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

Da tale previsione normativa l'affidamento diretto è consentito nella misura strettamente necessaria, solo quando ricorrono i seguenti presupposti:

- a) ragioni di estrema urgenza tali da non essere compatibili con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara;
- b) eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice;
- c) circostanze invocate a giustificazione che non devono essere in alcun modo imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

L'art. 163 invece disciplina le procedure di affidamento in caso di "somma urgenza" e di protezione civile. Ossia, ferma restando la disciplina dell'art. 63, che costituisce il *genus* delle procedure urgenti, il Codice disciplina anche le fattispecie ancor più speciali, definite "di somma urgenza": in caso di eventi di protezione civile è necessario applicare la disciplina all'uopo dettata, diversa e aggiuntiva rispetto a quella dettata all'art. 63, introdotta per recepire la direttiva comunitaria 2014/24/UE.

In tal senso infatti, è stato chiarito dal Consiglio di Stato<sup>34</sup> che il codice disciplina negli artt. 63 e 163, rispettivamente le procedure di "*estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili*" (urgenza che secondo le direttive comunitarie giustifica il ricorso alla procedura negoziata senza bando, purché "*nella misura strettamente necessaria*"), e le procedure "*di somma urgenza*".

---

non ha ad oggetto la sola esecuzione o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

<sup>32</sup> F.CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2020.

<sup>33</sup> L'art. 63, recependo la direttiva 2014/24/UE e ottemperando a quanto previsto dai criteri della legge delega 11/2016 di cui alle lettere l), q) punto 1, ii), L. 11/2016, elenca specificamente le fattispecie nelle quali è possibile ricorrere all'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

<sup>34</sup> Consiglio di Stato, parere 1 aprile 2016 n. 855.

Gli affidamenti di cui all'art. 163 devono essere considerati ulteriormente eccezionali, secondo una "progressione di eccezionalità". Tale disposizione deve essere interpretata in senso assolutamente rigoroso e restrittivo.

L'Anac<sup>35</sup> ricorda che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 163, comma 6, D.Lgs. 50/2016, dell'art. 2, comma 7 e dell'art. 7 D.Lgs.2 gennaio 2018 n. 1 (Codice della protezione civile), il verificarsi di una circostanza di somma urgenza legittima l'adozione di procedure d'urgenza finalizzate al superamento dell'emergenza (art. 163 D.Lgs. 50/2016) anche tramite l'attuazione coordinata di misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro, nonché l'attuazione di prime misure idonee a fronteggiare i danni subiti dalle attività economiche e produttive, così come risultano all'esito di prima ricognizione.

L'art. 163, comma 3, D.Lgs. 50/2016 ammette il ricorso alle procedure di estrema urgenza "*finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose*", entro un breve termine stabilito dalla stessa disposizione (15 giorni), ovvero secondo quanto indicato nella dichiarazione dello stato di emergenza, come stabilito nell'art. 24 del D.Lgs. 1/2018, che ne prevede la durata massima in 12 mesi, prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi.

Alla luce di quanto sopra appare, pertanto, compatibile con il sistema il ricorso a procedure d'urgenza (e quindi all'accelerazione delle procedure di affidamento sia ai sensi dell'art. 63, anche per affidamenti di importi superiori alle soglie comunitarie, sia ai sensi dell'art. 163 D.Lgs. 50/2016), laddove la motivazione da parte delle stazioni appaltanti possa poggiare su due elementi: uno temporale e uno sostanziale afferente all'oggetto dell'affidamento<sup>36</sup>.

La proposta avanzata dall'Anac<sup>37</sup> in merito ad un intervento normativo che faciliti il ricorso alle procedure previste negli artt. 63 e 163 del Codice dei contratti pubblici richiede indicazioni certe in merito al profilo temporale<sup>38</sup> e al profilo sostanziale<sup>39</sup> nonché un intervento specifico sul primo periodo del comma 8 dell'art. 163 D.Lgs. 50/2016.

Il ricorso alle procedure di emergenza deve, secondo l'Anac, avvenire nell'osservanza di determinate condizioni, tassativamente indicate<sup>41</sup>, a garanzia dei principi dell'agire

---

<sup>35</sup> Anac, *Proposta di intervento normativo al fine di consentire il ricorso alle procedure previste nell'art. 163 e nell'art. 63 del codice dei contratti pubblici fino al 31 dicembre 2020*, 1 giugno 2020.

<sup>36</sup> Gli effetti del provvedimento devono essere limitati nel tempo, in stretta correlazione con la persistenza dello stato di necessità (in questi termini Corte Costituzione, sentenza 28 maggio 1987 n. 201 e, da ultimo sentenza 14 aprile 1995 n. 127; Consiglio di Stato, sentenza 3 febbraio 1998 n. 197; AVCP, determinazione 30 luglio 2002 n. 20).

<sup>37</sup> Anac, *Proposta, cit.*

<sup>38</sup> Occorre far presente che la data indicata dall'Anac, 31 dicembre 2020, può essere prorogata fino alla scadenza dello stato di emergenza.

<sup>39</sup> Sotto un profilo sostanziale l'Anac ritiene necessario che l'oggetto dell'affidamento sia riconducibile ad ambiti individuati a monte.

