

“Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza”

di Giuseppe Marazzita

- [1. IL CONFLITTO TRA AUTORITÀ E FORMA, FRA DECISIONE EFFETTIVA E ATTO LEGITTIMO](#)
- [2.1. LE DISPOSIZIONI MINORI SUL POTERE DI ORDINANZA](#)
- [2.2. LE ORDINANZE DEL PREFETTO \(TESTO UNICO DELLE LEGGI DI PUBBLICA SICUREZZA\)](#)
- [2.3. LE ORDINANZE DEL SINDACO \(TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI\)](#)
- [2.4. LE ORDINANZE IN MATERIA SANITARIA \(TESTO UNICO DELLE LEGGI SANITARIE, LEGGE N. 833 DEL 1978 E D.LGS. N. 112 DEL 1998\)](#)
- [2.5. LE ORDINANZE IN MATERIA AMBIENTALE \(LEGGE N. 349 DEL 1986 E D.LGS N. 152 DEL 2006\)](#)
- [3.1. LE ORDINANZE DI PROTEZIONE CIVILE \(LEGGE N. 225 DEL 1992\)](#)
- [3.2. LE ESTENSIONI DELLA LEGGE N. 225 DEL 1992 IN TEMA DI «GRANDI EVENTI»](#)
- [3.3. LA PRASSI ATTUATIVA DELLE ORDINANZE DI PROTEZIONE CIVILE E PER GRANDI EVENTI](#)
- [4. LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL POTERE DI ORDINANZA SECONDO IL GIUDICE DELLE LEGGI](#)
- [5. L'ANTINOMIA FRA IL POTERE “LIBERO” DI ORDINANZA E IL SISTEMA COSTITUZIONALE](#)
- [6. LA NECESSITÀ È SOLO «UNA PAROLA PER LA VOLONTÀ DI POTENZA»](#)
- [7. L'EQUILIBRIO TRA AUTORITÀ E REGOLE: CONSIDERAZIONI FINALI](#)

1. Il conflitto tra autorità e forma, fra decisione effettiva e atto legittimo

Per costituzionalismo tradizionalmente intendiamo il movimento culturale che – a partire dalle rivoluzioni liberali del XVII e XVIII secolo¹ – propugna «la limitazione legale del potere politico»² ovvero la costruzione di un sistema di vincoli e controlli giuridici, che salvi l'individuo e le minoranze dall'arbitrio dell'autorità. L'esistenza dello stato-apparato, dotato di corpi armati organizzati e finalizzati all'uso legittimo della violenza, consiglia di delimitare e condizionare

¹ Com'è noto il costituzionalismo, fin dalle origini, presenta due principali correnti ricollegate alla diversa radice storica: il costituzionalismo di derivazione giacobina, che si richiama alla rivoluzione del 1789 ed è imperniato intorno al principio democratico rousseviano ed il costituzionalismo anglosassone, che si richiama alla rivoluzione nord-americana ed è ispirato ai principi liberali e all'illuminismo di John Locke. Cfr T.E. FROSINI, *Costituzionalismo*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. AINIS, Roma-Bari 2000, pagg. 120-122.

² Cfr. A. DI GIOVINE, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, in G.M. BRAVO (a cura di) *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento* (Atti della X Giornata Luigi Firpo, Torino, 29-30 maggio 2003), Firenze, 2004, pag. 1.

l'azione pubblica all'interno di percorsi predeterminati, secondo il modello del principio di legalità.

Il diritto, in quanto "tecnica del dominio", di per sé razionalizza in termini di efficienza ed efficacia l'uso della forza legittima ma lo lascia eticamente indifferente. La dimensione normativa arricchisce questa tecnica di principi, come la generalità e l'astrattezza, che in qualche misura preconizzano l'uguaglianza. Ma solo la scelta di valore, in cui il costituzionalismo consiste – assumendo a parametro un catalogo di principi³ – permette di discernere all'interno delle norme giuridicamente possibili e parimenti legittime: l'autorità, non più *legibus soluta*, oltre che fonte di regole e precetti indirizzate ai sudditi, ne diviene destinataria.

In questo senso il costituzionalismo è «tecnica della libertà»⁴ perché attraverso la legge fondamentale⁵ cerca di bilanciare e addomesticare il fondamento stesso della sovranità⁶, cioè il monopolio della forza. Per impedire che l'ente sovrano degeneri nel Leviatano dell'antico testamento⁷, all'apparato

³ Interrogarsi sull'origine extragiuridica di questi principi e sulla loro "legittimazione" porta a ragionare sul fondamento dell'etica ed apre un vero e proprio baratro culturale. In ambito giuridico il tema conduce all'antica contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo e cioè se il diritto sia oggetto di conoscenza o di volontà. Da un lato vi è chi crede che questi principi siano in qualche misura "dati" (dalle divinità, dalla natura, dalla ragione) all'uomo, il quale deve limitarsi a riconoscerli nelle proprie leggi: qualcosa da rispettare, senza necessariamente condividere e soprattutto volere. La morale trascendente – criticamente: la *disumanizzazione dell'etica* – ha l'indubbio vantaggio di offrire un piano stabile su cui costruire il patto sociale perché consente ai consociati di unirsi sulla base di valori imparziali, non politici, non discutibili. Altri, invece hanno la consapevolezza che ogni dover-essere è sempre e comunque oggetto di un conato volitivo (*auctoritas, non veritas, facit legem* ricordava Hobbes) e la differenza è solo tra chi se ne assume la responsabilità e chi invece rifiuta questa responsabilità attraverso uno schermo trascendente o comunque sovrumano. Ovviamente, in questo caso, manca il rassicurante piedistallo su cui costruire la co-esistenza e si entra nell'era del «relativismo» che – come avvertiva Hans Kelsen – è «la concezione del mondo che il pensiero democratico presuppone» (cfr. H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, pag. 101, trad. It., *Essenza e valore della democrazia*, Bologna 1984, pag. 141).

⁴ N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO, *Il dizionario di Politica*, Torino, 2004, pagg. 201-202.

⁵ Non a caso si richiama sempre il celeberrimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 («*Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione*») che contiene una definizione tipicamente prescrittiva della costituzione ovvero il concetto "ideale" di costituzione. Non qualunque concreta legge fondamentale merita il *nomen* privilegiato di costituzione ma solo quella che è conforme ad un determinato sistema assiologico. In tal modo però – secondo il neopositivismo – si introduce quella commistione tra scienza del diritto e politica del diritto che priva la prima del necessario rigore ed il diritto della sua purezza.

⁶ Sulle radici assolutistiche della sovranità e del "potere" costituente cfr. di P. P. PORTINARO, *Stato*, Bologna, 1999, pagg. 107-111.

⁷ Secondo il libro di Giobbe Leviathan era il terribile mostro marino che, con Behemoth suo omologo terrestre, fu mostrato da Dio, insieme alle altre opere del creato, per sottomettere Giobbe all'onnipotenza divina. L'allegoria – espressiva di una potenza primordiale e fuori controllo – è stata poi ripresa da Thomas Hobbes nel celebre trattato del 1651: «*Io autorizzo e cedo il mio diritto di governarmi a quest'uomo o a questa assemblea di uomini, a condizione che tu ceda lui il tuo diritto e autorizzi allo stesso modo le sue azioni*. Fatto ciò, la moltitudine così unita in una persona è detta stato, in latino *civitas*. Questa è la generazione del grande Leviatano o piuttosto (per parlare maggiore riverenza) di quel *Dio mortale*, al quale noi dobbiamo, sotto il *Dio immortale*, la nostra pace e la nostra difesa» (T. HOBBS, *Il Leviatano*, 1651, trad. di Tito Magri, Roma, 1976, pag. 111).

della forza e alla sua cieca vitalità, occorre contrapporre un apparato di cultura che, nella dimensione giuridica, diviene “forma” della decisione.

Le costituzioni rigide del secondo dopoguerra condizionano così (la legittimità de) l'intero ordinamento giuridico al rispetto di principi supremi che sono posti in modo assiomatico durante la fase costituente. Attraverso il criterio gerarchico esse sottraggono alla disponibilità dei poteri costituiti uno spettro delle decisioni possibili; e persino il principio democratico – che pure in questa fase storica assume la massima espansione – è recessivo rispetto alla sovraordinazione formale di quel pantheon di principi.

La partita non è però conclusa ma si rinnova incessantemente. Infatti il diritto oggettivo non è definitivamente “asservito” alle ragioni della costituzione mentre l'autorità è sempre tentata di forzare gli argini formali per dare libera espansione all'originaria volontà di potenza⁸, che non è mai doma.

Occorre poi considerare che, mentre i due contendenti appartengono a mondi diversi e sono dotati di “armi” dissimili, la partita non si gioca in campo neutro. E' evidente infatti che, mentre l'organizzazione statale è “fatto tra i fatti” e lo strumento della sua azione è l'*effettività*, il sistema giuridico opera nella diversa dimensione deontologico-normativa e lo strumento della sua azione è la *legittimità*. Ebbene se ciascuno rimanesse nella propria sfera è ovvio che non vi sarebbe scontro ma reciproca indifferenza.

Ma la ragione d'essere delle regole giuridiche è proprio quella di condizionare i comportamenti effettivi: in altre parole la qualificazione in termini di legittimità o illegittimità di un atto non è fine a se stessa ma ha la funzione sociale di favorire certi comportamenti e di osteggiarne altri. Ciò significa che la partita si gioca – sempre e comunque – sul piano dell'effettività perché un ordinamento giuridico privo di una qualche osservanza è, per definizione, inesistente ovvero socialmente irrilevante⁹. Quindi il terreno di scontro è la

⁸ La “volontà di potenza” – nella filosofia di Friedrich Nietzsche – è la volontà che vuole sé stessa, la volontà come perpetua trascendenza dei propri valori: essa non si identifica come desiderio concreto di qualcosa ma come desiderio incessante di rinnovamento e di accrescimento di sé. Il “superuomo” è appunto espressivo di questa inesauribile pulsione vitale verso la creazione di nuovi valori (F. NIETZESCHE, *La volontà di potenza. Saggio di una trasvalutazione di tutti i valori*, 1901). Nel terzo libro de *La volontà di potenza* (Nizza, 1911, trad. di Angelo Treves, 1927, nuova edizione, Milano, 1992) il filosofo declina il concetto di *wille zur macht* in quattro accezioni: la volontà di potenza come conoscenza, la volontà di potenza nella natura, la volontà di potenza come società e come individuo e la volontà di potenza come arte. Fra gli aforismi raccolti nel terzo significato si legge il «*principio fondamentale*» secondo cui «*solo i singoli si sentono responsabili. Le collettività sono state inventate per compiere azioni che l'individuo non ha il coraggio di fare*» (fr. 716) ; in questa prospettiva lo Stato è «*l'immoralità organizzata*» (fr. 717) la cui funzione è così riassunta: «*Voi tutti non avete il coraggio di uccidere un uomo, o anche soltanto di frustarlo, o anche soltanto di ... – ma l'enorme follia dello Stato fa violenza all'individuo, costringendolo a rinunciare alla responsabilità di ciò che compie (obbedienza, giuramento, ecc.). Tutto ciò che un uomo fa al servizio dello Stato ripugna alla sua natura. Così pure, tutto ciò che lo Stato gli insegna in vista di servizi futuri ripugna alla sua natura. Ciò viene ottenuto mediante la divisione del lavoro, così che nessuno ha l'intera responsabilità*» (fr. 718).

⁹ Rinviano altrove per argomentazioni analitiche (parzialmente vedi G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, pagg. 26 e ss,) va detto che il rapporto con l'effettività della singola norma o del sistema complessivo è decisamente diverso. Nel primo caso la mancata osservanza non priva di

realtà sociale in cui, di volta in volta, possono prevalere la forza dell'autorità oppure le ragioni del diritto.

Il senso del costituzionalismo forse è proprio nel ricordare il conflitto perenne tra la natura del diritto e la natura del potere politico, tra la pretesa qualificatoria delle norme (sul potere) e la volontà emancipativa del potere (dalle norme). In qualche misura esso richiama il conflitto ancestrale tra due dimensioni dell'esistenza umana – associata ma anche individuale – che diverse discipline analizzano da profili distanti, cogliendo ciascuna un aspetto del fenomeno complessivo, come nella storia induista dei ciechi e dell'elefante.

Decisione¹⁰ e norma, natura e cultura¹¹, inconscio e superego¹², entropia e ordine¹³, animale sociale e individuo¹⁴, sono binomi dialettici che esprimono la tensione esistenziale tra il mondo che abbiamo trovato e quello che ragione e

vigore la regola giuridica ma sollecita i meccanismi di garanzia della legittimità (sanzione, apparato autoritario, ordine giurisdizionale) affinché il dover-essere prevalga sull'essere illegittimo: un basso tasso di devianza dalle regole è fisiologico in qualunque ordinamento giuridico e non ne inficia il valore perché complessivamente la condotta conforme alle regole rimane socialmente vantaggiosa (o comunque tale appare per la gran parte degli individui). Se il tasso di devianza aumenta fino a superare una soglia critica i sistemi di garanzia non sono più in grado di "retribuire" l'illecito per cui anche i consociati normalmente rispettosi delle regole iniziano a considerare i vantaggi della devianza. Quando il mancato rispetto delle norme è preponderante rispetto ai comportamenti virtuosi non è più possibile considerare in vigore quell'ordinamento e realisticamente ci si trova in una fase transitoria, in cui un nuovo ordinamento è *in fieri*.

¹⁰ Con il termine non si vuole evocare la contrapposizione schmittiana quanto invece – genericamente – l'atto che decide un caso concreto senza parametri predeterminati rispetto a quello che, invece, razionalizza le decisioni future attraverso la posizione di un precetto generale e astratto. Diversamente per Schmitt, in polemica col normativismo, la "decisione" è l'«atto consapevole» che fonda e instaura l'ordine giuridico: «prima di ogni normazione c'è una decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente, cioè in una democrazia del popolo, nella monarchia è pura del monarca» (C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, pagg. 69 e 41). In questa accezione la decisione è un atto politico ma pre-giuridico in quanto giuridicamente fondante mentre nel testo il termine è utilizzato *tout court* come atto extra-giuridico, e quindi anche anti-giuridico.

¹¹ In antropologia il binomio indica concetti in rapporto dialettico ma non necessariamente contrapposti perché passibili di integrazione reciproca. La "natura" indica quei comportamenti che non sono soggetti ad apprendimento ma si manifestano in modo istintivo in quanto espressione (fenotipo) del patrimonio genetico umano (genotipo). La "cultura" invece è tutto ciò viene trasmesso, da individuo ad individuo, in ambito sociale attraverso la comunicazione e il linguaggio. Sul punto vedi, ad esempio, L. STRAUSS, *Mythologiques I. Le cru et le cuit*, (1964) trad. it di A. Bonomi, *Mitologica I. Il crudo e il cotto*, 1966. Fondamentale sul tema è anche R. DAWKINS, *The Selfish Gene* (1976), trad. it di G. Corte e A. Serra, *Il gene egoista*, Milano, 1992, che estende – con rilevanti adattamenti – il sistema concettuale del neo-darwinismo, relativo alla trasmissione genetica, alla trasmissione dei c.d. "memi" ovvero alle entità di informazioni replicabili: «Esempi di memi sono melodie, idee, frasi, mode, modi di modellare vasi o costruire archi. Proprio come i geni si propagano nel pool genico saltando di corpo in corpo tramite spermatozoi o cellule uovo, così i memi si propagano nel pool memico saltando di cervello in cervello tramite un processo che, in senso lato, si può chiamare imitazione» (pag. 201).

¹² Com'è noto, secondo la teoria freudiana, tre sono le istanze intrapsichiche che compongono il modello strutturale della personalità. L'*Ich* (Ego) è la parte cosciente, lo *Über-Ich* (Superego) è il luogo in cui sono interiorizzati i codici di comportamento ed i giudizi di valore mentre l'*Es* (Inconscio) è la sfera delle pulsioni, della ricerca di piacere, dei contenuti psichici eliminati dalla coscienza nel processo di rimozione: quest'ultima «è la vera realtà psichica; nella sua intima essenza ci è sconosciuto quanto la realtà del mondo esterno, e la coscienza ce lo presenta in modo così incompleto come i nostri organi sensori ci comunicano il mondo esterno» (S. FREUD, *L'Interpretazione dei sogni*, 1899, trad. it., Vicenza, 1994, pag. 451).

volontà ci fanno ambire, tra la realtà che i nostri sensi percepiscono e l'idea che su di essa elaboriamo, tra l'accettazione del mondo esterno e la ribellione interiore ai suoi orrori.

Ecco la sfera giuridica è il luogo privilegiato in cui si postula la prevalenza – in sé innaturale – di ciò che deve essere su ciò che invece è, del progetto sull'opera, dell'utopia sulla cosa, dell'ipotesi sulla materia. Il diritto in senso oggettivo ha appunto la pretesa di sovrapporre alla società reale una società ideale, non solo descritta, ma anche *prescritta*. Questa qualità è la coattività. Ma c'è di più.