<sup>40</sup> Le condizioni che devono essere osservate sono:

- la necessaria verifica del possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico affidatario del contratto (già prevista);
- la verifica antimafia;
- la tracciabilità degli atti compiuti (a fini di controlli successivi, a campione);
- la tracciabilità dei flussi finanziari;
- la necessaria autorizzazione per l'utilizzazione di imprese subappaltatrici;
- la possibilità di controlli successivi, a campione, sui prezzi praticati;
- la piena trasparenza, attraverso la pubblicazione sul sito dell'amministrazione, di tutti gli atti adottati, anche relativi alla fase di esecuzione del contratto.

della pubblica amministrazione. Tuttavia il legislatore, rispetto alla proposta avanzata dall'Anac, si è limitato, nel D.L. Semplificazione all'art. 2 comma 3, a richiamare espressamente la possibilità di applicazione dell'art. 63 del D.Lgs. 50/2016 “*nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia Covid-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati*”. Un richiamo che sembra addirittura pleonastico.

### **5. Le ordinanze del Capo della Protezione Civile**

Dopo la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020 seguendo il procedimento indicato dal Codice della protezione civile (D.Lgs. 1/2018, art. 24) il Consiglio dei ministri ha dichiarato lo stato di emergenza in data 31 gennaio 2020 con l'attribuzione al Capo del Dipartimento della Protezione Civile del potere di emanare ordinanze in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico<sup>41</sup>.

Nell'ordinamento italiano la disciplina generale del potere di ordinanza risale al 1992 con la L. 225, a cui sono seguiti numerosi interventi sulla legittimità costituzionale della disciplina<sup>42</sup>.

La modifica ordinamentale del sistema della protezione civile, introdotta con il D.L. 59/2012 ha attribuito al Capo Dipartimento della Protezione Civile la competenza ad adottare ordinanze per la realizzazione degli interventi durante lo stato di emergenza e curarne l'attuazione, sottraendo così il potere *extra ordinem* alla diretta disponibilità del Presidente del Consiglio<sup>43</sup> e attraendo tali atti nel circuito della legalità<sup>44</sup>.

Le ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, rilevanti ai fini della presente analisi, apportano modifiche sostanziali alla disciplina degli appalti pubblici.

Le deroghe più incisive sul Codice sono contenute nell'art. 3 dell'ordinanza 630<sup>45</sup>. A seguire sono state emanate le ordinanze 631<sup>46</sup>, 638<sup>47</sup> e 639<sup>48</sup>, seppur con impatto minore nel settore degli appalti.

---

<sup>41</sup> S. PIZZORNO, *Gli strumenti del Governo per far fronte al COVID-19, tra esercizio del potere di ordinanza e inadeguatezza del decreto legge*, in *Osservatorio AIR, Covid e Regolazione: Note e Commenti*, 23 giugno 2020.

<sup>42</sup> A. ARCURI, *Il Governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019, (disponibile su [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), questo lavoro è stato già pubblicato nel volume collettaneo G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI E A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, Napoli, 2019; R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Le ordinanze di protezione civile “per l'attuazione” di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla L. n. 225/92)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2009; C. PINELLI, *cit.*

<sup>43</sup> A. CARDONE, *cit.*

<sup>44</sup> F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), *Osservatorio emergenza Covid 19, Paper*, 6 aprile 2020.

<sup>45</sup> Ai sensi dell'art. 3 dell'OCDCPC 3 febbraio 2020 n. 630, il Capo del Dipartimento della Protezione Civile ed i soggetti attuatori, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, della direttiva del Consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004 (GU 298/2004) e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, per la realizzazione degli interventi di cui alla presente ordinanza, possono procedere in deroga a numerosi articoli del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, allo scopo di semplificare e accelerare le procedure ivi previste.

Tali ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile hanno svolto una funzione cruciale: sono state la risposta immediata dell'ordinamento all'emergenza sanitaria e congiuntamente hanno rappresentato il tentativo dello Stato di fronteggiare la conseguente e inevitabile emergenza economica attraverso il sostegno anche delle attività produttive.

Si è presentata l'esigenza delle pubbliche amministrazioni di procedere agli acquisti in termini particolarmente celeri, superando così limiti ed ostacoli dell'attuale normativa di settore che proponeva tempi procedurali incompatibili con le urgenti necessità intervenute. Nel tentativo di fronteggiare, nell'immediato, la conseguente emergenza economica lo Stato ha cercato di trovare il punto di equilibrio tra l'esigenza delle pubbliche amministrazioni di procedere agli acquisti di servizi, forniture, lavori, per espletare, anche in situazioni straordinarie, l'attività pubblica e le esigenze degli operatori privati che sono stati chiamati a fronteggiare l'emergenza nel rispetto delle misure di contenimento del contagio che impone l'adozione di linee di comportamento che possono comportare, in talune ipotesi, un inevitabile rallentamento nell'esecuzione della prestazione (ritardo nell'esecuzione ovvero ogni inadempimento, pur parziale, in linea di principio comporta responsabilità in capo all'operatore economico).

Occorre innanzitutto sottolineare come tali ordinanze, riconducibili all'interno del particolare novero delle ordinanze contingibili e urgenti, richiederebbero l'inesistenza di strumenti ordinariamente previsti per fronteggiare la situazione eccezionale, mentre il Codice dei contratti già prevede, agli artt. 63 e 163, ipotesi emergenziali.

In ogni caso, tali ordinanze, inevitabilmente, costituiscono una deroga alla regola della tipicità<sup>49</sup>.

Oltre che per il requisito della necessità e per l'eccezionalità della situazione concreta, i provvedimenti in questione si caratterizzano, in effetti, per l'atipicità contenutistica, il potere di derogare alla legislazione vigente nei casi previsti dalla legge, la finalità di tutela di un interesse generale e un'adeguata motivazione in ordine ai presupposti di azione. È delineato il perimetro di azione, sia temporale, sia spaziale ed è definito, seppur con confini labili, l'oggetto di deroga.

Tali ordinanze dettate da necessità e urgenza sono comunque previste da norme di legge, quindi rispettose del principio di legalità (nella fattispecie D.Lgs. 1/2018, art. 24).

In ogni caso non può essere sottovalutata la portata derogatoria al diritto vigente e la pretesa innovatività dell'ordinamento giuridico preesistente.

Secondo il Consiglio di Stato<sup>50</sup> le ordinanze del Presidente del Consiglio dei ministri, in qualsiasi modo le si voglia collocare nella gerarchia delle fonti normative, sono certamente idonee a innovare l'ordinamento giuridico attraverso prescrizioni generali e astratte. Infatti, seppure l'efficacia delle ordinanze sia temporalmente limitata (almeno in astratto) sono spesso definitivi gli effetti giuridici da esse prodotte.

In merito alla questione di legittimità costituzionale, per quanto concerne il primo aspetto, ossia la portata derogatoria al diritto vigente, viene generalmente accolta la tesi

<sup>46</sup> OCDPC del 6 febbraio 2020 n. 631 "Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili".

<sup>47</sup> L'OCDPC 22 febbraio 2020 n. 638 dispone "Modifiche all'articolo 3 dell'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020".

<sup>48</sup> L'OCDPC 25 febbraio 2020 n. 639 detta specificamente disposizioni in materia di acquisizioni dei dispositivi di protezione individuale.

<sup>49</sup> F. TEOLI, *Le ordinanze di necessità e di urgenza*, in *diritto.it*, 2017.

<sup>50</sup> Consiglio di Stato sez. IV, 16 novembre 2011 n. 6050.

che individua dei limiti costituzionali al potere di ordinanza, trovando avallo in alcune pronunce della Corte Costituzionale.

Infatti, la Corte Costituzionale è più volte intervenuta sulla legittimità costituzionale di queste ordinanze, enucleando, infine, una serie di principi che le stesse devono rispettare per essere riconosciute conformi alla Costituzione<sup>51</sup>. Esse devono quindi avere un'efficacia temporale limitata al permanere dello stato di necessità, devono essere adeguatamente motivate in ordine ai presupposti di azione, devono ricevere adeguata pubblicità, devono essere conformi ai principi generali dell'ordinamento giuridico e ai principi costituzionali, non possono operare in materie coperte da riserva assoluta di legge.

Attualmente la tesi prevalente è quella di riconoscere alle ordinanze di necessità e di urgenza carattere normalmente amministrativo ed eccezionalmente normativo<sup>52</sup>, dovendosi di volta in volta verificare se si tratti di prescrizioni puntuali e concrete, o piuttosto caratterizzate dai requisiti della generalità e dell'astrattezza.

Le caratteristiche preliminarmente presentate, che interessano anche le ordinanze in oggetto, non esimono tuttavia dal presentare alcune osservazioni circa il confronto con limiti costituzionali vigenti.

Il perseguimento degli obiettivi, più volte ribaditi all'art. 3 dell'ordinanza 630, di semplificazione delle procedure di aggiudicazione della gara e deroghe alle ordinarie tempistiche e modalità di comunicazione al fine di garantire l'adeguamento della tempistica alle esigenze del contesto emergenziale, esigenze più volte emerse anche nel contesto ordinario del settore degli appalti, deve necessariamente essere bilanciato con i principi di imparzialità e buon andamento dell'esercizio della funzione amministrativa (Costituzione art. 97).

La tutela di diritti costituzionalmente ritenuti superiori, come il diritto alla salute, impone, in simili circostanze, la compressione, anche attraverso lo strumento amministrativo dell'ordinanza, di altri principi costituzionalmente tutelati. Di qui è evidente la forza delle suddette ordinanze, capace di derogare, seppur temporaneamente, ai principi dell'ordinamento vigente. Le ordinanze così dimostrano una forza di gran lunga superiore rispetto alle linee guida, strumento innovativo che si è tentato di introdurre nell'ordinamento.

Per quanto riguarda, poi, la tutela giurisdizionale, laddove si ravvisi la carenza dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere di ordinanza, interviene il Codice del processo amministrativo<sup>53</sup>, che all'art. 133, lett. p), annovera, tra le controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quelle *“aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge del 4 febbraio 1992, 225, nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell'articolo 5, commi 2 e 4, della medesima legge e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti”*.

---

<sup>51</sup> Le principali pronunce in materia sono: Corte Costituzionale, sentenza del 2 luglio 1956 n. 8, Corte Costituzionale sentenza del 27 maggio 1961 e Corte Costituzionale, sentenza del 4 gennaio 1977 n. 4.

<sup>52</sup> L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo – principi generali*, Torino, 1999; L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2005; A. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, VII, Torino, 1965, p. 531 ss.; M. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1986, p. 976 ss.

<sup>53</sup> D.Lgs 2 luglio 2010 n. 104.