L'atto normativo si dispiega nella dimensione cronologica, impegnando il presente come unico campo di azione per realizzare, nel futuro, un progetto¹⁵. La dimensione normativa e il livello super-primario arricchiscono così il *sollen* di

¹³ Il concetto di entropia (dal greco *εν*, «dentro», e *τροπή*, «cambiamento») elaborato da [Rudolf Clausius](#) nasce nella termodinamica e indica una "funzione di stato" cioè una delle variabili che descrivono l'equilibrio di un sistema. Quando un sistema passa da uno stato *ordinato* ad uno *disordinato* la sua entropia aumenta. In fisica l'entropia è una grandezza che esprime il caos di un sistema fisico. In un sistema isolato l'entropia è una funzione *non decrescente* nel tempo: ciò significa che, in mancanza di interventi esterni, essa può solo aumentare o, al più, restare invariata (Cfr. B. ARIEH, *L'entropia svelata. La seconda legge della termodinamica ridotta a puro buon senso*, trad. it., Pisa, 2009 pagg. 12 e ss.). Il concetto di entropia è stato esteso nella metà del novecento alla teoria dell'informazione (C. SHANNON, *A Mathematical Theory of Communication*, in *A Mathematical Theory of Communication*, 1948) indicando la quantità di informazione o incertezza presente in una comunicazione o in un segnale e, successivamente, anche all'economia (N. GEORGESCU-ROEGEN, *The Entropy Law and the Economic Process*, Cambridge, 1971) perché l'utilizzazione di energia e la produzione di merci hanno l'effetto di diminuire nel futuro la disponibilità di energia e quindi la possibilità di produrre: infatti energia e prodotti, una volta utilizzati e dispersi nell'ambiente, possono essere reimpiegati nel ciclo economico solo a costi (economici e ambientali) maggiori. Ciò significa che energia e materia, entrando nel processo economico, aumentano il proprio grado di entropia.

¹⁴ La definizione secondo cui «*l'uomo è per natura un animale sociale*» (o «*politico*») a seconda della traduzione) risale alla *Politica* (I, 2) di Aristotele, il quale aggiunge che «*Per viver solo, dunque, l'uomo deve essere una bestia o un dio*» (*Politica*, I, 2). Sulla predisposizione umana ad aggregarsi in corpi sociali il filosofo macedone osserva che «*Dalla nascita alcuni recano il marchio della sommissione, altri del comando*» (*Politica*, I, 6) per cui «*La scienza politica non può fare gli uomini, ma deve prenderli come li fa natura*» (*Politica*, I, 10).

¹⁵ La dimensione temporale presuppone un cambiamento perché senza cambiamento non sarebbe possibile apprezzare la successione di eventi in cui il tempo consiste o – meglio – può essere percepito. Un secolo prima dell'elaborazione dello "spazio quadridimensionale" (Albert Einstein pubblica la teoria della relatività ristretta nel 1905 e quella della relatività generale nel 1916) Arthur Schopenhauer intuiva che «*spazio e tempo sono fatti in modo che tutte le loro parti stanno tra loro in un rapporto per cui ciascuna di esse è determinata e condizionata da un'altra. Nello spazio questo rapporto si chiama posizione. Nel tempo successione*». In realtà però il filosofo tedesco, in armonia con la fisica classica pre-relativistica secondo cui sono concetti assoluti, riteneva che «*ciò che crea questa fusione è l'intelletto*», per cui sul piano dell'essere spazio e tempo sono distinti e la loro fusione avviene solo nell'essere rappresentato. In ogni caso rimane importante il tentativo di Schopenhauer di scindere quelle che considera le due «*rappresentazioni della realtà empirica*»: nel «*mero tempo*» tutto si succede mentre nel «*mero spazio*» tutto coesiste. In particolare «*se il tempo fosse l'unica forma (...) non ci sarebbe alcuna simultaneità e perciò niente di persistente e nessuna durata. Giacché il tempo viene percepito solo mediante il cambiamento di ciò che lo riempie. Il persistere di un oggetto viene perciò conosciuto soltanto grazie al contrasto con il mutare di altri oggetti che esistono contemporaneamente ad esso*». (A. SCHOPENHAUER, *Über die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde*, 1813-1847, trad. a cura di Sossio Giametta, *Sulla quadruplici radice del principio di ragione sufficiente*, Milano, 1995, pagg. 190 e 69 e ss.).

una qualità nuova che è la “persistenza”: la sequenza caotica di decisioni – episodiche e irrelate – diviene sistematica attuazione di un’unica regola, generale e astratta. In questo modo il diritto può garantire *nel tempo* la difesa dell’individuo e delle minoranze dagli arbitri del sovrano.

Come si è ricordato, però, la pretesa giuridica di regolare e mitigare l’esercizio del potere legittimo incontra la pervicace resistenza dei protagonisti della decisione politica, i quali incessantemente cercano di liberarsi dal sistema di limiti e controlli che l’ordinamento ha predisposto, interpretando, eludendo e, se necessario, violando le sue regole.

All’interno di questo conflitto la vicenda normativa e attuativa che riguarda il potere necessitato di ordinanza manifesta caratteristiche esemplari che consentono di mettere a nudo il conflitto latente fra regole e autorità, di cogliere il divario tra la funzione sistematica degli atti straordinari e quella “politica”, e, infine, sull’attuale involuzione della forma di governo parlamentare.

Il percorso che seguiremo parte dalla rappresentazione del fenomeno giuridico nella sua componente normativa (*in primis* la legge istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile e le successive novelle), in quella attuativa (l’analisi statistica del ricorso al potere d’ordinanza) e in quella giurisprudenziale. Successivamente sarà possibile proporre alcune considerazioni critiche sull’uso che della “necessità” fanno i titolari del potere esecutivo, sugli effetti che ciò determina nell’organizzazione e nell’esercizio della sovranità, infine sui possibili rimedi per ricondurre l’agire straordinario nei sentieri legittimi.

2.1. Le disposizioni minori sul potere di ordinanza

Al di sotto delle norme attributive di poteri straordinari contenute nella Costituzione (artt. 77, 78 e 126), il diritto vigente prevede un ulteriore stato d’eccezione che assegna ad alcuni organi amministrativi il potere di adottare ordinanze *in deroga al diritto vigente* per fronteggiare situazioni d’emergenza. Si tratta di disposizioni di livello legislativo¹⁶ che disciplinano in modo eterogeneo ed sporadico un potere – nel complesso – dai contorni piuttosto indefiniti in tema di presupposti legittimanti, soggetti titolari, natura e contenuto della

¹⁶ L’unica eccezione è rappresentata – in ambito regionale – dall’art. 88 (posto all’interno del titolo VII dedicato ai «*Rapporti fra Stato, Regione e Province*») dello Statuto del Trentino Alto Adige secondo cui «Il Commissario del governo provvede al mantenimento dell’ordine pubblico, del quale risponde verso il Ministro per l’interno. A tale fine egli può avvalersi degli organi e delle forze di polizia dello Stato, richiedere l’impiego delle altre forze armate ai termini delle vigenti leggi e adottare i provvedimenti previsti nell’art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza. Restano ferme le attribuzioni devolute dalle leggi vigenti al Ministero dell’interno». La disposizione è particolarmente interessante perché, costituisce l’unica norma di livello super-primario attributiva di un potere di ordinanza (seppure attraverso la tecnica del rinvio espresso ad una disciplina legislativa): la collocazione gerarchica della regola può diradare alcuni dubbi sull’ammissibilità costituzionale del potere ma essa sarebbe comunque sindacabile dal giudice delle leggi per violazione dei «*principi supremi*» (Corte cost. sent. n. 1046 del 1988).

competenza¹⁷.

L'ordinanza - in generale - richiama sia atti del potere giurisdizionale¹⁸, sia atti del potere esecutivo, i quali ultimi possono avere un contenuto particolare e concreto (al pari di provvedimenti e ordini) ma anche generale e astratto (al pari dei regolamenti), possono essere atti normativi subordinati ma anche primari¹⁹, possono rientrare nelle competenze di autorità civili o militari, possono avere natura ordinaria oppure straordinaria. Certamente il tipo incrina la tripartizione classica²⁰ secondo cui - in parallelo con la divisione delle funzioni - gli atti imperativi, diversi dalla legge del Parlamento e dalla sentenza del giudice, sono i "decreti" intesi come atti formalmente emanati dal Presidente della Repubblica ed il cui contenuto può essere deliberato dal Governo.

Senza tentare una impervia classificazione dei vari tipi e sottotipi di ordinanza, per il tema che ci interessa, basta richiamare la divisione fondamentale tra le ordinanze ordinarie e le "ordinanze di necessità", che possiamo definire come gli atti straordinari che l'autorità amministrativa adotta, in deroga alle norme vigenti, per fronteggiare un fatto emergenziale²¹.

¹⁷ Parla di natura «polimorfa» del potere di ordinanza, F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano 1979, pagg. 54 nonché 62 e ss. (nonché e F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano 1980, pag. 971-972), segnalando che sia la circostanza che uno stesso organo può essere beneficiario di diversi tipi di competenza, sia che esistono diverse forme del potere di ordinanza, sia che - può aggiungersi - a volte sono previsti poteri di ordinanza primari in capo ad alcuni organi (ad esempio il Sindaco) e sussidiari in capo ad altri (ad esempio il Prefetto).

¹⁸ Anche in ambito giurisdizionale è assai difficile proporre una definizione scientificamente accettabile del tipo "ordinanza" dal momento che essa è prevista nel rito civile, penale e amministrativo per risolvere varie questioni, processuali, cautelari o di merito e può essere pronunciata in udienza oppure fuori udienza. Più concretamente è possibile distinguerla da altre categorie di provvedimenti giudiziali perché, mentre - in generale - la *sentenza* è definitiva e impugnabile, l'ordinanza è revocabile dallo stesso giudice che l'ha emanata e non è impugnabile autonomamente ma solo insieme alla sentenza; ed ancora, mentre il *decreto* viene emesso *inaudita altera parte* e non è motivato, l'ordinanza presuppone il contraddittorio e include una motivazione per quanto succinta. Sembra quindi che si tratti di una categoria residuale in cui rientrano atti non diversamente tipizzati e quindi piuttosto spuria.

¹⁹ Cfr. F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma 1990, pag. 1

²⁰ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. Dig.*, XII, 1965, pagg. 90 e ss., secondo cui il termine "ordinanza", in diritto amministrativo e costituzionale, mantiene tuttora quel carattere generico ed imprecisato che aveva in passato. Per analisi risalenti, vedi CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo, Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Trattato ORLANDO*, III, Milano 1901; CODACCI PESANELLI, *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello 1900, pag. 7; GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, pagg. 288 e ss.; ORIGONE, *Ordinanza (diritto costituzionale)*, in *Nuovo Dig. It.*, IX, Torino 1939, pag. 296; SCHMITT, *Die Diktatur*, cit., pagg. 3 e ss.; TRIFONE, *Ordinanze*, in *Dig. It.*, XVII, 1904, pag. 289.

²¹ Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pag. 423. In modo diverso, G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., pag. 91, - adottando l'ordine concettuale tradizionale (cfr. anche ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1954, pag. 252) - definisce le ordinanze come «quegli atti generali o singolari non predeterminati quanto al contenuto, emanati in casi di urgente necessità da autorità amministrative diverse dal Governo». Allo stesso modo F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, cit., pag. 1, restringe la categoria agli atti «a contenuto non previamente determinato». Da una prospettiva ancora dissimile, F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, cit., pag. 975, secondo cui il potere di ordinanza può configurarsi «tutte le volte in cui la previsione normativa ipotizza delle potestà, attribuite normalmente ad un numero limitato di autorità amministrative,

All'interno delle ordinanze di necessità possiamo individuare ulteriori sottotipi sulla base di tre criteri di classificazione: il livello delle disposizioni passibili di sospensione o deroga provvisoria, i presupposti legittimanti che la norma attributiva della competenza stabilisce per l'adozione delle ordinanze e il grado di predeterminazione del contenuto da parte della stessa norma attributiva. Sulla base del primo criterio abbiamo i provvedimenti che rispettano il criterio gerarchico di preferenza della legge (ordinanze *amministrative* in senso stretto) oppure quelli che provvedono «in deroga ad ogni disposizione vigente» (ordinanze *in deroga alla legge*). In base al secondo abbiamo le ordinanze *generali*, capaci di contrastare fatti emergenziali innominati e le ordinanze *speciali*, che sono previste per emergenze tipiche; infine distinguiamo il caso in cui il contenuto è determinato in concreto dal soggetto titolare del potere straordinario (a *contenuto libero*) dal caso nel quale la legge predetermina, più o meno nel dettaglio, le misure emergenziali (a *contenuto vincolato*).

Guardando al diritto positivo occorre subito chiarire due circostanze. In primo luogo esistono una dozzina di disposizioni²² che attribuiscono ad organi amministrativi il potere eccezionale, in gran parte entrate in vigore in due fasi storiche: prima del 1948 oppure attraverso una serie di atti normativi che inizia con la legge n. 225 del 1992 istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile. In secondo luogo, la prassi attuativa mostra un'utilizzazione piuttosto rara e/o delimitata delle norme attributive del potere di ordinanza, ivi compresa la legge n. 225 del 1992, ma nel corso dell'ultimo decennio il sistema delle fonti italiane registra un rapido e massiccio incremento delle ordinanze di protezione civile. Per queste ragioni si dedicherà un maggiore spazio espositivo e critico al potere di ordinanza che, in concreto, incide più significativamente sull'assetto normativo e istituzionale del nostro ordinamento.

Passando ad esaminare le fattispecie normative – sulla base della classificazione appena proposta – prenderemo in considerazione tre aspetti qualificanti: la natura straordinaria della competenza (consistente nella idoneità a derogare il diritto vigente, spesso anche di livello primario), la portata generale o speciale dell'istituto (fondata sull'ampiezza dei presupposti legittimanti) ed il carattere libero o vincolato del potere (sulla base della discrezionalità di contenuti degli atti in cui esso può esplicarsi ovvero sulla

che permettono di provvedere, in occasione di determinati eventi già preventivamente indicati ed individuati in termini fenomenici». Vedi anche CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano 1990, pagg. 25 e ss. e GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano 1953, pagg. 41 e ss.

²² Si omettono dalla rassegna le previsioni minori, quelle non più vigenti e le disposizioni su cui permangono incertezze interpretative in ordine alla natura di norme attributive del potere necessitato di ordinanza. In proposito, per una più ampia e ragionata rassegna, vedi CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità, cit.*, pagg. 8 e ss. e BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità, cit., spec.* pagg. 99 e ss.

natura atipica o tipica²³). In aggiunta, per ciascuna fattispecie, sarà utile – ove disponibili dati statisticamente affidabili – richiamare il “diritto vivente” e cioè l’assetto che la competenza assume nell’applicazione effettiva, al di là del disegno normativo.

2.2. Le ordinanze del Prefetto (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza)

Il capostipite²⁴ vigente della norme attributive del potere necessitato d’ordinanza sembra essere l’art. 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18 giugno 1931, n. 773), secondo cui «Il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza pubblica»²⁵.

La capacità derogatoria del potere non è affermata espressamente ma è agevolmente desumibile dalla connotazione straordinaria dell’attribuzione di competenza e soprattutto dal riferimento alle misure indispensabili: del resto la prassi applicativa è andata in questo senso, affermando la derogabilità non solo delle norme secondarie ma anche di quelle superiori²⁶.

²³ Per il concetto di tipicità delle ordinanze di necessità in relazione al grado di predeterminazione contenuto nella legge vedi E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, pag. 508. L’Autore aggiunge che, anche le ordinanze atipiche (ovvero “libere” nella denominazione adottata in questo lavoro) sono comunque provvedimenti “nominati” in quanto previsti in specifiche norme di legge. In realtà quest’ultima qualità non pare particolarmente utile nella classificazione della competenza atteso che le ordinanze “innominate”, e cioè emesse in mancanza di una norma attributiva del potere, sarebbero palesemente illegittime, se non addirittura inesistenti.

²⁴ La dottrina ha individuato come fattispecie più risalente l’art. 7 della legge n. 2248 del 1865, allegato E, secondo cui «Allorché per grave necessità pubblica l’Autorità amministrativa debba senza indugio disporre della proprietà privata, od in pendenza di un giudizio, per la stessa ragione, procedere all’esecuzione dell’atto delle cui conseguenze giuridiche si disputa, essa provvederà con decreto motivato, sempre però senza pregiudizio dei diritti delle parti». La disposizione però, oltre ad essere di dubbia vigenza (interviene in materia rientrante nell’art. 42 della Costituzione), non presuppone il verificarsi di una situazione d’emergenza: del resto la giurisprudenza della Corte di cassazione seppure incidentalmente (sent. n. 38259 del 16.10.2007, sez. VI penale) ha ritenuto che essa «non attribuisce competenze specifiche» e che «La situazione in cui versano soggetti nei cui confronti è in corso un provvedimento di sfratto non ha carattere né di eccezionalità né di imprevedibilità (...), ricorrendo abitualmente in ogni agglomerato urbano ad alta densità abitativa» (sul punto vedi G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e urgenza nell’attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, , Napoli 2008, pagg. 1966 e ss.).