Il giudice amministrativo adito potrà assicurare tutela risarcitoria per i danni cagionati per effetto dell'esercizio del potere di ordinanza laddove si ravvisi la carenza dei presupposti che ne legittimino l'utilizzo: sia nell'ipotesi di carenza di potere (assenza di presupposti per l'attribuzione del potere) sia nel caso di cattivo uso del potere (erronea valutazione delle misure necessarie per fronteggiare una situazione di pericolo effettivamente esistente).

Così, l'uso del potere di ordinanza nelle circostanze concrete della prima fase emergenziale provocata dalla pandemia sembra inevitabile anche per il settore degli appalti pubblici: uno strumento flessibile in grado di dare una prima risposta alla inevitabile crisi.

### **6. D.L. CuraItalia e D.L. Rilancio: appalti pubblici, deroghe e modifiche del Codice dei contratti pubblici**

Hanno fatto seguito alle suddette ordinanze due decreti legge di non poco rilievo che hanno apportato modifiche.

Il primo è il D.L. 18/2020 (Decreto CuraItalia) che contiene alcune norme indirizzate al perseguimento della semplificazione attraverso il ricorso, per determinati settori, a procedure di aggiudicazioni più snelle e tempestive. Più che soffermarsi sulle deroghe e modifiche intervenute sul Codice dei contratti, in questa sede ciò che risulta rilevante è la necessità di intervenire con la fonte normativa del decreto legge nel settore degli appalti, in ordine temporale, dopo l'emanazione delle ordinanze del Capo della Protezione Civile. Il D.L. CuraItalia è intervenuto con deroghe e modifiche, a valere fino al 31 dicembre 2020, sul Codice dei contratti pubblici, specificamente interessando gli artt. 72, 75, 86, 91, 99 e 120<sup>54</sup>.

L'urgente intervento ha reso necessario il successivo D.L. 19/2020 che ha apportato ulteriori modifiche in materia di appalti e contratti pubblici, investendo il diritto

---

<sup>54</sup> Nell'articolo 72, comma 2, lettera a) per gli interventi di cui al comma 1 dell'articolo 72 per l'utilizzazione del "Fondo per la promozione integrata" può essere utilizzata la procedura negoziata senza previa pubblicizzazione di un bando di gara. In tal senso l'art. 75, comma 1 autorizza le amministrazioni aggiudicatrici e le autorità amministrative indipendenti all'acquisto di beni e servizi informatici preferibilmente basati sul modello cloud SaaS (*software as a service*), e di servizi di connettività derogando alle procedure ordinarie di gara.

L'articolo 86, comma 2 è finalizzato specificamente a ripristinare la piena funzionalità e sicurezza degli istituti penitenziari danneggiati nel corso delle proteste dei detenuti.

Ulteriori misure di maggior favore per gli operatori economici sono previste all'articolo 91 del Decreto. Specificamente con l'art. 91, comma 2 è possibile erogare l'anticipazione anche nel caso di lavori di somma urgenza.

Analogamente, l'art. 99 del comma 3 consente alle aziende, alle agenzie e agli enti del Sistema Sanitario Nazionale di procedere all'acquisizione diretta di forniture e servizi da utilizzare per il contrasto all'emergenza.

Con le disposizioni dettate all'articolo 120, comma 3 il legislatore ha disposto che qualora non sia possibile fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione per l'acquisto di piattaforme e di strumenti digitali utili per l'apprendimento a distanza e/o di dispositivi digitali individuali per la fruizione delle piattaforme, le istituzioni scolastiche provvedono all'acquisto anche in deroga alle disposizioni del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

all'anticipazione dei prezzi (il comma 18 art. 35 del Codice dei contratti pubblici<sup>55</sup>) e dettando ulteriori disposizioni in deroga alla normativa vigente<sup>56</sup>.

La domanda è di rito: perché intervenire con decreti-legge?

Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge si è evoluto, alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere *extra ordinem*, secondo alcune linee di tendenza costanti che non risultano integralmente assorbite dalle dinamiche che la normazione ha maturato nel contesto della crisi economica<sup>57</sup>.

Il prolungarsi dello stato di emergenza sicuramente richiede interventi mirati volti a risollevarne l'economia dalle indiscutibili conseguenze dell'emergenza sanitaria.

Il decreto-legge quale strumento normativo, seppur varato sui presupposti di necessità e di urgenza<sup>58</sup> dettati dalla Costituzione, trova la sua giustificazione nella sua forza di legge rispetto alle ordinanze, soprattutto in sede di controllo.

In effetti, dal momento che il decreto-legge è un atto eccezionale, l'ordinamento giuridico appresta una serie di limiti e di garanzie rispetto al rischio di un suo abuso da parte del governo, limiti e garanzie che non sono invece previste per le ordinanze di necessità ed urgenza.

Il decreto legge è oggetto di:

- controllo parlamentare, in sede di conversione;
- controllo di legittimità costituzionale;
- controllo di opportunità da parte del corpo elettorale (eventuale referendum abrogativo).

La prima garanzia<sup>59</sup> posta dalla Costituzione avviene in sede di conversione in legge, dove il decreto-legge può essere respinto per insussistenza dei requisiti di costituzionalità o può essere bocciato nel merito. Qualora fosse respinto o bocciato i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto-legge non convertito possono essere disciplinati solo da una eventuale legge ordinaria. Inoltre, in caso di conversione in legge, le camere parlamentari possono emendare il testo emanato: sopprimendo o integrando le disposizioni del decreto-legge presentato o aggiungendo delle disposizioni nuove.

Il decreto-legge può essere sottoposto a controllo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, con la possibilità che perda efficacia retroattivamente a seguito di dichiarazione di incostituzionalità.

---

<sup>55</sup> Terza modifica in poco tempo sull'anticipazione prezzi nel contratto di appalto: dopo l'estensione a servizi e forniture (col decreto Sblocca cantieri) e alla consegna in via d'urgenza (col decreto CuraItalia), ecco l'aumento dell'acconto (col decreto Rilancio).

<sup>56</sup> Disposizioni ulteriori sono dettate in merito a:

- esonero temporaneo dei contributi Anac (art. 65);
- modifiche all'articolo 103 in materia di sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza (art. 81);
- servizi delle pubbliche amministrazioni (art. 109);
- sospensione delle verifiche ex art. 48-bis DPR n. 602 del 1973 (art. 153);
- liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi in relazione all'emergenza COVID-19 (art. 264).

<sup>57</sup> A. CARDONE, *cit.*

<sup>58</sup> F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica Covid19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale, Nomos*, n. 1, 2020.

<sup>59</sup> F. PASTORE, *Emergenza Covid-19 e dinamiche dei rapporti tra governo, maggioranza e minoranze parlamentari*, in *dirittifondamentali.it*, 3 giugno 2020.

Infine, altra garanzia costituzionale consiste nella possibilità che lo stesso possa essere sottoposto a referendum abrogativo, quindi a un controllo di opportunità del corpo elettorale, su richiesta di cinquecentomila elettori o cinque consigli regionali.

Le garanzie suindicate ricoprono la sfera politica e giuridica.

Diversamente il potere di ordinanza presenta un notevole grado di flessibilità in quanto non è sottoposto ai controlli cui soggiace il decreto-legge: non al controllo parlamentare, non al controllo del Capo dello Stato, né in funzione di emanazione, né in alcuna altra sede. L'atto è sottoposto solamente al controllo preventivo di legittimità sugli atti normativi dello Stato da parte della Corte dei Conti, unico presidio di legalità delle ordinanze di protezione civile<sup>60</sup>.

### **7. D.L. Semplificazione la prospettiva delle ordinanze del Commissario straordinario del governo**

Tra le misure più rilevanti previste dal D.L. Semplificazione 76/2020 per il rilancio dell'economia assume un ruolo primario l'intervento previsto per le grandi opere di interesse nazionale. All'art. 9 comma 1 lett. a) il legislatore sancisce la nomina di Commissari straordinari per interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico-amministrative ovvero che comportino un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale<sup>61</sup>.

La prima immediata riflessione è sulla numerosità delle opere che potrebbero essere oggetto di applicazione della presente disciplina dato il criterio di discriminazione generico ed ampio. Tuttavia occorre ricordare che l'iter di approvazione del D.L. Semplificazione è stato accompagnato dalla presentazione del piano di investimenti per il rilancio dell'economia predisposto dal ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, "Italia veloce", un disegno complesso con il quale è presentato un elenco delle grandi opere considerate prioritarie e che in parte potranno essere affidate a Commissari straordinari.

---

<sup>60</sup> A. CARDONE, *cit.*

<sup>61</sup> Il D.L. 76/2020 all'art. 9 comma 1 stabilisce che "Con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro il 31 dicembre 2020, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono individuati gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico-amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale, per la cui realizzazione o completamento si rende necessario la nomina di uno o più Commissari straordinari che è disposta con i medesimi decreti. Il parere delle Commissioni parlamentari viene reso entro quindici giorni dalla richiesta; decorso inutilmente tale termine si prescinde dall'acquisizione del parere. Con uno o più decreti successivi, da adottare con le modalità di cui al primo periodo entro il 30 giugno 2021, il Presidente del Consiglio dei ministri può individuare, sulla base dei medesimi criteri di cui al primo periodo, ulteriori interventi per i quali disporre la nomina di Commissari straordinari. In relazione agli interventi infrastrutturali di rilevanza esclusivamente regionale o locale, i decreti di cui al presente comma sono adottati, ai soli fini della loro individuazione, previa intesa con il Presidente della Regione interessata. Gli interventi di cui al presente articolo sono identificati con i corrispondenti codici unici di progetto (CUP) relativi all'opera principale e agli interventi ad essa collegati".

La proposta del Mit è di realizzare un’“Italia Veloce<sup>62</sup>” attraverso un’“Italia iperconnessa” e un’“Italia intermodale” rispettivamente tramite il completamento dell’Alta Velocità ed il potenziamento di porti, aeroporti, ferrovie e strade e autostrade.

Delle 130 opere, solo una parte è ritenuta prioritaria (circa 50 opere)<sup>63</sup>.

Per il rilancio dell’economia attraverso opere pubbliche, il legislatore prevede espressamente che *“per l’esecuzione degli interventi, i Commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto. Per l’esercizio delle funzioni di cui al primo periodo, il Commissario straordinario provvede anche a mezzo di ordinanze”*<sup>64</sup>. Sono, quindi, rilevanti nella presente disposizione:

- l’impiego dei Commissari straordinari;
- l’esercizio del potere in deroga a numerose disposizioni di legge;
- l’esercizio delle funzioni anche a mezzo ordinanze.

Seppure non è replicato in toto il Modello Genova il legislatore ha preso tale modello a riferimento per la gestione delle opere pubbliche in Italia in questa fase di rilancio dell’economia.