Per quanto riguarda le disposizioni relative ai “bandi militari” ovvero l’art. 17 della legge di guerra (r.d. n. 1415 del 1938) e art. 17 del Codice penale militare di guerra (R.d. n. 303 del 1941), da un lato, se ne deve ritenere l’implicita abrogazione con l’entrata in vigore della Costituzione (cfr. G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit., pagg. 307 e ss.) e, dall’altro, sono state recentemente abrogate dalla legge n. 6 del 2002.

²⁵ Nella sentenza “additiva” n. 26 emessa dalla Corte costituzionale il 23 maggio 1961 il giudice delle leggi ha dichiarato l’illegittimità della disposizione nella parte in cui attribuiva ai Prefetti il potere di emettere ordinanze «senza il rispetto dei principi dell’ordinamento giuridico». Alla luce della decisione, quindi, la disposizione deve ritenersi integrata con il limite dei principi dell’ordinamento giuridico.

²⁶ Oltre alla giurisprudenza costituzionale che ha sindacato la disposizione, si veda la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, del 16 giugno 1958, n. 2068 (in *Foro It.*, 1958, pagg. 1092 e ss.) – giunta dopo la decisione n. 8 del 1956 della Corte Costituzionale. Il giudice civile, ritenendo legittimo il

La formulazione non individua alcun presupposto specifico per l'attivazione del potere e consente al Prefetto di ricorrere al potere di ordinanza non appena reputi necessario ed urgente l'intervento derogatorio: come si è avuto modo di dire, il titolare non potrà ricorrervi solo in quei casi che egli stesso non ritenga meritevoli di un intervento eccezionale. Deve quindi ritenersi che, sul piano normativo, si configuri come una competenza generale capace di fronteggiare sia i fatti emergenziali naturali (catastrofi), sia connessi con l'attività dell'uomo (disastri ambientali), sia le emergenze pubbliche (criminali, economiche, sociali). Questa generalità dei presupposti legittimanti pone – perlomeno sul piano normativo – l'art. 2 del T.U.L.P.S. in diretta concorrenza con il potere di decretazione ex art. 77 Cost., con cui condivide anche il modello dell'autoattivazione²⁷, visto che rimette allo stesso Prefetto il giudizio, ampiamente discrezionale, sull'instaurazione dello stato d'eccezione.

Quanto al contenuto del potere, esso è tipicamente libero²⁸ e l'art. 2 si rivela una norma meramente attributiva del potere visto che, né il riferimento al concetto di "indispensabilità", né la generica indicazione teleologica sono seriamente capaci di vincolare l'esercizio e della competenza.

Va però segnalato che, nonostante l'ampiezza del modello normativo, nella prassi se ne registra, soprattutto negli ultimi due decenni, una sporadica e delimitata applicazione perlopiù in tema di svolgimento degli incontri di calcio (sulla base alle indicazioni dell'Osservatorio nazionale sulle manifestazioni sportive²⁹) e di divieto di vendita e detenzione degli alcolici.

A titolo puramente indicativo si considerino i dati (privi di valore statistico) diffusi dalle Prefetture di Roma, Milano e Firenze dall'anno 2006 all'aprile 2010.

ricorso ai poteri prefettizi ex art. 2 del T.U.L.P.S., affermò la prevalenza della «tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza» su ogni disposizione vigente: in tal modo con un'interpretazione abnorme si sarebbe verificata «la degradazione del diritto alla libertà di stampa ad interesse legittimo». Sul punto vedi M. MAZZIOTTI, *Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1960, pagg. 1100 e ss. nonché F. BILANCIA, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. Cost.*, 1992, pagg. 3609 e ss.

²⁷ Per "autoattivazione" si intende quella modalità instaurativa nella quale il giudizio sul verificarsi del presupposto legittimante e la dichiarazione (espressa o tacita) dello stato d'emergenza sono attribuiti allo stesso organo che è titolare della competenza straordinaria che verrà attivata. Possiamo poi distinguere tra il caso in cui tale giudizio è successivamente sottoposto ad un controllo (autoattivazione controllata) e il caso in cui il giudizio non è sottoposto ad alcun controllo (autoattivazione libera). Invece nella "etero attivazione" il giudizio sul verificarsi del presupposto legittimante e la dichiarazione (espressa) dello stato d'emergenza sono attribuiti ad un organo diverso da quello che beneficerà della competenza straordinaria.

²⁸ In questo senso, vedi GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, in *Amm. It.*, 1954, pag. 359; M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, pag. 388; M. S. GIANNINI, *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giur. It.*, 1950, pag. 65; LONGO, *Ordinanza prefettizia di necessità e art. 650 cod. pen.*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1953, pag. 133; P. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984, pagg. 19 e ss. Contra vedi il già citato BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, cit., pagg. 54 e ss. nonché BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, cit., pag. 971 e ss.

²⁹ L'organismo, cui vengono affidati compiti di coordinamento centrale delle iniziative da attuare in occasione di incontri ritenuti particolarmente a rischio, istituito nel 1999 da un accordo tra il Ministero dell'Interno e il Ministero per le attività culturali, è stato disciplinato dalla legge n. 210 del 17 ottobre 2005.

Nella capitale il Prefetto ha di recente emesso vari provvedimenti in base all'art. 2 del T.U.L.P.S. in vista di eventi sportivi³⁰: in base alla determinazione del Comitato di analisi per la sicurezza delle manifestazioni sportive si è stabilito il divieto di vendita dei biglietti ai cittadini della Lombardia, l'incapacità del titolo di ingresso, le modalità di accesso alle tribune e l'anticipazione dell'orario dell'incontro di calcio. Il Prefetto di Milano ha adottato analoghe ordinanze di necessità per consentire l'accesso all'impianto sportivo solo agli abbonati e limitare le modalità di vendita e cessione dei biglietti³¹.

Il Prefetto di Firenze risulta aver fatto un uso più ricorrente e variegato del potere ex art. 2 del T.U.L.P.S. visto che nel periodo si registrano oltre venti provvedimenti di cui: 3 ordinanze per limitare le modalità di vendita e cessione dei biglietti ovvero l'accesso alle tribune in occasione di partite di calcio³², 8 ordinanze per vietare la vendita e/o la detenzione di bevande alcoliche in occasione di eventi sportivi³³, 2 ordinanze per analoghi divieti in occasione di concerti musicali³⁴ e l'ordinanza del 7.6.2007, la quale, «visto l'approssimarsi della stagione estiva e l'esigenza di attuare idonee misure di prevenzione degli incendi lungo le linee ferroviarie» impone ai proprietari e affittuari dei «terreni adiacenti le linee ferroviarie» l'obbligo «di costruire una rostra o cella di isolamento di idonea larghezza, lungo il confine ferroviario, arata e scevra da materiali» ovvero «una striscia di terreno di idonea larghezza, lungo il confine ferroviario, scevra da cespugli, erbe secche ed ogni altra materia combustibile».

Si registrano infine 6 ordinanze del Prefetto di Firenze il quale, al fine di prevenire «episodi di risse e manifestazioni di violenza connesse all'abuso di alcolici» stabilisce in determinati luoghi il divieto di vendere ma anche detenere «confezioni di bevande alcoliche che per la quantità posseduta risultino non esclusivamente destinabili al normale uso personale»: in caso di inosservanza si prevede il sequestro delle sostanze e la denuncia «ai sensi dell'art. 650 c.p. nei confronti dei contravventori»³⁵.

Questa fisionomia piuttosto settoriale e solo marginalmente derogatoria del diritto ordinario, però, non preclude un uso ben più ampio in futuro, sulla base della preoccupante potenzialità ermeneutica di espressioni quali «ordine pubblico» e «sicurezza pubblica»,.

Il successivo art. 216 del T.U.L.P.S. prevede che «Oltre quanto è disposto dall'art. 2, qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda all'intero territorio della Repubblica, il Ministro dell'interno può emanare ordinanze anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza

³⁰ Vedi, ad esempio, le ordinanze del 6.4.2010, 12.4.2010 e 13.4.2010.

³¹ Cfr. l'ordinanza del 9.4.2010

³² Ordinanze del. 14.1.2009, 21.10.2009 e 28.1.2010.

³³ Ordinanze del. 7.11.2007, 21.4.2008, 11.6.2008, 24.9.2008, 23.10.2009, 16.2.2009, 18.9.2009 e 5.3.2010.

³⁴ Ordinanze del. 25.8.2008 e 3.7.2008.

³⁵ Ordinanze del 7.3.2008, 20.5.2008, 3.6.2008, 29.8.2008, 23.3.2009 e 10.6.2009.

all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica».

La disposizione, integrativa di quella appena esaminata, prevede espressamente il potere di derogare alla legislazione vigente e individua la titolarità del Ministro dell'interno previa dichiarazione di pericolo pubblico: per il resto ha le medesime caratteristiche di quella prefettizia (competenza generale a contenuto libero). La circostanza che non si registrino attivazioni della competenza straordinaria successive all'entrata in vigore della Costituzione, comunque, dovrebbe far concludere per la sua tacita abrogazione³⁶.

2.3. Le ordinanze del Sindaco (Testo unico degli enti locali)

Il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (D.Lgs. n. 267 del 18.8.2000) contiene tre norme attributive del potere necessitato d'ordinanza al Sindaco, sia in qualità di capo dell'amministrazione comunale, sia quale ufficiale di governo.

Innanzitutto l'art. 50, 5° comma del T.U.E.L.³⁷ prevede che «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal Sindaco, *quale rappresentante della comunità locale*»³⁸. In base al comma successivo «in caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni Sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti».

Il richiamo all'endiadi tradizionale di "contingibilità e urgenza" richiama la natura straordinaria del potere e quindi la sua idoneità a derogare il diritto vigente in occasione di emergenze locali di tipo sanitario, come le epidemie, oppure attinenti all'igiene urbana.

Mentre il presupposto per il legittimo esercizio della competenza straordinaria pare sufficientemente definito dalla legge (natura speciale), manca qualunque riferimento al tipo di interventi ammissibili: del resto, visto il tipo di emergenza fronteggiabile, in termini di idoneità a eliminare o ridurre il pericolo di contagio, sarebbero ipotizzabili limitazioni a varie libertà costituzionali (come

³⁶ In tale senso, seppure con qualche differenza, si veda P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, pag. 106; F. CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1961, pag. 158; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962 pag. 886; C. LAVAGNA, *Note sulla abrogazione di bandi militari*, in *Giur. Compl. cass. civ.*, 1949, II, pag. 167.

³⁷ In precedenza l'art. 36 della legge n. 142 del 1990, n. 142 non prevedeva alcun potere sindacale d'ordinanza per ragioni di sanità e di igiene, che invece il Testo unico delle leggi comunali e provinciali (R.D. 3 marzo 1934, n. 383) attribuiva al Prefetto nell'ambito di un ampio potere: l'art. 19, 3° comma, stabiliva che tale organo «vigila sull'andamento di tutte le pubbliche amministrazioni e adotta, in caso di urgente necessità, i provvedimenti indispensabili nel pubblico interesse nei diversi rami di servizio». A sua volta l'art. 20 stabiliva che «il Prefetto può emettere ordinanze di carattere contingibile ed urgente in materia di edilizia, polizia locale ed igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica interessanti l'intera Provincia o più Comuni della medesima». Sia la legge n. 142/90, che il regio decreto del 1934 sono stati abrogati dal T.U.E.L.

³⁸ Prosegue il comma affermando che «Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza (...) spetta allo Stato o alle Regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali».

la libertà personale, di circolazione, di soggiorno, di domicilio, di riunione, di iniziativa economica). Per tale ragione deve parlarsi di ordinanze speciali ma a contenuto libero.

Guardando all'attuazione non sono disponibili dati statistici ma solo esempi disomogenei – spesso in occasione di impugnazioni avanti al giudice amministrativo – che sembrano indicare un uso sporadico di questo potere in situazioni variegata ma soprattutto in materia ambientale e di rifiuti³⁹, di contenimento della diffusione di alcune specie animali⁴⁰ e di modalità di

³⁹ Cfr. l'ordinanza n. 30 del 7 giugno 2007 del Sindaco di Lavagno che ha ordinato ad una ditta la messa in sicurezza di emergenza di un sito inquinato e l'esecuzione delle opere necessarie ad evitare pericoli per la salute pubblica.

Cfr. l'ordinanza del Sindaco di Mozzate n. 28 del 6 giugno 2006 che ordinava al proprietario di un terreno di rimuovere un materiale considerato "rifiuto speciale pericoloso" e procedere allo smaltimento. L'ordinanza è stata annullata dal T.A.R. della Lombardia, Sez. IV, con decisione n. 4598 del 2.9.2009 perché «è illegittimo l'esercizio congiunto dei poteri di cui all'art. 50 del d.lgs. 267/2000 e di quelli di cui all'art. 192 del d.lgs. 152/2006, considerato che si tratta di poteri distinti che hanno presupposti diversi» nonché «Il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti, spettante al sindaco (...) è correlato all'urgente necessità di dare risposta immediata a situazioni assolutamente eccezionali e non prevedibili e deve specificamente fondarsi, non già su generiche esigenze di sicurezza o di igiene o di tutela della salute pubblica, ma sull'esistenza concreta di "gravi pericoli" incombenti, di dimensioni tali da costituire una concreta ed effettiva minaccia per l'incolumità dei cittadini; le ordinanze contingibili ed urgenti si atteggiavano, pertanto, come rimedi *extra ordinem*, da utilizzare quando non si possa ricorrere ai rimedi ordinari».

Vedi inoltre l'ordinanza del Sindaco di Zero Branco n. 26 del 12.6.2007, con la quale si ordina la rimozione, lo smaltimento ed il recupero di rifiuti speciali provenienti da demolizioni edili (annullata dalla sentenza n. 2454 del 29.9.2009 del T.A.R. per il Veneto) e l'ordinanza del Sindaco di Vercelli n. 30 del 29.1.2003 relativa ad interventi di bonifica e ripristino ambientale.

⁴⁰ Cfr. l'ordinanza del 21.4.2009 il Sindaco di Polesine Parmense, al fine di contenere il numero delle nutrie presenti sul territorio comunale, ne ha consentito l'abbattimento. L'atto è stato però annullato dal T.A.R. per l'Emilia – Romagna, Sezione Staccata di Parma, con decisione del 15.12.2009 ritenendo che «non sussistono i presupposti richiesti dal citato art. 50 del D. Lgs. n. 267 del 2000, per l'adozione, dal parte del Sindaco, di ordinanza "extra ordinem"» in quanto «l'amministrazione precedente non ha in alcun modo comprovato la sussistenza di un'emergenza, sotto i profili sanitario e della sicurezza pubblica, derivante dalla proliferazione delle nutrie» e, in secondo luogo «risulta vigente una specifica normativa, di rango regionale, diretta a disciplinare, in via ordinaria, la procedura da attuare in materia di controllo ed eventuale contenimento della popolazione delle nutrie».

L'ordinanza n. 27950 del 2.9.2009 del Sindaco di Osimo con cui è stata disposta «La cattura dei colombi di "città" presenti sul territorio comunale applicando ogni mezzo ritenuto idoneo, autorizzando all'uopo tutti i soggetti che possono vedere i propri terreni o comunque proprietà, compromessi dalla presenza dei suddetti volatili (art. 638 comma 3 del C.P.)» e autorizzando all'abbattimento anche «i cacciatori che esercitano l'attività venatoria residenti nel Comune».

Nonché l'ordinanza del Sindaco di Marradi n. 10 del 31 gennaio 2008 avente ad oggetto l'abbattimento di piccioni terraioli e tortore (annullata dalla sentenza n. 2584 del 2.12.2009 del T.A.R. della Toscana, Sez. II).

svolgimento delle attività produttive⁴¹ ma anche per lo sgombero dei nomadi⁴².

Un secondo tipo di ordinanze – il più rilevante – è previsto nell'art. 54 del T.U.E.L. ⁴³ che, nello stabilire le attribuzioni del Sindaco nelle funzioni di competenza statale⁴⁴, al quarto comma prevede che «Il Sindaco, *quale ufficiale del Governo*, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma sono preventivamente comunicati al Prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione».

Nessun dubbio sulla capacità di derogare il diritto vigente implicitamente ma univocamente affermata attraverso l'individuazione del limite a tale capacità antinomica (il rispetto dei "principi generali dell'ordinamento") in armonia con la nota giurisprudenza costituzionale in materia, a partire dalla sentenza n. 8 del 1956.

Il potere conferito – sul piano legislativo – appare assai ampio, sia nei presupposti legittimanti, sia nelle modalità di esercizio della competenza. Infatti va osservato che il riferimento ai «gravi pericoli» incide solo sul *quantum del periculum* mentre la finalità di tutelare la «incolumità pubblica» e la «sicurezza urbana» – per quanto meno indeterminata dell'espressione utilizzata nell'art. 2

⁴¹ Cfr. l'ordinanza n. 185 del 29.12.2008 il Sindaco di Viterbo ha stabilito una nuova disciplina degli orari di apertura e chiusura degli esercizi commerciali, e in generale delle attività produttive, del territorio comunale. Il T.A.R. del Lazio ha annullato l'atti ritenendo che le motivazioni addotte a sostegno del provvedimento «sono incongruenti ed insufficienti a rendere legittimo l'uso dell'ordinanza contingibile ed urgente» (sentenza nel proc. n. 2043 del 2009 della Sezione Seconda Ter).