Per quanto riguarda il “caso Genova”, per la ricostruzione del ponte Morandi, ampi poteri derogatori alle disposizioni vigenti sono stati affidati al sindaco e la burocrazia è stata ridotta ai minimi termini, permettendo l’affidamento senza gara dei lavori al consorzio Fincantieri-Salini-Italferr (Gruppo Fs), scelto a discrezione del governo<sup>65</sup>.

In effetti al comma 1 lett. b art. 9, in modo non dissimile dal Modello Genova, viene specificata la possibilità per il Commissario straordinario di operare “in deroga”. Si rileva in maniera sostanziale la differenza delle deroghe riconosciute dal D.L. 76/2020 rispetto al D.L. 109/2018 convertito in legge il 16 novembre del 2018 n. 130. Mentre nel Modello Genova il comma 5 art. 1 ha disposto che *“per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la*

<sup>62</sup> Disponibile su [https://www.ansa.it/documents/1594117708115\\_Italia.pdf](https://www.ansa.it/documents/1594117708115_Italia.pdf).

<sup>63</sup> A. BACCARO, *Semplificazioni, 47 commissari per i cantieri ma non è “il modello Genova”*, in *Corriere della Sera*, 7 luglio 2020. Tra le opere ferroviarie c’è il potenziamento della linea Fortezza-Verona, il potenziamento della linea Venezia-Trieste, il raddoppio della Codogno-Cremona-Mantova, il completamento dei lavori del nodo ferroviario di Genova e il collegamento dell’ultimo miglio tra il Terzo Valico dei Giovi e il porto di Genova, il completamento del raddoppio della Genova-Ventimiglia, la chiusura dell’anello ferroviario di Roma, il completamento del raddoppio della Pontremolese, la linea Roma-Pescara, il completamento del raddoppio Pescara-Bari, la realizzazione delle opere relative alla tratta ferroviaria Napoli-Bari, la realizzazione nuova linea Ferrandina-Matera La Martella, il potenziamento tecnologico e gli interventi infrastrutturali della linea Taranto-Metaponto-Potenza-Salerno, il potenziamento tecnologico e gli interventi infrastrutturali sulla linea Salerno-Reggio Calabria, la linea Palermo-Trapani via Milo, la realizzazione dell’asse AV/AC Palermo-Catania-Messina.

Mentre, tre le opere stradali sono indicate la A24-A25, la SS106 Ionica, la Ragusana, la Monte Romano-Civitavecchia, la Tarquinia-San Pietro in Palazzi, la Roma-Latina, la SS4 Salaria, il Ponte ad Albiano Magra (crollato ad aprile scorso) e la e78 Grosseto-Fano.

<sup>64</sup> Art. 9 comma 1 lett. b del D.L. 76/2020.

<sup>65</sup> D. BALOTTA, *Modello Genova con i superpoteri del Commissario Bucci tutto è possibile* disponibile su <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/05/07/modello-genova-con-i-superpoteri-del-commissario-straordinario-bucci-tutto-e-possibile/5789386/>.

*progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, il Commissario straordinario opera in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*", nel D.L. Semplificazione il Commissario straordinario è tenuto a rispettare i principi di cui agli artt. 30, 34 e 42 del D.Lgs.50/2016, nonché delle disposizioni del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al D.Lgs.159/2011, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto.

In sostanza occorre sottolineare come nel Modello Genova il Commissario straordinario sia dotato di più ampi poteri (deroga sia al Codice dei contratti pubblici sia alle direttive comunitarie dettate in materia di appalti) mentre nel D.L. Semplificazione il potere del Commissario straordinario è tenuto a rispettare le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

Proprio in merito ai poteri "in deroga" del Commissario straordinario è rilevante il recente intervento della Corte costituzionale che ha respinto i sei ricorsi del Tar della Liguria che aveva sollevato dubbi di costituzionalità sull'articolo 41 della Carta per l'esclusione di Autostrade Spa (Aspi)dalla ricostruzione del ponte Morandi<sup>66</sup>.

Il ricorso alla nomina di Commissario straordinario diviene sempre più frequente, a conferma di un'eccessiva estensione del concetto di emergenza, estensione che aveva già destato allarme in passato, anche a livello sovranazionale, soprattutto in materia di appalti<sup>67</sup>.

Pur essendo organo eventuale, di natura speciale e a competenza settorialmente definita, nominato solo per realizzare obiettivi determinati in relazione a programmi o indirizzi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei Ministri, oppure per far fronte a particolari e temporanee esigenze di coordinamento meramente operativo fra amministrazioni statali, può essere chiamato ad influire in modo rilevante sulle attività della pubblica amministrazione con ampia possibilità di derogare alla legislazione vigente<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> La Corte costituzionale ha esaminato le questioni sollevate dal Tar della Liguria riguardanti numerose disposizioni del Decreto legge 109 del 2018 (cosiddetto Decreto Genova) emanato dopo il crollo del Ponte Morandi. Il Decreto, come già accennato, ha affidato a un Commissario straordinario le attività volte alla demolizione integrale e alla ricostruzione del Ponte nonché all'espropriazione delle aree a ciò necessarie. Inoltre, è stato demandato al Commissario di individuare le imprese affidatarie, precludendogli di rivolgersi alla concessionaria Aspi e alle società da essa controllate o con essa collegate. Infine, il Decreto impugnato ha obbligato Aspi a far fronte ai costi della ricostruzione e degli espropri. La Corte ha ritenuto non fondate le questioni relative all'esclusione legislativa di Aspi dalla procedura negoziata volta alla scelta delle imprese alle quali affidare le opere di demolizione e di ricostruzione. La decisione del legislatore di non affidare ad Autostrade Spa la ricostruzione del Ponte è stata determinata dalla eccezionale gravità della situazione che lo ha indotto, in via precauzionale, a non affidare i lavori alla società incaricata della manutenzione del Ponte stesso (Corte Costituzionale sentenza 27 luglio 2020 n. 168).