Nonché l'ordinanza del Sindaco di Triggiano n. 132 del 25 luglio 2006 che ordinava la sospensione dell'attività di molitura delle pietre e degli altri materiali inerti.

Va precisato che questo tipo di ordinanze spesso richiama sia il 5° che il 7° comma dell'art. 50 T.U.E.L. il quale ultimo prevede un potere ordinario del Sindaco che «coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla Regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti».

⁴² Cfr. l'ordinanza n.15 del 1.10.2008 del Sindaco di Caponago che prevede «l'allontanamento di autocamper, roulotte ed ogni altro veicolo di proprietà o utilizzati da nomadi o persone senza fissa dimora, insediati sul territorio comunale, su aree ad uso pubblico o private, entro il termine perentorio di ventiquattro ore».

⁴³ L'articolo 54 è stato così sostituito dall'art. 6 del D.L. n. 92 del 23 maggio 2008, n. 92, come modificato dalla legge di conversione n. 125 del 24 luglio 2008.

⁴⁴ I primi tre commi dell'art. 54 prevedono che «il Sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende: a) all'emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalla legge e dai regolamenti in materia di ordine e sicurezza pubblica; b) allo svolgimento delle funzioni affidategli dalla legge in materia di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria; c) alla vigilanza su tutto quanto possa interessare la sicurezza e l'ordine pubblico, informandone preventivamente il prefetto». Inoltre Il Sindaco, nell'esercizio di tali funzioni «concorre ad assicurare anche la cooperazione della polizia locale con le Forze di polizia statali, nell'ambito delle direttive di coordinamento impartite dal Ministro dell'interno - Autorità nazionale di pubblica sicurezza». Infine il Sindaco «sovrintende, altresì, alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e agli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica».

T.U.L.P.S. («ordine pubblico» e «sicurezza pubblica») – non sarebbe di per sé sufficiente ad escludere la natura generale dell'istituto⁴⁵: infatti una notevole varietà di eventi, in astratto, potrebbero porre in pericolo incolumità pubblica e sicurezza urbana.

Va però tenuto presente che la disciplina primaria, in attuazione del comma 4 bis dello stesso art. 54, è stata integrata dal D.M. 5 agosto 2008⁴⁶ emanato dal Ministro dell'interno, il quale definisce i beni sottesi alla tutela e – soprattutto – indica in modo tassativo i presupposti legittimanti il potere sindacale di ordinanza necessitata.

Infatti l'art. 1 del regolamento ministeriale stabilisce che per “incolumità pubblica” si intende «l'integrità fisica della popolazione» e per “sicurezza urbana” si intende «un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale». L'articolo successivo individua cinque «situazioni»⁴⁷ che possono attivare il potere straordinario: degrado urbano, danneggiamento al patrimonio pubblico o privato, immobili occupati abusivamente, intralcio alla pubblica viabilità e, infine, prostituzione su strada o accattonaggio molesto.

Alla luce del regolamento esecutivo l'ambito di applicazione del potere ex art. 54, 4° comma T.U.E.L. risulta ridimensionato per cui – fermo restando che sarebbe stato assai preferibile definire anche tali aspetti con fonte primaria – la competenza che ne risulta ha certamente natura speciale vista la tassatività dei presupposti che giustificano lo stato d'eccezione. Invece, sul piano del

⁴⁵ Per completezza va letto anche il settimo comma dell'art. 54 in base al quale «Se l'ordinanza adottata ai sensi del comma 4 è rivolta a persone determinate e queste non ottemperano all'ordine impartito, il Sindaco può provvedere d'ufficio a spese degli interessati, senza pregiudizio dell'azione penale per i reati in cui siano incorsi».

⁴⁶ La Corte costituzionale, con sentenza n. 196 del 2009 ha dichiarato, tra l'altro, che spetta allo Stato, e per esso al Ministro dell'interno definire le nozioni di «incolumità pubblica» e di «sicurezza urbana» previste dall'art. 6, D.L. 23 maggio 2008, n. 92 (che ha modificato l'art. 54 del T.U.E.L.) e individuare le situazioni in cui i Sindaci sono autorizzati ad adottare provvedimenti di pubblica sicurezza e di ordine pubblico.

⁴⁷ L'art. 2 del decreto del Ministro dell'interno prevede in particolare che «il Sindaco interviene per prevenire e contrastare:

- a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili e i fenomeni di violenza legati anche all'abuso di alcool;
- b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimonio pubblico e privato o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana;
- c) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b);
- d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico;
- e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi».

contenuto, la disciplina non indica il tipo di misure che possono essere adottate, né le discipline passibili di deroga: pertanto la competenza sembra mantenere un contenuto di tipo piuttosto libero.

Guardando all'attuazione gli unici dati significativi sono messi a disposizione dalla Prefettura di Milano, a cui sono preventivamente comunicati dai sindaci ex art. 54, 4° comma: si tratta, ovviamente, di dati limitati a questo territorio⁴⁸ ma sufficientemente diffusi e omogenei per attribuirgli qualche valore statistico.

Da essi emerge che in tale area, dal 2008 all'aprile 2010, risultano emanate 125 ordinanze di cui un terzo (32,0 %) riguarda la lotta al "degrado urbano" e consiste in una serie di divieti (contro vandalismo, danneggiamento, musica molesta, schiamazzi, assembramenti, consumo di alimenti, uso improprio del suolo pubblico, getto di rifiuti, orari dei locali notturni, abbandono di edifici, uso in strada del costume da bagno), un quinto (20,8 %) la lotta alla prostituzione in strada, mentre il 13,6 % attiene al divieto di consumo e vendita di alcolici e bevande, 10,4 % al divieto di accattonaggio molesto (comprensivo dei c.d. "lavavetri"), il 4,0 % al divieto di campeggio abusivo (comprensivo degli insediamenti dei nomadi) e il 2,4 % riguarda la lotta alla vendita e al consumo di sostanze stupefacenti⁴⁹.

La terza norma attributiva di poteri di ordinanza del T.U. n. 267 del 2000 si trova nel successivo comma 6 dello stesso art. 54, secondo cui «In casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana, il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, adottando i provvedimenti di cui al comma 4».

In questo caso, ferma restando la natura derogatoria esplicitata nel richiamo espresso al quarto comma, il potere straordinario appare efficacemente circoscritto sia nei presupposti, che nel suo contenuto: deve quindi ritenersi che si tratti di ordinanze speciali, ovvero adottabili in casi tassativamente previsti dalla legge, ed a contenuto vincolato, cioè caratterizzate da una minima discrezionalità nella determinazione del contenuto.

Va segnalato che l'assetto di competenze che l'intero art. 54 delinea, recependo il principio di sussidiarietà, individua nel Sindaco – quale ufficiale di governo – l'organo immediatamente responsabile della tutela dell'interesse pubblico in ambito locale mentre il Prefetto diviene l'organo in posizione

⁴⁸ Altrove si segnala un uso molto variegato del potere di ordinanza basti pensare alla recente un'ordinanza del Sindaco di Novara n. 36 del 29 gennaio 2010 che "per ragioni di sicurezza" ha vietato l'uso del *burqa* prevedendo una ammenda di 500 euro.

⁴⁹ Singole ordinanze attengono al divieto di fumo in luoghi pubblici, alle condizioni per l'iscrizione all'albo dei residenti da parte dei cittadini extracomunitari e al passeggio dei cani (0,8 %).

sussidiaria che, da un lato coopera nell'attività del primo e, dall'altro, insieme al Ministro dell'interno, può emanare atti di indirizzo nonché intervenire attraverso l'esercizio di potestà sostitutive ex art. 120, 2° comma della Costituzione.

Non sono disponibili dati statistici relativi all'applicazione della norma attributiva della competenza ma, visti gli stringenti vincoli normativi, è agevole ritenere che l'uso in concreto della competenza si mantenga all'interno del principio di legalità.

Nel complesso del T.U.E.L., invece, si registra un ricorso piuttosto caotico ai tre diversi poteri attribuiti al sindaco dalle tre disposizioni (art. 50, 5° comma, art. 54, 4° comma e art. 54, 6° comma) perché, non di rado, le ordinanze li richiamano in modo congiunto e, a volte, il richiamo riguarda, sia il testo unico, sia altre fonti normative in materia sanitaria e ambientale: in tal modo l'interprete non è in grado di comprendere a quale presupposto legittimante si faccia riferimento, né verificare il rispetto dei limiti all'uso del potere che ciascuna norma attributiva stabilisce in modo dissimile. Questo ricorso improprio sembra addebitabile, non solo alla fase applicativa, ma anche ad una eccedenza di disposizioni che riconoscono al sindaco poteri necessitati di ordinanza.

2.4. Le ordinanze in materia sanitaria (Testo unico delle leggi sanitarie, Legge n. 833 del 1978 e D.Lgs. n. 112 del 1998)

Vari poteri di ordinanza⁵⁰ sono previsti dal Testo unico delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265) ma quattro appaiono le più rilevanti attribuzioni di poteri straordinari di ordinanza, seppure piuttosto circoscritti sia nel presupposto che nel contenuto.

L'art. 129 del corpo normativo stabilisce che «In caso di sospensione o interruzione di un servizio farmaceutico, dipendenti da qualsiasi causa, e dalle quali sia derivato o possa derivare nocimento all'assistenza farmaceutica locale, il Prefetto adotta i provvedimenti di urgenza per assicurare tale assistenza».

La disposizione non contiene riferimento alcuno al grado dell'intervento derogatorio, che la nozione di provvedimento d'urgenza e la finalità di ripristino

⁵⁰ Si vedano, ad esempio, gli articoli 28 («Al servizio sanitario di frontiera ed agli aeroporti, nonché alla eventuale istituzione di uffici temporanei per bisogni straordinari, provvede il prefetto secondo le ordinanze e le istruzioni emanate dal Ministero dell'interno»), 32, 46 («In caso di urgenza o quando la gravità dei fatti lo esiga, l'ufficiale sanitario può essere sospeso dall'ufficio»), 232, 263 («L'Alto Commissario per l'igiene e la sanità pubblica emana direttive di carattere generale per impedire la moltiplicazione o la disseminazione delle mosche e degli altri artropodi vettori di agenti patogeni o causa diretta di malattia, ed emette, a tale scopo, ove occorre, anche ordinanze speciali»), 264 («L'autorità sanitaria, mediante apposite ordinanze, può rendere obbligatorie, nei casi di malattie infettive del bestiame, le disposizioni contenute nel presente titolo dirette a impedire e limitare la diffusione delle malattie infettive diffuse dell'uomo») e 331 («I Comuni, nei quali sia accertata epidemia pellagrosa, sono assoggettati, con ordinanza motivata del prefetto, alle norme stabilite negli artt. 332, 333 e 334»).

comunque implica. L'istituto è di carattere speciale, essendo predeterminato nel presupposto, che è rappresentato dalla specifica ipotesi dell'interruzione del servizio farmaceutico. La buona fattura del testo normativo emerge dal fatto che si indicano le direttrici del giudizio di necessità: il Prefetto, in sede di autoattivazione⁵¹, potrà ricorrere ai provvedimenti di urgenza, non per qualsiasi interruzione, ma per quelle che determinano certi effetti antiggiuridici ovvero la mancata assistenza farmaceutica. Quanto al contenuto, esso si dimostra di tipo vincolato, potendo consistere solo nelle misure idonee a ripristinare il servizio (ad esempio, sostituzione, gestione provvisoria⁵², precettazione del personale).

La seconda previsione normativa del T.U.L.S. si trova nel successivo art. 217, che attribuisce al Sindaco un potere di ordinanza di tipo decisamente speciale (in occasione di «pericolo o danno per la salute pubblica» determinato da «vapori gas o altre esalazioni, scoli di acque, rifiuti solidi o liquidi») ed a contenuto vincolato⁵³ («norme da applicare per prevenire o impedire il danno e il pericolo»). La formulazione per la verità non è limpida, dal momento che il capo dell'amministrazione comunale sembra cumulare competenze prettamente emergenziali (evitare che il pericolo per la salute evolva in un danno) con competenze preventive (evitare che si determinino situazioni di pericolo). Va, infine, segnalata l'utilizzazione del termine "norme", anziché quello più usuale di ordinanze, provvedimenti e misure.

Un'ulteriore ipotesi di ordinanze sindacali è prevista dall'art. 258 del T.U.L.S., secondo cui «qualsiasi cittadino dimorante in un Comune in cui si sia manifestata una malattia infettiva di carattere epidemico, è tenuto⁵⁴, nell'interesse dei servizi di difesa contro la malattia stessa, alle prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione delle quali venga richiesto dal Sindaco». Come per le precedenti si tratta di ordinanze speciali (adottabili sul presupposto specifico di una epidemia) a contenuto vincolato: l'autorità, infatti, in deroga alle norme ordinarie può "ordinare" ai singoli (presumibilmente a medici, veterinari e forze dell'ordine) di adoperarsi, secondo le proprie competenze, nella lotta alla malattia.

Va subito detto che queste tre competenze straordinarie del Sindaco

⁵¹ Cfr. *supra* quanto detto nella nota n. 28.

⁵² Secondo il Consiglio di Stato questo potere emergenziale «si applica anche alle farmacie di nuova istituzione e consiste nella deliberazione di attivare immediatamente l'esercizio farmaceutico nelle forme della gestione provvisoria senza interferire con il problema della scelta del farmacista tra i professionisti che abbiano fatto domanda d'autorizzazione alla gestione provvisoria (cfr. sent. n. 77 del 09.03.1985, Puccetti c/ Regione Veneto, sez. 4°).

⁵³ Il Consiglio di Stato ha precisato che «il Sindaco, ai sensi degli artt. 216 e 217 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265 è l'autorità istituzionalmente competente in materia di provvedimenti volti a rimuovere danni o pericoli per la salute pubblica derivanti da esercizio di lavorazioni insalubri (costituite, nella specie, da stalle per allevamento suini)» ed «è titolare di una ampia potestà di valutazione della tollerabilità o meno di dette lavorazioni, esercitabile in qualsiasi tempo, sia al momento in cui venga richiesta l'attivazione dell'impianto, sia in epoca successiva, al fine di disporne lo sgombero» (cfr. sent. n. 67 del 05.02.1985, Antonelli c/ Comune di Rovato, sez. 5°).

⁵⁴ Pena la commissione di un reato di natura contravvenzionale previsto nel terzo comma.

appaiono oggi superflue poiché si vanno a sovrapporre con il potere, ben più ampio, previsto dall'art. 50, 5° comma del T.U.E.L. in occasione di «emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale».

La quarta previsione del T.U.L.S. contiene una attribuzione di competenza straordinaria in favore del Ministro dell'interno in occasione della massima emergenza nazionale di tipo sanitario e cioè l'epidemia: l'art. 261 attribuisce al Ministro il potere di «emettere ordinanze speciali per la visita e la disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa».

Se il potere è indubbiamente a presupposto definito (e cioè di natura speciale), sembra che la norma attributiva lasci un ampio margine al titolare del potere di determinarne il contenuto: infatti, alcuni interventi sono prestabiliti (la visita delle abitazioni, la loro disinfezione e l'organizzazione del soccorso) ma attraverso una formula residuale («le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia») si apre la strada ad un numero ed una varietà imprecisata di interventi emergenziali. A conferma della natura libera del potere, basti soffermarsi sul fatto che, attraverso l'art. 261, potrebbero essere limitati vari diritti di libertà, come quelli di circolazione, di riunione, di domicilio e la stessa libertà personale.

Passando alla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (n. 833 del 23 dicembre 1978) si trova il potere attribuito al Ministro della sanità dall'art. 32, secondo cui il titolare del dicastero «può emettere ordinanze di carattere contingibile ed urgente, in materia di igiene e sanità pubblica o di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più Regioni». Questa tipologia di ordinanze, oltre ad essere di tipo libero, ha portata generale, seppure in materia sanitaria: essa sembra per alcuni aspetti sovrapporsi, con effetti probabilmente abrogativi, alla disciplina dell'art. 261 T.U.L.S.

Il terzo comma, per le emergenze sanitarie in ambito locali, prevede che «Nelle medesime materie sono emesse dal Presidente della giunta regionale e dal Sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale». In questo caso, restando ferma la portata generale in materia sanitarie ed il contenuto libero, la competenza va a sovrapporsi con quella natura contenuta nell'art. 50, 5° comma del T.U.E.L.

Analoga sovrapposizione si segnala per le norme – tuttora vigenti – contenute nell'art. 117 del [D.Lgs. n. 112/1998](#) (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali), il quale stabilisce che «In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal Sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi

di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle Regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali»⁵⁵.

Sul piano attuativo non sono disponibili dati statisticamente significativi: comunque l'esame delle singole ordinanze adottate dai sindaci in materia sanitaria – a conferma della sovrabbondanza di norme attributive – contiene quasi sempre il richiamo (anche) all'art. 50, 5° comma del T.U.E.L. Invece, per quanto riguarda gli atti necessitati adottati dal Ministro della salute, essi a volte indicano come fonte di legittimazione sia il testo unico delle leggi sanitarie, sia la legge n. 833 del 1978 e generalmente riguardano le materie della polizia veterinaria⁵⁶, dell'uso di sostanze tossiche⁵⁷, delle malattie anche contagiose⁵⁸ e della bioetica⁵⁹.

2.5. Le ordinanze in materia ambientale (Legge n. 349 del 1986 e D.Lgs n. 152 del 2006)

In materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema si registrano tre norme attributive del potere straordinario di ordinanza.

Innanzitutto l'art. 8, comma 3 della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente (n. 349 del 8.7.1986) stabilisce che «in caso di mancata attuazione o di inosservanza da parte delle Regioni, delle Province o dei Comuni, delle disposizioni di legge relative alla tutela dell'ambiente e qualora possa derivarne un grave danno ecologico, il Ministro dell'ambiente, previa diffida ad adempiere entro congruo termine da indicarsi nella diffida medesima,

⁵⁵ Per il capoverso successivo: «In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni Sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del comma 1».

⁵⁶ Cfr., ad esempio, l'ordinanza contingibile ed urgente del Ministro della salute del 3 marzo 2009 concernente la tutela dell'incolumità pubblica dall'aggressione dei cani, quella del 6 agosto 2008 concernente misure per l'identificazione e la registrazione della popolazione canina, quelle del 8 novembre 2005 e del 26 giugno 2007 relative a misure finalizzate alla prevenzione dell'influenza aviaria, quella del 16 febbraio 1994 per il controllo dell'arterite virale equina, quella del 7 marzo 1992 sulla vaccinazione obbligatoria antirabbica dei cani ed altri animali domestici

⁵⁷ Cfr., ad esempio, le ordinanze contingibili ed urgenti del 18 dicembre 2008 e del 14 gennaio 2010 sul divieto di utilizzo e di detenzione di esche o di bocconi avvelenati, quella del 6 febbraio 1991 e del 23 marzo 1993 sul divieto di vendita e impiego della sostanza attiva diserbante atrazina, quella n. 64 del 24 febbraio 1988 sulle dosi massime e campi di impiego di alcune sostanze attive diserbanti, quella del 21 marzo 1990 su divieti concernenti l'impiego di alcune sostanze attive diserbanti.

⁵⁸ Cfr., ad esempio, l'ordinanza contingibile ed urgente del 29 aprile 2009 sull'istituzione della Unità di Crisi finalizzata a predisporre le misure di emergenza per fronteggiare i pericoli derivanti dalla influenza da nuovo virus AH1N1, quella del 8 maggio 2007 relativa alla tutela delle persone maggiormente suscettibili agli effetti delle ondate di calore.

⁵⁹ Cfr., ad esempio, le ordinanze contingibili ed urgenti del 25 luglio 2001, del 18 dicembre 2001, del 18, giugno 2002, del 4 dicembre 2002, del 30 maggio 2003, del 10 dicembre 2003 sul divieto d'importazione e di esportazione di gameti o di embrioni umani, quella del 5 marzo 1997 sul divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani nonché quelle del 4 maggio 2007 e del 29 aprile 2008 in tema di misure urgenti in materia di cellule staminali da cordone ombelicale.

adotta con ordinanza cautelare le necessarie misure provvisorie di salvaguardia, anche a carattere inibitorio di opere, di lavoro o di attività antropiche, dandone comunicazione preventiva alle amministrazioni competenti»⁶⁰.

La competenza è stata successivamente ampliata nella portata prevedendo che, anche al di fuori dei casi sopra considerati, «qualora si verificano situazioni di grave pericolo di danno ambientale e non si possa altrimenti provvedere, il Ministro dell'ambiente, di concerto con i Ministri eventualmente competenti, può emettere ordinanze contingibili e urgenti per la tutela dell'ambiente. Le ordinanze hanno efficacia per un periodo non superiore a sei mesi»⁶¹.

Si tratta di un potere straordinario provvisoriamente derogatorio del diritto vigente, che ha portata generale e contenuto non predeterminato dalla legge (libero) ma che nella prassi attuativa risulta assai scarsamente utilizzato⁶², perché il Governo, per emergenze di livello nazionale, preferisce ricorrere alla competenza – ben più efficace e organizzata – attribuita dall'art. 5 della legge sulla protezione civile (n. 225 del 1992).

In secondo luogo, un certo numero di poteri di ordinanza⁶³ sono regolati dal Testo unico sull'ambiente (D.Lgs. n. 152 del 3.4.2006) ma i più rilevanti per la nostra analisi sembrano due: entrambi sono caratterizzati da ridotti margini di discrezionalità amministrativa per merito della scelta normativa di predeterminare in modo stringente gli aspetti qualificanti (presupposti legittimanti, procedimento di adozione e contenuto delle misure adottabili).

Anzitutto l'art. 191 – recependo la disciplina già vigente⁶⁴ – prevede che

⁶⁰ La disposizione prosegue affermando che «Se la mancata attuazione o l'inosservanza di cui al presente comma è imputabile ad un ufficio periferico dello Stato, il Ministro dell'ambiente informa senza indugio il Ministro competente da cui l'ufficio dipende, il quale assume le misure necessarie per assicurare l'adempimento. Se permane la necessità di un intervento cautelare per evitare un grave danno ecologico, l'ordinanza di cui al presente comma è adottata dal Ministro competente, di concerto con il Ministro dell'ambiente».

⁶¹ Si tratta dell'art. 8 della legge n. 59 del 3.3.1987 n. 59 contenente «Disposizioni transitorie ed urgenti per il funzionamento del Ministero dell'ambiente».

⁶² Si registrano le ordinanze del Ministero dell'Ambiente del 20 novembre 1991 e del 28 Dicembre 1991 in tema di prevenzione dell'inquinamento atmosferico ed acustico.

⁶³ Vedi, ad esempio, gli articoli 65, comma 7 («in caso di mancata attuazione o di inosservanza, da parte delle Regioni, delle province e dei comuni, delle misure di salvaguardia, e qualora da ciò possa derivare un grave danno al territorio, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, previa diffida ad adempiere entro congruo termine da indicarsi nella diffida medesima, adotta con ordinanza cautelare le necessarie misure provvisorie di salvaguardia, anche con efficacia inibitoria di opere, di lavori o di attività antropiche, dandone comunicazione preventiva alle amministrazioni competenti»), 75, 135, 140, 192, 255, 278, 306 (in materia di ripristino a seguito di danno ambientale), 312, 313 («Qualora all'esito dell'istruttoria di cui all'articolo 312 sia stato accertato un fatto che abbia causato danno ambientale ed il responsabile non abbia attivato le procedure di ripristino (...), il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, con ordinanza immediatamente esecutiva, ingiunge a coloro che, in base al suddetto accertamento, siano risultati responsabili del fatto il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica entro un termine fissato»), 314, 315, 316 e 317.

⁶⁴ L'art. 191 riproduce quasi testualmente l'art. 13 del "decreto Ronchi" (D.Lgs. n. 22 del 1997 che dava attuazione alle direttive 91/156/CEE, 91/689/CEE e 94/62/CE). Sul punto vedi G. URBANO, in R. GRECO,

«qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della Provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente».

Sul piano dell'iter tali provvedimenti sono adottati su parere degli «organi tecnici» e devono essere comunicati entro tre giorni dall'emissione ad una serie di soggetti pubblici interessati⁶⁵; nel contenuto devono indicare «le norme a cui si intende derogare», mentre sul piano dell'efficacia hanno natura temporanea «per un periodo non superiore a sei mesi»⁶⁶.

La natura straordinaria della competenza emerge con chiarezza da una serie di elementi sintomatici: il presupposto fattuale, il riferimento all'impossibilità di provvedere «altrimenti» (e cioè attraverso gli strumenti giuridici ordinari), la capacità derogatoria delle disposizioni vigenti da parte dell'atto amministrativo⁶⁷ e infine la connotazione espressamente temporanea⁶⁸ del potere.

Va osservato che un particolare limite alla capacità derogatoria è stabilito nelle disposizioni di principio del T.U. ambientale⁶⁹: infatti queste ordinanze devono rispettare, non solo i principi generali dell'ordinamento giuridico, ma

Codice dell'Ambiente, Roma, 2009, pag. 591.

⁶⁵ Ovvero al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, al Ministro della salute, al Ministro delle attività produttive, al Presidente della Regione e all'autorità d'ambito (cfr. l'art. 201 del D.Lgs. n. 152 del 2006).

⁶⁶ A seguito delle modifiche apportate in occasione dell'emergenza sui rifiuti nella Regione Campania, il quarto comma del medesimo art. 191 prevede che tali ordinanze «possono essere reiterate per un periodo non superiore a 18 mesi per ogni speciale forma di gestione dei rifiuti. Qualora ricorrano comprovate necessità, il Presidente della Regione d'intesa con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio può adottare, dettando specifiche prescrizioni, le ordinanze di cui al comma 1 anche oltre i predetti termini» (cfr. il comma 8 dell'art. 9 del D.L. n. 90 del 23.5.2008, convertito con legge n. 123 del 14.7.2008).

Ulteriore deroga è stata prevista in occasione del sisma nella Provincia de L'Aquila per cui queste ordinanze, «limitatamente ai territori colpiti dagli eventi sismici di cui al presente decreto, possono essere reiterate fino a quattro volte» (cfr. il comma 9 bis dell'art. 9 del D.L. n. 39 del 28.4.2009, come modificato dall'art. 1, comma 2-quater del D.L. n. 195 del 30.12.2009, convertito con modificazioni dalla legge n. 26 del 26.2.2010).

⁶⁷ La deroga temporanea deve essere però espressa e cioè l'ordinanza deve indicare le norme a cui intende derogare: il requisito viene considerato dalla giurisprudenza amministrativa condizione di legittimità del provvedimento (Cfr. T.A.R. Campania, sentenza n. 8255 del 25 settembre 2006).

⁶⁸ Il termine di sei mesi, per quanto prorogabile, impone che lo stato d'eccezione sia, non solo "provvisorio" e cioè destinato primo a poi a regredire (la temporaneità nell'*an*), ma anche "temporaneo" in senso stretto e cioè con una vigenza predeterminata dalla fonte primaria nel suo termine massimo (temporaneità nel *quando*). Invece, laddove il provvedimento fosse dichiarato illegittimo dal giudice amministrativo si determinerebbe una perdita retroattiva di efficacia (il *quomodo* della provvisoriety ovvero la precarietà).

⁶⁹ L'art. 3 bis del T.U. ambientale ("Principi sulla produzione del diritto ambientale") afferma che «I principi previsti dalla presente Parte Prima costituiscono regole generali della materia ambientale nell'adozione degli atti normativi, di indirizzo e di coordinamento e nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile ed urgente» (secondo comma).

anche i principi fondamentali della materia ambientale⁷⁰.

In ordine alla portata dell'istituto, nonostante l'apparente ampiezza dei presupposti legittimanti («situazioni di eccezionale ed urgente necessità»), essa appare decisamente “speciale” per tre ordini di considerazioni: *in primis* la materia oggetto del potere di ordinanza è chiaramente delimitata alle sole crisi che riguardano la gestione dei rifiuti⁷¹. In secondo luogo va apprezzata la decisione normativa di condizionare la dichiarazione d'emergenza ad un parere obbligatorio degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali: in questo modo un uso improprio della competenza è agevolmente sanzionabile dal giudice amministrativo⁷². Infine la competenza ha natura residuale rispetto ai poteri di ordinanza altrove previsti in materia di protezione civile, sanitaria e di pubblica sicurezza⁷³. Per queste ragioni non residuano margini di eccessiva discrezionalità in capo ai soggetti titolari della competenza straordinaria, come la prassi applicativa del resto conferma.

Per quanto riguarda il contenuto non vi sono dubbi sul carattere vincolato del potere, visto che le misure in cui esso può esplicarsi possono consistere solo nel “ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti” e la disposizione ha evitato le clausole residuali a contenuto indeterminato che altrove sono previste (del tipo “ogni provvedimenti necessario”).

Sul piano attuativo, mancano elaborazioni statistiche, ma si registrano una serie di ordinanze fondate sull'art. 191 del testo unico ambientale del 2006 che dimostrano quanto una corretta tecnica normativa influisca su un uso della competenza funzionale agli interessi pubblici oggetto della tutela. Infatti le ordinanze, di cui si ha notizia⁷⁴, si fondano su emergenze locali attinenti alla

⁷⁰ E cioè il principio dell'azione ambientale (art. 3-ter), il principio dello sviluppo sostenibile (art. 3-quater), i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione (art. 3-quinquies), i diritti di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione al procedimento a scopo collaborativo (art. 3-sexies).

⁷¹ Anche se non è richiesto necessariamente un danno già verificatosi o che si sta verificando ma è sufficiente uno stato di pericolo, che comunque deve essere attuale (cfr., con riferimento al generale potere di ordinanza necessitata, Consiglio Stato, Sez. V, sentenza n. 623 del 19 maggio 1998, e T.A.R. Veneto, Sezione III, sentenza n. 4131 del 28.11.2001).

⁷² Cfr. T.A.R. Campania, sentenza n. 8255 del 25 settembre 2006, che ha annullato un'ordinanza sindacale (anche) per «la mancanza di tali adempimenti procedurali, ed in particolare dell'essenziale momento consultivo funzionale al corretto esercizio del potere d'ordinanza nella delicata materia della raccolta dei rifiuti in relazione alle conseguenze gravi sull'ambiente».

⁷³ Testualmente la prima parte dell'art. 191 afferma: «Fermo restando le disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale, sanitaria e di pubblica sicurezza, con particolare riferimento alle disposizioni sul potere di ordinanza di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del servizio nazionale della protezione civile (...)».

⁷⁴ Cfr. ad esempio: l'ordinanza n. 56 del 30.6.2006 del Presidente della Regione Umbria sul «Conferimento dei rifiuti urbani dei Comuni Sigillo, Costacciaro, Scheggia e Pascelupo e Fossato di Vico al sito provvisorio di Gualdo Tadino»; l'ordinanza n. 90 del 27.11.2006 del Presidente della Regione Umbria per «Incidente calamitoso derivante dalla esplosione della raffineria Umbria Olii S.p.A. sita nel Comune di Campello sul Clitunno. Attivazione provvedimenti di prima emergenza»; le ordinanze n. 46 del 22.11.2006 e n. 7 del 20.2.2007 del Sindaco di Sarroch sulla «autorizzazione della SIMAM all'avvio dell'impianto per il trattamento delle acque di falda emunte»; l'ordinanza n. 158 del 24.5.2007 del Commissario di Governo per l'emergenza rifiuti nella Regione Campania sulla requisizione temporanea di piazzole nel Comune di Acerra per lo stoccaggio provvisorio di rifiuti; l'ordinanza n. 32 del 31.10.2008 del Sindaco di Voghiera

gestione dei rifiuti, consistono solo nelle misure strettamente necessarie a fronteggiarle ed hanno durata rigorosamente provvisoria⁷⁵.

La terza attribuzione di competenza straordinaria è contenuta nell'art. 244 del testo unico ambientale del 2006. In materia di rifiuti la disposizione prevede che, se si accerta l'esistenza di siti in cui «i livelli di contaminazione sono superiori ai valori di concentrazione soglia di contaminazione», la Provincia «diffida con ordinanza motivata il responsabile della potenziale contaminazione a provvedere» all'immediata bonifica del sito: di fronte all'inerzia del responsabile si procede alla bonifica del sito inquinato e agli «interventi che risultassero necessari» da parte del Comune territorialmente competente e, ove questo non provveda, dalla Regione.

Si tratta certamente di una disposizione minore ma che presenta tutte le caratteristiche del potere straordinario di ordinanza in una dinamica di tipo sussidiario e sanzionatorio: invero la competenza può elevarsi fino al livello regionale di governo, che è titolare ad agire in via sostitutiva di fronte alla ingiustificata inerzia dei soggetti titolari dell'onere in via primaria. Il potere di ordinanza per la bonifica di siti contaminati ha portata speciale e contenuto di tipo vincolato, come la rara prassi attuativa testimonia⁷⁶.

3.1. Le ordinanze di protezione civile (Legge n. 225 del 1992)

Le dodici disposizioni attributive di poteri straordinari di ordinanza che si sono appena esaminate non esauriscono il panorama perché – *last but not least* – resta da esaminare la legge n. 225 del 1992, con una peculiare attenzione alla prassi attuativa ed alle novità normative introdotte nel 2001, nel

sulla «Gestione del centro di raccolta comunale» in deroga a quanto stabilito nel decreto del Ministro dell'ambiente del 8.4.2008; l'ordinanza n. 38 del 3.03.2010 del Presidente della Regione Emilia Romagna «per il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti»; l'ordinanza n. 42 del 26.02.2010 del Presidente della Regione Emilia Romagna «per il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti» che dispone il reperimento di automezzi idonei al trasporto del materiale, il trasporto, lo stoccaggio provvisorio e il trattamento dei rifiuti pericolosi; l'ordinanza n. 49 del 5.03.2010 del Presidente della Regione Emilia Romagna «per il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti provenienti dagli sversamenti nel fiume Lambro e Po»; l'ordinanza n. 1 del 2.02.2010 del Presidente della Regione Abruzzo sullo «Smaltimento di rifiuti urbani e fermo tecnico impianto di compostaggio di rifiuti urbani di Notaresco»; infine l'ordinanza n. 454 del 19.3.2010 del Sindaco di Piacenza «per il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti provenienti da una discarica abusiva in loc. Ponte Trebbia».