<sup>67</sup> Infatti le procedure di infrazioni aperte dalla Commissione europea a carico dello Stato italiano in ipotesi di emergenza (Corte di Giustizia CE, sentenza 18 giugno 2007, C-382/05; Corte di Giustizia CE, sentenza 14 giugno 2007, C-82/06; Corte di Giustizia UE, sentenza 4 marzo 2010, C-297/08) avevano indotto il Presidente del Consiglio dei Ministri alla adozione della direttiva il 22 ottobre 2004 (GU 298/2004) in materia contrattuale relativa agli appalti di lavori, forniture e servizi di rilievo comunitario, ponendo limiti alla forza derogatoria del potere di ordinanza.

<sup>68</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2020.

Sono stati attribuiti in passato (come accade tuttora) poteri straordinari a soggetti titolari di cariche istituzionali<sup>69</sup> oppure a soggetti del tutto esterni all'amministrazione del territorio<sup>70</sup>.

La dubbia legittimità di tale *modus operandi* ha investito così sia le norme sul rapporto di pubblico impiego nelle pubbliche amministrazioni sia le regole comunitarie e nazionali sulla procedura di evidenza pubblica e la consequenziale scelta del contraente in materia di appalti pubblici.

Al di fuori dell'immensa area degli interventi della Protezione Civile volti a fronteggiare situazioni emergenziali, in questo contesto, occorre ricordare come la figura del Commissario straordinario trova fondamento normativo nell'art. 13 del D.L. 67/1997<sup>71</sup> (detto all'epoca decreto "Sblocca cantieri") nello specifico settore delle grandi opere pubbliche incompiute. I Commissari straordinari si possono sostituire agli organi competenti inerti al fine di garantire la realizzazione dell'opera, provvedendo ove necessario anche in deroga alle disposizioni vigenti, ma sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

La legislazione più recente prevede l'istituzione di Commissari straordinari anche in altri tipi di lavori pubblici: ad esempio alle "infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale" di cui all'art. 2 del D.Lgs. 190/2002 poi trasposto nell'art. 163 del Codice dei Contratti pubblici. In tale ambito i Commissari svolgono funzioni di indirizzo e coordinamento e, previa eventuale organizzazione del Presidente del Consiglio dei ministri, possono sostituirsi agli organi competenti nell'emanazione degli atti necessari assumendo così tutti i poteri previsti nel D.L. 67/1997.

E ancora, il legislatore ha introdotto il Commissario per la realizzazione di infrastrutture prioritarie per il rilancio dell'occupazione e dell'economia nazionale di cui all'art. 20 del D.L. 185/2008, (cd. decreto "Anticrisi")<sup>72</sup>, attribuendo compiti di monitoraggio, di impulso e di adozione di tutti gli atti necessari anche in deroga alle disposizioni vigenti, purché rispettino la normativa comunitaria e i principi generali dell'ordinamento<sup>73</sup>.

La *ratio* sottesa a tali interventi legislativi è da ravvisare nell'esigenza di sopperire ad una inefficienza dell'amministrazione mediante una gestione che possa portare ad un miglioramento del sistema.

La figura del Commissario straordinario del governo non è nuova nella storia. Già nel XV secolo, i re francesi inviavano commissari per le province per sorvegliare e far rispettare la volontà del re nelle province (specificamente su finanze, polizia e giustizia): sia per recuperare informazioni, sia per riferire sulle questioni reali e amministrative nonché per intraprendere le azioni necessarie. Questi agenti del re erano reclutati tra consiglieri di Stato e membri del Parlamento o della Corte dei Conti. La loro missione era per un mandato specifico e per un periodo limitato.

Quando Enrico IV salì al trono nel 1589, uno dei suoi primi obiettivi fu proprio quello di ridurre i privilegi dei governatori provinciali che, in teoria, rappresentavano "la presenza del re nella sua provincia" ma durante le guerre civili della prima età moderna

<sup>69</sup> M. FRANCAVILLA, *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 301 ss., il quale rileva che la nomina di un commissario già operante nell'amministrazione è espressione dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

<sup>70</sup> La prassi dimostra come trattasi di tecnici, professionisti esperti nel settore di riferimento.

<sup>71</sup> D.L. 67/1997 convertito in L. 23 maggio 1997 n. 135.

<sup>72</sup> D.L. 185/2008 convertito in L. 28 gennaio 2009 n. 2.

<sup>73</sup> Ulteriori figure sono state introdotte dal legislatore si pensi all'ipotesi di Commissario straordinario per le opere autostradali, prevista dall'art. 5 D.L. 35/2005 convertito in L. 14 maggio 2005 n. 80, e disciplinata attualmente dall'art. 194 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

si dimostrarono non fedeli alla volontà del sovrano, capaci di dare luogo a numerose spinte centrifughe.

Il termine “intendente” appare intorno al 1620, durante il regno di Luigi XIII. Quando divenne un efficace strumento di controllo regionale. Infatti, durante il regno di Luigi XIII, con il cardinale Richelieu e l'ingresso della Francia nella Guerra dei trent'anni nel 1635, gli intendenti divennero un'istituzione permanente: non più semplici ispettori, ma amministratori di governo.