⁷⁵ Solo in due casi, fra quelli citati nella nota precedente, si registra l'omissione della espressa indicazione del termine finale di efficacia dell'atto straordinario previsto dalla fonte primaria: l'ordinanza n. 90 del 27 novembre 2006 del Presidente della Regione Umbria («La presente ordinanza ha efficacia dalla data di emissione e fino alla completa rimozione e smaltimento di tutti i rifiuti e comunque per un periodo non superiore a mesi sei») e l'ordinanza n. 1 del 2.02.2010 del Presidente della Regione Abruzzo («le operazioni di straordinaria manutenzione dovranno essere portate a termine nel tempo strettamente necessario al fine di ripristinare al più presto le condizioni previste dall'autorizzazione»).

⁷⁶ Cfr. ad esempio l'ordinanza contingibile ed urgente n. 28 del 6.6.2006 del Sindaco di Mozzate avente ad oggetto l'ingiunzione a rimuovere il sottofondo di una pista da trotto identificato come rifiuto speciale pericoloso, nonché lo smaltimento presso un impianto autorizzato. L'ordinanza è stata annullata dalla sentenza del T.A.R. Lombardia (MI) Sez. IV n. 4598 del 2 settembre 2009, per mancanza dei presupposti e in particolare dell'istruttoria in ordine alla natura di rifiuto pericoloso.

2005, nel 2008 e nel 2010 anche in tema di “grandi eventi”.

Rinviando al prosieguo per considerazioni analitiche, è opportuno anticipare che, se il potere di ordinanza fosse solo quello fino ad ora ricostruito sul piano normativo e amministrativo, avremmo seri elementi di critica (soprattutto rispetto all'art. 2 del T.U.L.P.S. e all'art. 54 del T.U.E.L.) ma non certo eclatanti ragioni per additare questa competenza ad elemento di sostanziale rottura della *pax armata* fra autorità e regole.

Invece, guardando alla legge sulla Protezione civile ed alla sua disciplina originaria, fin dagli anni '90 la dottrina pur da profili diversi aveva colto quelle nubi minacciose sulla fisiologia delle fonti normative che, poi, la prassi attuativa e le innovazioni normative intraprese hanno finito per confermare. Oggi il quadro pare chiaro e, forse, allarmante: il potere di ordinanza – insieme all'abuso della decretazione d'urgenza, della delega legislativa e della mozione di fiducia – è divenuto il grimaldello attraverso cui l'esecutivo può forzare la stabilità della forma di governo nonché un caso esemplare del conflitto fra esercizio della sovranità e rispetto della fonte suprema, che quella sovranità fonda e limita.

Passando alla ricostruzione normativa ricordiamo che la legge n. 225 entra in vigore nel 1992 per istituire il Servizio nazionale della protezione civile⁷⁷, promosso e coordinato direttamente dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Introducendo una disciplina innovativa in ambito europeo si è deciso di non devolvere il compito ad uno specifico settore della pubblica amministrazione bensì a tutte «le amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione ed organizzazione pubblica e privata presente sul territorio nazionale» (art. 1).

In tal modo l'esistenza di un apposito Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha la funzione di guidare una complessa rete multilivello che, in un'ottica di sussidiarietà verticale ma anche orizzontale, coinvolge ogni livello di governo, le forze armate, i corpi armati dello stato, gli enti pubblici e privati, le associazioni di volontariato, le strutture tecniche e scientifiche. Sul piano organizzativo l'instaurazione di un'emergenza attiva l'intero sistema della protezione civile sulla base di piani e protocolli preordinati ma semplici e flessibili⁷⁸, offrendo una risposta apprezzabile in termini di efficacia ed

⁷⁷ Per una delle prime analisi della disciplina vedi, oltre al già citato SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, anche GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile*, Milano 1993.

⁷⁸ All'indomani della creazione del Dipartimento, il Sottosegretario di Stato Franco Barberi formò un gruppo di lavoro (presieduto da Elvezio Galanti) con il compito di elaborare una cultura dell'emergenza civile, comprensiva dei metodi, dei ruoli e delle procedure di intervento. Il risultato è stato il c.d. “*Metodo Augustus*” in memoria dell'imperatore Ottaviano Augusto, secondo cui “il valore della pianificazione diminuisce con la complessità dello stato delle cose” ad indicare l'importanza di coniugare la pianificazione con la semplicità e la flessibilità. Secondo tale protocollo, tra l'altro, il piano di emergenza si articola in tre fasi (la raccolta di informazioni, l'individuazione degli obiettivi di salvaguardia e la realizzazione di un

efficienza.

L'atto pone una disciplina sistematica delle attività necessarie, sia a prevedere e prevenire il fatto calamitoso, quanto a fronteggiarlo e superare l'emergenza. Il primo aspetto è incentrato sull'obbligo dell'amministrazione di predisporre programmi di previsione e prevenzione di livello nazionale, regionale e provinciale. In questo modo si cerca di estendere la capacità del diritto ordinario di fronteggiare le calamità naturali, limitando il verificarsi di eventi dotati di effettive caratteristiche emergenziali⁷⁹.

Quanto al soccorso, la legge, oltre a istituire i piani di soccorso e quelli di attuazione delle misure d'emergenza, prevede un particolare "stato d'eccezione", che può essere instaurato con una decisione collegiale del Governo.

Il presupposto per il ricorso al diritto eccezionale è stabilito dall'art. 2 nel verificarsi di «calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari» (art. 2). Più esattamente la prima parte del frammento normativo contiene il vero e proprio presupposto fenomenico di tipo speciale: da questo punto di vista il generico riferimento ad «altri eventi», *a condizione di venire interpretato* come se dicesse «altri eventi *naturali*», non sarebbe capace di incrinare la connotazione speciale della fattispecie. Si tratterebbe di eventi diversi dalle catastrofi e dalle calamità ma pur sempre rientranti nella categoria dei fenomeni naturali ovvero originati dall'interazione uomo-natura. Rimane comunque un margine di ambiguità che – come vedremo – la prassi e le modifiche del 2001 sapranno "valorizzare".

Questa tassatività del presupposto viene comunque stemperata dalla seconda parte del testo, in cui apparentemente si definisce ulteriormente il presupposto: non qualunque calamità ma (solo) quella che «deve essere fronteggiata con mezzi straordinari». L'espressione, per un aspetto, esprime il concetto relazionale che pone in collegamento di causa-effetto l'evento naturale con il potere di ordinanza (il giudizio di necessità): essa non vincola in alcun modo la competenza, ma si limita a richiamare il modello generale dell'emergenza giuridica.

Approfondendo l'analisi si scopre che, in realtà, il riferimento alle misure necessarie⁸⁰ finisce per allentare le maglie del tessuto normativo, introducendo

modello vero e proprio di intervento operativo) e sono previsti ruoli diversificati per ogni livello di governo (nazionale, regionale, provinciale e comunale), per ciascuno dei quali è costituito un apposito centro operativo.

⁷⁹ Per un approfondimento dell'attività di programmazione prevista dalla legge n. 225/92, vedi SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, in *Quaderni della LUISS*, 2, 1996, pagg. 18 e ss. L'Autore sottolinea come il ricorso straordinario al potere d'ordinanza presuppone il fallimento della fase preventiva e che in «tema di protezione civile uno dei problemi fondamentali consiste nell'individuare un nucleo di "ordinarietà" nelle situazioni di emergenza» (pag. 37).

⁸⁰ Nonostante la logica giuridica preferirebbe che il potere d'emergenza fosse sempre preceduto da una classificazione degli eventi legittimanti, spesso in occasione di poteri a presupposto non esattamente

un rilevante margine di discrezionalità. Infatti, è rimesso al solo titolare del potere d'eccezione il giudizio sulla necessità di fronteggiare la situazione con mezzi e poteri straordinari: il problema non è tanto "constatare" se un certo evento abbia caratteristiche calamitose, ma piuttosto "decidere" se si tratti di una calamità che non può essere fronteggiata con i mezzi ordinari⁸¹. Questa seconda prospettiva dimostra che la natura speciale dell'istituto è più apparente che reale visto che, attraverso una circonlocuzione altrimenti normativamente insignificante, si rimette al titolare della competenza la decisione sulla sua attivazione.

L'apertura della fase eccezionale è segnata da una delibera dello stato di emergenza del Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio o del Ministro delegato al coordinamento della protezione civile: la delibera, che rappresenta una condizione di legittimità del successivo potere di ordinanza, deve determinare durata ed estensione territoriale dell'emergenza in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi (art. 5, 1° comma). La dichiarazione dello stato d'emergenza è adottata con un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ma, nel silenzio della legge n. 225 del 1992 e visto anche l'art. 11 della legge n. 400 del 1988⁸², essendoci una delibera del Consiglio dei Ministri sarebbe fisiologica un'emanazione con decreto del Presidente della Repubblica.

Formalizzato il passaggio al diritto eccezionale, può esser esercitato il potere necessitato d'ordinanza, nelle sue due forme. Anzitutto, per il secondo comma, si provvede all'attuazione degli interventi di emergenza «anche a

determinato la situazione legittimante viene qualificata dalla norma attributiva proprio con riferimento all'intervento necessario a fronteggiarla. Sembra allora che si ribalti il modello emergenziale e che la misura d'emergenza preceda l'evento che la legittima (cfr. MODUGNO e NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988, pag. 516).

⁸¹ Nelle ordinarie attribuzioni di competenza, secondo lo schema sillogistico, abbiamo una proposizione legislativa del seguente tenore: "se si verifica l'evento X è conferito il potere Y". Si distinguono tre momenti, il primo in cui si qualifica un evento come X, il secondo in cui si constata che un determinato stato di fatto configura l'evento X ed il terzo in cui si attiva la competenza straordinaria: il soggetto (l'amministrazione) che verifica la ricorrenza del presupposto e fruisce della competenza non è lo stesso soggetto che effettua la qualificazione dell'evento legittimante (che spetta al legislatore). Diversamente nella legge n. 225 del 1992, la prima parte del sillogismo consiste in una proposizione di questo tipo: "l'evento X è quello che richiede il potere Y". Allora la qualificazione dell'evento e la verifica della sua esistenza si rivelano un'unica operazione logica rimessa allo stesso soggetto destinatario della competenza: la qualificazione contenuta nella legge si rivela solamente una scatola vuota, capace di ricevere qualsiasi contenuto. In altre parole, l'amministrazione beneficiaria della competenza è del tutto libera di attivarla quando lo riterrà più opportuno.

⁸² La legge sull'attività di Governo e l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri essendo anteriore non considera l'attività di coordinamento del servizio di protezione civile ma disciplina i "Commissari straordinari del Governo" prevedendo espressamente che «La nomina è disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Con il medesimo decreto sono determinati i compiti del commissario e le dotazioni di mezzi e di personale. L'incarico è conferito per il tempo indicato nel decreto di nomina, salvo proroga o revoca. Del conferimento dell'incarico è data immediata comunicazione al Parlamento e notizia nella Gazzetta Ufficiale» (art. 11, 2° comma).

mezzo di ordinanze *in deroga ad ogni disposizione vigente*, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico». Un'ulteriore possibilità di ricorso all'istituto è prevista dal terzo comma, per il quale si possono «emanare altresì ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose» ma in questo caso le ordinanze non hanno capacità derogatoria. Va precisato che le ordinanze adottate in base al comma 3 – a differenza di quelle fondate sui due commi precedenti – non possono avere capacità derogatoria del diritto vigente.

La norma attributiva prevede espressamente la portata antinomica⁸³ nei confronti di ogni disposizione vigente, fatto salvo per il rispetto dei «principi generali dell'ordinamento giuridico», che la Corte costituzionale ha individuato fin dal 1956. A voler esaltare l'interpretazione letterale dell'art. 5 («in deroga ad ogni disposizione vigente») e raffrontandola con altre disposizioni (l'art. 216 del T.U.L.P.S., ad esempio, parla di ordinanze «anche in deroga alle leggi vigenti»), si potrebbe addirittura sostenere che questo potere di ordinanza possa sospendere e/o derogare provvisoriamente norme di livello costituzionale⁸⁴.

In ogni caso le ordinanze «devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare», ovvero la previsione legislativa impone che l'atto amministrativo stabilisca in modo espresso le sospensioni e alle deroghe provvisorie del diritto vigente. In tal modo, però, si vincolano solo i soggetti incaricati dell'esecuzione (a non derogare il diritto vigente più di quanto previsto dall'ordinanza), ma non si limita il titolare del potere straordinario: affinché ciò avvenga occorrerebbe che le norme derogabili fossero previste da una fonte primaria, sia essa la stessa norma attributiva del potere o, più realisticamente, un decreto legge emanato *ad hoc*.

Quanto al contenuto le ordinanze in materia di protezione civile devono essere motivate ma sono di tipo “libero”, perché è riconosciuta un'ampia discrezionalità dell'autorità amministrativa nella determinazione delle misure d'emergenza non essendo queste, in alcun modo, tipizzate dalla legge del 1992, né da successivi atti (come è accaduto per l'art. 54 del T.U.E.L. attraverso un decreto ministeriale).

Sul piano procedurale la titolarità del potere necessitato di ordinanza (sia quello del secondo, che terzo comma dell'art. 5) spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro da esso delegato al coordinamento della protezione civile, i quali possono anche «avvalersi di commissari delegati»⁸⁵.

⁸³ Sulla capacità innovativa delle ordinanze, vedi SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile, cit.*, pag. 14, secondo cui non si tratta di provvedimenti attuativi di previsioni più o meno precise, ma di «strumenti di intervento innovativo, e perciò derogatorio, se ciò risulta necessario per affrontare la situazione».

⁸⁴ Analogo discorso, sul piano dell'interpretazione letterale, potrebbe farsi per l'art. 54 del T.U.E.L., secondo il quale «i provvedimenti, anche contingibili e urgenti» incontrano il solo limite del «rispetto dei principi generali dell'ordinamento».

⁸⁵ La combinazione delle disposizioni richiamate nel testo (relative al potere di cui al secondo comma dell'art. 5) consente di ipotizzare tre diversi assetti delle competenze esercitate dopo la dichiarazione dello

Sulla base dell'art. 14, comma 3, il Prefetto, «a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza (...), opera quale delegato del Presidente del Consiglio di Ministri (...) con i poteri di cui al comma 2 dell'art. 5», ovvero può adottare *ope legis* le ordinanze per l'attuazione degli interventi d'emergenza. Le ordinanze vengono emanate con d.P.C.M., pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale e trasmesse ai sindaci interessati per la pubblicazione sugli Albi pretori.

3.2. Le estensioni della legge n. 225 del 1992 in tema di «grandi eventi»

La legge sulla protezione civile, pur risultando tuttora vigente nel testo originario, è stata integrata ad opera di successive novelle legislative che hanno considerevolmente ampliato la portata e l'estensione dei poteri straordinari, ben oltre il disegno iniziale e la stessa natura di stato d'eccezione fondato su una situazione d'emergenza. Ci si riferisce in particolare a quattro disposizioni contenute in leggi di conversione di decreti legge, in tema di protezione civile o di enti locali, adottate negli anni 2001, 2005, 2008 e 2010 che è opportuno esaminare.

Anzitutto però occorre segnalare che il decreto legislativo n. 300 del 30.7.1999 («Riforma dell'organizzazione del Governo a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59») aveva eliminato il Dipartimento presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri affidando le relative funzioni ad una

stato di emergenza: a) il Presidente del Consiglio (o il Ministro delegato) non si avvale di un commissario delegato e provvede direttamente ad emanare le ordinanze derogando alla disciplina vigente; b) il Presidente del Consiglio (o il Ministro delegato) decide di avvalersi di un commissario delegato e conferisce (ad esempio il capo del Dipartimento della Protezione civile o un Prefetto) la delega ad esercitare il potere di ordinanza derogando alla disciplina vigente; c) il Presidente del Consiglio (o il Ministro delegato al coordinamento della protezione civile) pur decidendo di avvalersi di un commissario delegato emana un'ordinanza in cui, non solo conferisce la delega al Prefetto, ma individua egli stesso le norme che possono essere derogate nell'esercizio del potere di ordinanza: vi è scissione tra il soggetto che stabilisce le norme "derogabili" ed il soggetto che, esercitando la delega, pone in essere la deroga vera e propria. Sul punto vedi V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2007, pagg. 363 e ss.; C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, relazione al convegno *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Università Roma Tre, 6 e 7 ottobre 2005, nonché S. D'ANTONIO, *Organi straordinari e amministrazione dell'emergenza*, in *Atti del Convegno su Interesse pubblico e disegno organizzativo delle pubbliche amministrazioni*, Palermo, 20 e 21 febbraio 2009, ove osserva che in genere il ruolo di commissario è svolto dal titolare dell'organo apicale dell'ente cui spetterebbe intervenire in via ordinaria (Presidente di Regione, Presidente di Provincia, Sindaco), per cui sembrerebbe che il carattere straordinario dell'organo risieda, più che nello spostamento dell'attribuzione, nel riconoscimento al medesimo di poteri emergenziali.

Questa terza ipotesi si è verificata in occasione della dichiarazione dello stato di calamità ambientale nella Regione Puglia. Il d.P.C.M. del 8 novembre 1994 ha dichiarato lo stato d'emergenza; con ordinanza dello stesso giorno il Presidente del Consiglio dei Ministri ha delegato il Prefetto di Bari ad attivare e realizzare gli interventi necessari a fronteggiare la situazione imponendogli l'obbligo di riferire ogni due mesi ai Ministri competenti (art. 1) ed ha individuato le leggi, gli atti aventi forza di legge ed i regolamenti dello Stato e della Regione che possono essere derogati dal commissario delegato nell'esercizio del potere di ordinanza (art. 2). Va sottolineato che, in ogni caso, la decisione sulla deroga (o sulla derogabilità) della disciplina ordinaria è sempre adottata con un atto formalmente amministrativo, il cui contenuto non è per nulla predeterminato dalla fonte primaria.

“Agenzia di protezione civile”, posta sotto la vigilanza del Ministro dell’interno, dotata di personalità giuridica e di autonomia regolamentare, amministrativa e finanziaria (art. 79)⁸⁶. Si intendeva, in tal modo, costituire una struttura indipendente che, sulla base di valutazioni puramente tecniche, fronteggiasse i casi eccezionali in materia di calamità naturali ed emergenze ambientali.

La riforma però non ha trovato attuazione fino a quando, nel 2001, il Governo ha approvato il decreto legge n. 343 del 2001 per sopprimere la nascita Agenzia⁸⁷, ripristinando il riparto di competenze precedente⁸⁸ e mantenendo quindi il servizio di protezione civile sotto la direzione politica del Dipartimento della Presidenza del Consiglio.

Durante il procedimento di conversione del medesimo decreto legge concluso con la legge n. 401 del 2001, il Parlamento ha inserito l’art. 5-bis. (dedicato al redivivo “Dipartimento della protezione civile”) il cui 5° comma stabilisce che «Le disposizioni di cui all’articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, si applicano anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza».

La breve disposizione – con discutibile tecnica normativa – attraverso il rinvio alla norma attributiva del potere di ordinanza, compie un’operazione di rilevante portata: essa stabilisce che il potere straordinario (di disporre con ordinanza amministrativa in deroga ad ogni disposizione vigente) possa essere esercitato *anche in assenza di un fatto emergenziale* e quindi senza presupporre, quale condizione di legittimità, la delibera dello stato d’emergenza da parte del Consiglio dei Ministri. La fonte primaria inoltre non tipizza la sfuggente categoria dei “grandi eventi” limitandosi a fare riferimento – in modo estremamente generico – a circostanze «che determinino situazioni di grave rischio» in ordine «alla tutela dell’integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell’ambiente dai danni o dal pericolo di danni».

Le principali questioni che la novella legislativa pone e su cui ci si deve

⁸⁶ Nell’Agenzia venivano razionalmente concentrate le funzioni ed i compiti in materia di protezione civile fino ad allora svolti da tre complessi amministrativi: 1) la direzione generale della protezione civile e il servizio antincendi presso Ministero dell’interno; 2) il dipartimento della protezione civile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri; 3) il Servizio sismico nazionale. Secondo l’art. 81, lett. c) del decreto spettava all’agenzia la “predisposizione” delle ordinanze di cui all’art. 5 della L. n. 225/92. Sulla portata della riforma vedi T. MIELE, *Con l’Agenzia si unifica la protezione civile*, in *Guida al diritto*, 1999, n. 35, pagg. 108 e ss.

⁸⁷ Attraverso gli artt. 1, 2 e 3 del decreto legge n. 343 del 7.9.2001, convertito dalla legge n. 401 del 9.11.2001 avente ad oggetto la “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, recante disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture preposte alle attività di protezione civile”.

⁸⁸ Peraltro, dopo la riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione del 2001, la materia della «protezione civile» rientra nella legislazione concorrente (art. 117, terzo comma) per cui allo Stato spetterebbe la sola indicazione dei principi fondamentali: in tal modo ciascuna Regione, nel rispetto dei principi, sarebbe abilitata ad adottare la disciplina di dettaglio sulla protezione civile con l’effetto di privare d’efficacia le corrispondenti norme statali. Cfr. O. FORLENZA, *Con l’entrata in vigore della nuova Costituzione normativa “claudicante” sul ruolo delle Regioni*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 45, pagg. 30 e ss.

soffermare sono due: anzitutto occorre collocare in sistema la tipologia del “grande evento”; quindi, e in connessione, va valutata la natura ordinaria o straordinaria di questo nuovo presupposto.

Sulla prima questione bisogna dare risposta alla fondamentale domanda: il “grande evento” è una *species* del *genus* “calamità naturali” (ovvero vi è un rapporto risolvibile secondo il criterio di specialità) oppure è un *genus* a parte, cui però sono ricollegati gli stessi effetti straordinari previsti dalla legge sulla protezione civile? Il quesito ruota intorno alla corretta interpretazione dell’elenco tassativo contenuto nell’art. 2 della legge n. 225 del 1992 («calamità naturali, catastrofi o *altri eventi* che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari») della cui intrinseca ambiguità si è già detto.

Secondo la prima lettura, nell’ipotesi residuale degli “altri eventi” rientrerebbe anche il “grande evento” per cui la novella del 2001 si limiterebbe ad esplicitare ciò che *in nuce* era già contenuto nella legge del 1992. Perché ciò sia possibile, ovviamente, si deve ritenere che calamità naturali, catastrofi e grandi eventi abbiano natura omogenea e perciò vengano ricompresi nella medesima disciplina (*iadem ratio, eadem dispositio*): in questa ottica l’art. 5-bis avrebbe «enucleato una volta per tutte il principio già esistente nella normativa vigente, ovvero sia che la disciplina afferente agli eventi calamitosi si applica anche ai cosiddetti “grandi eventi” essendo questi ultimi una partizione della categoria residuale degli “altri eventi”»⁸⁹.

La tesi non pare convincente perché sembra indubitabile che una calamità naturale o una catastrofe siano fenomeni ben diversi da un incontro religioso o un vertice internazionale: mentre le prime sono causate dalle forze della natura e sfuggono alla volontà e al controllo umano, i secondi sono eventi voluti e organizzati dall’uomo. Anzi si tratta di due categorie che si pongono agli antipodi di una scala che è composta da quattro tipi di accadimenti:

- 1) i fatti naturali, che hanno un’origine interamente naturale (terremoti, alluvioni, eruzioni vulcaniche, frane) e provocano effetti antiggiuridici nell’ordinamento;
- 2) le crisi ambientali, che sono causate dall’interazione fra uomo ed ecosistema (incidenti industriali, contaminazioni, inquinamenti di falde acquifere, incendi, epidemie) e vengono subite dalla comunità;
- 3) le emergenze sociali, che sono causate da condotte interamente umane (crisi idriche o alimentari, emergenze nei trasporti, immigrazioni di massa, esodi, atti terroristici) ma che pure sono patite dal corpo sociale;
- 4) i grandi eventi, non solo causati da condotte umane, ma espressamente voluti e organizzati in quanto ritenuti utili dal profilo sociale, economico o politico.

⁸⁹ Cfr. G. BERTOLASO, *Risposta del Governo ad interpellanza urgente*, Camera dei Deputati, seduta del 15.4.2010, n. 2-00647.

Ebbene il concetto di “altri eventi” contenuto nell’art. 2 della legge n. 225 del 1992, certamente ricomprende i fatti di cui al punto 1 e, attraverso un ragionamento di tipo analogico, include anche quelli di cui al punto 2. Per quanto riguarda le emergenze sociali esso possono legittimare l’uso di strumenti giuridici eccezionali, ma non tutte paiono suscettibili nelle fattispecie di protezione civile. Invece nessuna analogia può esistere rispetto ai grandi eventi, le cui caratteristiche sono del tutto differenti dal *genus* dei casi originariamente fronteggiabili con ordinanze di protezione civile.

Rimane quindi la seconda prospettiva ermeneutica, per la quale l’art. 5-bis della legge n. 401 del 2001 ha carattere prettamente innovativo perché introduce una diversa ipotesi, non ricompresa negli “altri eventi” della legge n. 225 del 1992, e in tal modo amplia il catalogo delle situazioni nelle quali è possibile instaurare il regime d’eccezione e attivare il potere necessitato di ordinanza. Rimane il fatto che l’art. 5-bis fa leva su una ambiguità di fondo dell’impianto della legge sulla protezione civile, che la dottrina più avveduta aveva colto fin dalle origini.

Passando alla seconda questione va valutata la natura ordinaria o straordinaria del nuovo presupposto. Affinché si abbia un “fatto straordinario” che giustifica sulla base di un “giudizio di necessità” l’instaurazione dello “stato d’eccezione”, occorrono peculiari caratteristiche⁹⁰, fra cui l’essenziale *imprevedibilità* dell’evento. Il fatto emergenziale, infatti, sopraggiunge in modo inaspettato alterando la civile convivenza così che il diritto normalmente vigente non è più in grado di offrire una risposta giuridica adeguata. Non ogni lacuna normativa giustifica il ricorso ai poteri d’emergenza ma solo quella che è conseguenza diretta di un evento inaspettato, che sfugge alla capacità di previsione umana e *perciò* non è altrimenti fronteggiabile.

Si rifletta sul fatto che gli istituti emergenziali hanno due facce: da un lato essi sono – per definizione – più incisivi dei mezzi ordinari, consentendo all’autorità di perseguire con maggiore efficacia gli obiettivi della propria azione. Allo stesso tempo, però, questi poteri comportano gravi deroghe al principio di separazione dei poteri, alla forma di governo ed alla stessa garanzia delle libertà, le quali sono accettabili solo di fronte ad un fatto straordinario che pone in pericolo diritti, beni e principi giuridicamente riconosciuti. Al di fuori di questo essenziale presupposto il ricorso a competenze emergenziali rappresenta uno dei modi attraverso i quali i governanti violano il sistema di limiti e controlli che presidia il loro operato. Occorre quindi sempre distinguere la natura straordinaria del fatto (che rende legittima l’instaurazione dello stato

⁹⁰ Il primo elemento del modello dell’emergenza giuridica è appunto il “fatto emergenziale” che è dotata delle seguenti caratteristiche: a) sopraggiunge in un certo tempo; b) è di durata provvisoria; c) non è previsto dall’ordinamento normalmente vigente; d) è capace di ledere o mettere in pericolo interessi giuridicamente garantiti. Tale presupposto fattuale, nel momento in cui si rapporta con l’ordinamento vigente, pone un problema giuridicamente rilevante che è sintetizzabile nella proposizione: il diritto vigente è inadeguato (Cfr., G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit. pag. 162 e ss.).

d'eccezione), dall'utilità di affrontarlo con mezzi straordinari (che c'è sempre ma non giustifica alcunché).

Non è però sufficiente affermare che «un grande evento, nonostante l'attivazione di un'adeguata pianificazione in grado di assicurare, per quanto possibile, condizioni di adeguata tutela della pubblica e privata incolumità, costituisce comunque una situazione straordinaria, potenzialmente in grado di generare stravolgimenti nel sistema ordinario con la probabilità di accrescere i rischi connessi allo svolgimento della vita di relazione che, in tali occasioni, possono essere solo parzialmente prevedibili e prevenibili»⁹¹.

Il ragionamento invero presuppone proprio che la situazione sia, non solo ampiamente prevista, ma addirittura creata dagli stessi organizzatori: il "grande evento" è un accadimento sociale che è stato *deciso e voluto*, in un certo luogo ed in una certa data, dai soggetti promotori. Allora dichiarare l'emergenza sulla base di un "fatto" che si è intenzionalmente posto in essere, pare una palese forzatura della logica giuridica: in analogia con il diritto penale, sarebbe come riconoscere lo stato di necessità a colui che si è consapevolmente posto in una situazione di pericolo pur prevedendone tutti i rischi e con la precisa intenzione di invocare quella esimente.

Del resto al caso dei grandi eventi, oltre alla imprevedibilità, non sono applicabili anche altre due tipiche categorie dell'emergenza pubblica: la *prevenzione* e la *successione cronologica* fra fatto emergenziale e stato d'eccezione. Compito dell'autorità, ad ogni livello di governo, è quello di adoperarsi in anticipo per impedire, nei limiti del possibile, che si verifichino fatti straordinari lesivi di interessi, beni e principi giuridicamente tutelati: ebbene non sarebbe pensabile di adoperarsi per prevenire un grande evento, visto che esso è espressamente voluto e organizzato dalla stessa autorità. Inoltre, mentre in caso di calamità lo stato d'emergenza viene dichiarato dopo l'evento straordinario, nel caso dei grandi eventi l'instaurazione dello speciale regime giuridico precede anche di parecchi anni⁹² il verificarsi dell'evento da fronteggiare.

Sul piano del procedimento la dichiarazione di "grande evento", in base al laconico testo dell'art. 5 ("Competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile") della legge n. 401 del 2001, sembra spettare, non già al Governo nella sua collegialità, bensì alla persona del Presidente del Consiglio attraverso un suo d.P.C.M.⁹³. Va comunque segnalato che nella

⁹¹ Cfr. G. BERTOLASO, *Risposta del Governo ad interpellanza urgente*, cit.

⁹² Ad esempio, la dichiarazione di grande evento nella città di Milano relativa all'«Expo Universale 2015» è avvenuta ben otto anni prima della data prevista e cioè nel 2007 (cfr il d.P.C.M. del 30.8.2007). Successivamente sono stati emanati altri tre d.P.C.M. (22.10.2008, 7.4.2009 e 1.3.2010) e si è intervenuto anche con disposizioni contenute in due decreti legge (art. 14 del D.L. n. 112 del 2008 e art. 3-quinquies del D.L. n. 135 del 2009).

⁹³ Secondo l'art. 5, primo comma «Il Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero il Ministro dell'interno da lui delegato, determina le politiche di protezione civile, detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile, promuove e coordina le attività delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato,

prassi applicativa ricorre il passaggio in Consiglio dei Ministri prima dell'adozione del decreto.

E' evidente quanto questa novità incida sull'impianto originario della legge del 1992, al punto che lo stesso decreto legge, all'art. 6, prevede che «Sono abrogate le disposizioni della legge 24 febbraio 1992, n. 225, incompatibili con il presente decreto». Una clausola di abrogazione tacita, in sé inutile, ma assai significativa della consapevolezza di scardinare la tassativa enumerazione dei presupposti e le garanzie procedurali che la stessa legge sulla protezione civile aveva posto a condizione e limite del potere straordinario.

La seconda estensione del potere di ordinanza è avvenuta con il decreto legge n. 90 del 2005⁹⁴ il quale, oltre ad escludere dall'attività di protezione civile il Ministro dell'interno concentrandone la responsabilità nel capo dell'esecutivo⁹⁵, rende possibile esercitare il potere necessitato di ordinanza anche all'estero, in coordinamento con il Ministero degli affari esteri, sia per uno stato d'emergenza connesso a catastrofi naturali, sia in occasione di un grande evento⁹⁶.

Il terzo intervento sull'impianto della legge n. 225 del 1992 è avvenuto con il decreto legge n. 90 del 2008⁹⁷ che, attraverso una norma di interpretazione autentica⁹⁸, ha sottratto con effetti retroattivi le ordinanze di protezione civile al

delle regioni, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione ed organizzazione pubblica e privata presente sul territorio nazionale, finalizzate alla tutela dell'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi o da altri grandi eventi, che determinino situazioni di grave rischio, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (...).

⁹⁴ Convertito dalla Legge n. 152 del 26 luglio 2005 avente ad oggetto la "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2005, n. 90, recante disposizioni urgenti in materia di protezione civile".

⁹⁵ Secondo l'art. 4, primo comma «Al fine di garantire l'uniforme determinazione delle politiche di protezione civile, delle attività di coordinamento e dei relativi poteri di ordinanza, nonché il conseguenziale, unitario ed efficace espletamento delle attribuzioni del Servizio nazionale della protezione civile, è attribuita (...) la titolarità della funzione in materia di protezione civile al Presidente del Consiglio dei Ministri che può delegarne l'esercizio (...) fatte salve le competenze regionali previste dalla normativa vigente. Le disposizioni previste dagli articoli 1, limitatamente alle politiche di protezione civile, 3, 5, 6-bis del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, recanti riferimenti al Ministro od al Ministero dell'interno, sono conseguentemente abrogate».