Richelieu aveva imposto la supremazia dell'autorità reale, frenando le spinte centrifughe della grande nobiltà e aveva esercitato un più stretto controllo sull'amministrazione provinciale grazie agli “intendenti”, commissari di nomina regia dotati di pieni poteri, inviati nelle varie parti del regno per riscuotere i tributi, amministrare la giustizia e mantenere l'ordine<sup>74</sup>.

Se gli intendenti sono stati per la Francia un prodotto delle politiche di centralizzazione della corona, impedendo abusi di potere regionali, ben diverso sembra il ruolo del Commissario straordinario oggi in Italia, dove il potere riconosciuto al Commissario straordinario non sembra finalizzato al superamento dei poteri ordinari locali ma a superare i poteri, i limiti ed i vincoli dello stesso Stato centrale<sup>75</sup>.

## **8. Conclusioni**

In occasione della crisi provocata dalla pandemia il legislatore è intervenuto al fine di rilanciare l'economia in numerose occasioni attraverso fonti di rango diverso.

La presente riflessione, lungi dal voler essere esaustiva, ripercorre le disposizioni normative che hanno interessato le prime fasi dell'emergenza Covid-19.

Nell'intervallo temporale intercorso dall'inizio della pandemia ad oggi, è stata applicata la normativa c.d. “ordinaria” in tema di situazioni emergenziali dettata dal Codice dei contratti pubblici (artt. 63 e 163), sono state varate le ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, in particolare la 630 del 2020, dettate le norme contenute nel D.L. 18/2020 (c.d. decreto “CuraItalia”) e D.L. 19/2020 (c.d. decreto “Rilancio”) e da ultimo ma non meno importante il D.L. Semplificazione, che ha scosso il settore degli appalti pubblici.

Le ordinanze di necessità ed urgenza non sono nuove nell'ordinamento italiano, derogatorie alla regola della tipicità, sono rispettose del principio di legalità (D.Lgs. 1/2018, art. 24) e capaci di innovare l'ordinamento giuridico attraverso prescrizioni generali e astratte, limitate nel tempo e nelle materie da regolare (non possono in alcun modo operare su materie coperte da riserva assoluta di legge).

Il prolungarsi dello stato emergenziale ha prodotto nuovi interventi normativi attraverso decreti legge (D.L. CuraItalia e D.L. Rilancio) che hanno apportato nel settore degli appalti pubblici: deroghe e modifiche al Codice dei contratti pubblici. In questa riflessione è stato doveroso il confronto della forza di legge dei decreti-legge rispetto alle ordinanze, soprattutto in sede di controllo.

Di rilievo è però la risposta immediata dell'ordinamento alla situazione di emergenza sanitaria: la possibilità di ricorrere a strumenti di necessità ed urgenza non ammessi in

---

<sup>74</sup> In merito si vedano i link:<https://it.qwe.wiki/wiki/intendant> e <https://m-library.weschool.com/lezione/luigi-xiv-il-re-sole-colbertismo-versailles-assolutismo-francese-lo-stato-sono-io-17798.html>.

<sup>75</sup> O. ABBAMONTE, Decreto semplificazioni: prime riflessioni, webinar 23 luglio 2020, informazioni reperibili sul link <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/decreto-semplificazioni-2020-prime-riflessioni>.

regime ordinario. Di qui l'importanza delle ordinanze, atti normalmente amministrativi ed eccezionalmente normativi, capaci di innovare in tempi brevi l'ordinamento vigente.

Nel settore degli appalti pubblici il Modello Genova, che, seppur fatto oggetto di numerose contestazioni per taluni aspetti ampiamente condivisibili, ha prodotto indiscutibilmente risultati tangibili in intervalli temporali impensabili in un contesto operativo ordinario, è stato preso come riferimento nella stesura del D.L. Semplificazione. Gli ampi poteri derogatori all'ordinaria disciplina e la possibilità di operare attraverso ordinanze, riconosciuti ai Commissari straordinari nelle grandi opere pubbliche (che coinvolgono tra l'altro le grandi opere ferroviarie e stradali) sono testimonianza dell'attenzione al risultato da conseguire, piuttosto che al mezzo.

Tuttavia, già in passato, i risultati ottenuti dalle ordinanze, sia dal punto di vista qualitativo che temporale, sono di gran lunga superiori a quelli conseguiti attraverso fonti ordinarie di rango primario.

Ancora, l'esperienza insegna che le regole emergenziali sopravvivono all'emergenza<sup>76</sup>. Queste disposizioni possono essere considerate, pertanto, i presupposti di una riforma strutturale del sistema degli appalti pubblici: i Commissari straordinari possono divenire ordinariamente straordinari, anche nei settori delle infrastrutture e dei trasporti.

In questo contesto di analisi deve in ogni caso far riflettere il riferimento storico ai precursori degli attuali Commissari straordinari, gli intendenti francesi. Questi ultimi erano funzionali alle politiche di centralizzazione del potere della corona mentre i Commissari straordinari, oggi in Italia, sembrano più finalizzati a superare i poteri, i limiti e i vincoli dello stesso Stato centrale, piuttosto che gli ordinari poteri locali.

---

<sup>76</sup> M. LUCIANI, *cit.*

Promossa da:

**demetra**

CENTRO STUDI