⁹⁶ Il secondo comma dello stesso art. 4 prevede che «Ferma le competenze in materia di cooperazione del Ministero degli affari esteri, l'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e l'articolo 5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, si applicano anche agli interventi all'estero del Dipartimento della protezione civile, per quanto di competenza in coordinamento con il Ministero degli affari esteri. Per gli interventi di cui all'articolo 11, comma 2, della legge 26 febbraio 1987, n. 49, possono essere adottate anche le ordinanze di cui all'articolo 5, comma 3, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, su richiesta della Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo».

⁹⁷ Convertito dalla legge n. 123 del 14 luglio 2008 avente ad oggetto la "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90, recante misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile".

⁹⁸ L'art. 14 ("Norma di interpretazione autentica") stabilisce che «L'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché l'articolo 5-bis, comma 5, del decreto legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con

“visto” della Corte dei conti che, per gli atti dell’esecutivo privi di forza di legge, costituisce una generale condizione di efficacia: in tal modo si è eliminato l’unico controllo preventivo di legittimità a cui la competenza straordinaria era sottoposta in attuazione dell’art. 100 della Costituzione.

Va comunque tenuto presente che la giurisprudenza contabile, in passato, ha ritenuto la non automatica assoggettabilità delle ordinanze di necessità «perché non ascrivibili ad alcuna delle tipologie tassativamente previste» dalla legge n. 20 del 1994: solo laddove esse rientrino in tali fattispecie e «indipendentemente dal loro *nomen iuris*» la Corte dei conti è tenuta ad esercitare «il suo potere-dovere» di controllo preventivo, quindi anche dopo la norma di interpretazione autentica del 2008⁹⁹. In realtà però fra le ipotesi legali per cui è stabilito il visto della magistratura contabile vi sono due categorie nelle quali paiono rientrare le ordinanze di necessità: il «provvedimento emanato a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri» (lettera a dell’art. 3, comma 1 della legge n. 20 del 1994) e l’«atto normativo a rilevanza esterna» (lettera c).

La quarta novità è contenuta nel testo del decreto legge n. 2 del 2010 il cui art. 4 (“Disposizioni per la funzionalità degli enti locali”) al comma 4-novies esclude dal patto di stabilità le spese degli enti locali per le opere collegate agli stati di emergenza ed ai grandi eventi¹⁰⁰. Vale la pena di notare che, mentre la deroga al vincolo finanziario potrebbe essere giustificata dalla necessità di intervenire in caso di catastrofi naturali, appare irragionevole esentare gli enti locali per eventi che nulla hanno a che vedere con l’improcrastinabilità e l’urgenza.

Guardando alla disciplina di risulta, soprattutto dopo gli interventi normativi del 2001 e del 2008, emerge un quadro piuttosto allarmante: la disciplina vigente attribuisce al Presidente del Consiglio un potere di natura *straordinaria* (atto amministrativo in deroga alla legge) in condizioni per definizione *ordinarie* (organizzazione di un grande evento), in tal modo scindendo il fondamentale collegamento fra il fatto emergenziale e lo stato d’eccezione destinato a fronteggiarla.

modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, si interpretano nel senso che i provvedimenti adottati ai sensi delle predette disposizioni non sono soggetti al controllo preventivo di legittimità di cui all’articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

⁹⁹ In tal senso vedi la deliberazione n. 5/2010/P della Corte dei conti depositata il 18.3.2010 in cui si afferma che «più volte la Corte ha ritenuto che determinati atti, pur trasmessi per il controllo, non fossero da assoggettare al medesimo, perché non ascrivibili ad alcuna delle tipologie tassativamente previste; per converso, e nel medesimo spirito, la Corte ha ripetutamente esercitato il suo potere-dovere di dichiarare soggetti a controllo di legittimità atti che non le erano stati trasmessi, allorché ha ritenuto che determinati atti, anche indipendentemente dal loro *nomen iuris*, rientrassero in una delle tipologie indicate dal ripetuto art. 3, comma 1 della legge 20/1994. In altre parole, anche nella presente circostanza la Corte non rivendica un potere, ma verifica se abbia il dovere di esercitare il controllo ad essa affidato dalla legge».

¹⁰⁰ Nel comma si legge che «Gli interventi realizzati direttamente dagli enti locali in relazione allo svolgimento delle iniziative di cui all’articolo 5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, sono equiparati, ai fini del patto di stabilità interno, agli interventi di cui all’articolo 77-bis, comma 7-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133».

Come la storia costituzionale insegna, gli istituti straordinari sono costantemente sottoposti ad una pressione politica che tende ad interpretarne in modo estensivo i presupposti legittimanti: il caso più noto nel nostro ordinamento è rappresentato dalla decretazione ex art. 77 Cost., nei cui «casi straordinari di necessità ed urgenza» vengono a volte sussunte fattispecie concrete decisamente ordinarie. Nel caso in esame però accade che la norma attributiva della competenza straordinaria *expressis verbis* consenta al titolare del potere d'emergenza di esercitarlo – senza alcun abuso applicativo – in situazioni del tutto normali e prevedibili, che invece dovrebbero essere gestite con gli strumenti normativi e amministrativi ordinari.

Sul piano dell'*iter* si aggiunge la circostanza paradossale per cui il procedimento instaurativo dello stato di emergenza è più garantito di quello necessario a dichiarare un grande evento: infatti nel primo caso è giuridicamente necessaria una delibera del Consiglio dei Ministri, mentre nel secondo il Presidente del Consiglio potrebbe adottare il d.P.C.M. anche in base ad una decisione monocratica. In entrambi i casi, poi, fra la decisione dell'esecutivo e l'entrata in vigore delle ordinanze, è escluso qualunque controllo di legittimità.

3.3. La prassi attuativa delle ordinanze di protezione civile e per grandi eventi

Passando all'esame degli stati di emergenza dichiarati e delle ordinanze concretamente adottate sulla base della legge sulla protezione civile e delle successive disposizioni legislative, occorre fare qualche cenno alla prassi attuativa da tre profili: tipologie di eventi legittimanti (nelle due categorie dell'emergenza di protezione civile e del grande evento), aspetto quantitativo (numero di d.P.C.M. e di o.P.C.M. adottati) e aspetto qualitativo (portata derogatoria delle misure ed eventuale concorso di decreti legge).

Guardando agli eventi che hanno dato origine a stati d'emergenza in base alla legge n. 225 del 1992, troviamo anzitutto le calamità naturali, soprattutto terremoti¹⁰¹ e, in misura minore, eruzioni vulcaniche¹⁰² ed eventi idrogeologici¹⁰³. Per quanto riguarda gli eventi antropici si registrano poche dichiarazioni d'emergenza e conseguenti ordinanze, in occasione di inquinamenti ambientali di origine industriale¹⁰⁴ oppure in due casi di pericolo di epidemie¹⁰⁵. Infine, tra la fine degli anni '90 e i primi anni del decennio successivo, si è assistito

¹⁰¹ In particolare in occasione dei sismi in Umbria e Marche (settembre-ottobre 1997), Basilicata e Calabria (settembre 1998), Alto Adige (luglio 2001), Sicilia (settembre-ottobre 2002), Molise, (ottobre 2002), Lazio (agosto 2005), L'Aquila (aprile 2009). Si registrano poi dichiarazioni d'emergenza anche per terremoti in territorio straniero come, ad esempio, ad Haiti (gennaio 2010) e in Cile (febbraio 2010).

¹⁰² In particolare le eruzioni del vulcano Stromboli (2002-2003 e 2007) e del vulcano Etna (2002-2003): in quest'ultimo caso si utilizzò sia la dichiarazione d'emergenza di protezione civile (col conseguente ricorso al potere di ordinanza) sia la decretazione d'urgenza.

¹⁰³ In particolare per vari dissesti idrogeologici negli anni 2007, 2008, 2009 e 2010.

all'utilizzazione dei poteri straordinari di protezione civile per affrontare alcuni esodi di massa da paesi limitrofi e conseguenti immigrazioni nel nostro paese, a volte congiuntamente al ricorso alla decretazione d'urgenza¹⁰⁶.

Per quanto riguarda i "grandi eventi", dal 2001 ad oggi, si contano 34 dichiarazioni (1 nel 2001, 6 nel 2002, 3 nel 2003, 3 nel 2004, 5 nel 2005, 3 nel 2006, 6 nel 2007, 7 nel 2008 e 1 nel 2009¹⁰⁷) la cui connotazione è sintetizzata dalla seguente tabella:

Religione cattolica	17	50,0 %
Vertice internazionale	10	29,4 %
Competizione sportiva	6	17,6 %
Unità d'Italia	1	2,9 %
<hr/>		
Totale	34	100,0 %

Passando all'aspetto quantitativo, nonostante gli sforzi, la situazione è piuttosto confusa perché le due statistiche normative allo stato disponibili giungono a risultati sensibilmente diversi, sia sul numero complessivo delle ordinanze emanate, sia sul *trend* del ricorso ai poteri straordinari di protezione civile.

Per questa ragione si è ritenuto di raccogliere ed elaborare anche i dati pubblicati sul sito web della Protezione civile con riferimento, non solo alle ordinanze (o.P.C.M.), ma anche ai d.P.C.M. che dichiarano lo stato d'emergenza, lo modificano o lo revocano. La successiva tabella rappresenta i dati provenienti dalle tre fonti che, al momento, sono disponibili sulla

¹⁰⁴ Si vedano gli inquinamenti dello Stabilimento Ecolibarna (2003 e 2008), nonché altri incidenti negli anni 2007 e 2009.

¹⁰⁵ Ci si riferisce all'epidemia da SARS nel 2003 e a quella da H1N1 nel 2009-2010: in entrambi i casi le ordinanze di protezione civile furono affiancate da ordinanze del Ministro della Salute ex art. 32 della legge n. 833 del 1978.

¹⁰⁶ Nel marzo 1997, a seguito dell'esodo di massa di popolazione proveniente dall'Albania, il Governo ha approvato il decreto legge n. 60 del 19.3.1997 e nello stesso giorno il Presidente del Consiglio ha decretato lo stato d'emergenza sul territorio italiano «interessato», ai sensi della legge istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile. Sia il decreto del Presidente della Repubblica sia il decreto del Presidente del Consiglio sono stati pubblicati nella medesima Gazzetta Ufficiale. In questo caso, si è ritenuto sussistente il presupposto legittimante ex art. 2, lett. c) per la presenza di un «anomalo afflusso di cittadini albanesi», che «è causa di notevoli disagi al tessuto sociale, economico e sanitario della nazione» e quindi «deve essere fronteggiato con mezzi e poteri straordinari». Vedi G. MARAZZITA, *Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania*, in *Giur. Cost.*, 1997, pagg. 2099 e ss. Invece il 20 marzo 2002 il Governo ha dichiarato lo stato d'emergenza per fronteggiare l'eccezionale afflusso di persone extracomunitarie su tutto il territorio nazionale.

¹⁰⁷ Si tenga presente che tra il momento della dichiarazione di grande evento con d.P.C.M. e l'evento stesso possono intercorrere anche vari anni. Oltre al citato caso dell'Expo Universale di Torino del 2015 (dichiarato grande evento nel 2007) abbiamo il caso dei Campionati del mondo di ciclismo su strada del 2008 (dichiarato nel 2005), il Forum universale delle culture a Napoli del 2013 (dichiarato nel 2007 e revocato nel 2008), le Celebrazioni per il 150° anniversario dell'unità d'Italia del 2011 (dichiarato nel 2007) e il Congresso eucaristico nazionale ad Ancona del 2011 (dichiarato nel 2007).

competenza straordinaria (in grassetto, per ciascun anno, si sono evidenziati i dati conformi fra le varie fonti):

Anno di emissione	ZACCARIA ¹⁰⁸ (ordinanze) (d.P.C.M.)	BERTOLASO ¹⁰⁹ (ordinanze)	SITO WEB PROT.CIV. (ordinanze)	
	-			
1992	0	110	-	-
1993	0	34	-	-
1994	2	49	-	-
1995	2	20	1	2
1996	2	80	28	-
1997	0	233	90	-
1998	0	178	82	2
1999	0	124	46	5
2000	1	70	57	5
2001	1	69	68	17
2002:	40	89	88	113
2003:	72	72	72	77
2004:	59	58	56	88
2005:	99	99	96	52
2006:	71	70	45	40
2007:	79	79	74	73
2008:	87	91	91	88
2009:	108	109	108	99
2010 ¹¹⁰ :	-	23	23	22

Come si vede, le maggiori discrepanze riguardano il periodo dal 1992 al 2001 nel quale, secondo la fonte Zaccaria sarebbero state emanate solo 8 ordinanze, mentre secondo il Governo le ordinanze sarebbero ben 967. Fermo restando che il tema merita maggiore approfondimento analitico, è possibile dire che dall'esame dei dati sulle ordinanze pubblicate nel sito della Protezione civile risulta che entrambe le fonti indicano dati non corretti, la prima sottovalutando fortemente l'effettiva produzione normativa, la seconda sopravvalutando le emanazioni, soprattutto nel triennio 1997-1999 (in corsivo nella tabella si sono evidenziati i dati più incerti).

¹⁰⁸ I dati si trovano in E. ALBANESI – E. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» si decreti-legge (ed altri scostamenti dalla L. n. 225 del 1992)*, in Giur. Cost., 2009.

¹⁰⁹ I dati sono contenuti nella documentazione depositata dal Governo alla Camera dei Deputati nell'aprile 2010 (Cfr. G. BERTOLASO, *Risposta del Governo ad interpellanza urgente*, cit.).

¹¹⁰ Alla data del 31 marzo 2010.

Invece dal 2001 in poi le due fonti, ed anche i dati di nostra elaborazione, forniscono valori sostanzialmente coincidenti, che sono indicativi: di un massiccio ricorso agli stati d'emergenza di protezione civile ed al potere di ordinanza; di un *trend* crescente soprattutto negli ultimi cinque anni.

Per quanto riguarda l'aspetto qualitativo va osservato che la gran parte delle ordinanze adottate in base ai commi 1 e 2 dell'art. 5 della legge n. 225 del 1992 esercitano la capacità derogatoria di norme vigenti, anche di livello primario. Invece gli atti straordinari adottati secondo il comma 3 dello stesso art. 5 non posseggono, e concretamente non esercitano, alcuna deroga sulla disciplina in vigore.

Infine, rispetto al concorso tra potere di ordinanza e decretazione d'urgenza ex artt. 77 Cost., nei primi anni dopo il 1992 riscontriamo il ricorso esclusivo al potere di ordinanza. Successivamente, soprattutto di fronte ad eventi straordinari di maggiore portata, si verifica l'utilizzazione congiunta del potere di ordinanza e degli atti provvisori con forza di legge¹¹¹. In questi casi assistiamo ad un peculiare intreccio di competenze straordinarie in cui i due istituti assumono morfologie anomale, a volte dandosi reciproca attuazione¹¹².

¹¹¹ Ad esempio, in occasione della «situazione socio-economico-ambientale» determinatasi nella regione Puglia nel novembre del 1994 (anche a causa dell'immigrazione clandestina), il Governo applicò la legge n. 225/92, dichiarando lo stato d'emergenza (d.P.C.M. 8 novembre 1994) e contestualmente il Presidente del Consiglio emanò un'ordinanza di necessità con cui disponeva gli interventi immediati (vedi G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, pagg.239 e ss.; nonché G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la L. n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost.*, 1996, pagg. 505 e ss. Diversamente, in occasione dell'esodo dall'Albania del marzo 1997, il Governo provvide sia attraverso la decretazione d'urgenza sia con il potere d'ordinanza: il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legge n. 60 del 19.3.1997 mentre il Presidente del Consiglio ha decretato lo stato d'emergenza, legittimando l'esercizio del potere di ordinanza; dopo circa un mese, è stato emanato il decreto legge n. 108 del 24.4.1997. Per l'analisi degli inconvenienti che la concorrenza dei due poteri straordinari comporta, vedi G. MARAZZITA, *Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania*, cit. Il ricorso ad un'utilizzazione congiunta dei due istituti emergenziali si riscontra anche nella prassi successiva: in occasione degli eventi sismici verificatisi nelle regioni Marche e Umbria a partire dal settembre 1997, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha emanato il d.P.C.M. 27 settembre 1997 per dichiarare lo stato d'emergenza e, sulla base di tale dichiarazione, il Governo ha adottato ben undici ordinanze (28 settembre 1997, n. 2668; 1 ottobre 1997, n. 2669; 13 ottobre 1997, n. 2694; 31 ottobre 1997, n. 2706; 20 novembre 1997, n. 2717; 28 novembre 1997, n. 2719; 15 dicembre 1997, n. 2725; 22 dicembre 1997, n. 2728; 6 febbraio 1998, n. 2742; 31 marzo 1998, n. 2779; 9 aprile 1998, n. 2783). Parallelamente, l'Esecutivo ha deliberato anche due decreti legge (il D.L. n. 364 del 27.10.97 e il D.L. n. 6 del 30.1.1998). A fronteggiare gli eventi franosi che hanno interessato le province di Salerno, Avellino e Caserta nel maggio 1998, si registra il d.P.C.M. 8 maggio 1998 che, sempre ai sensi della legge n. 225/92, dichiara lo stato d'emergenza ed attiva il potere di ordinanza (esercitato per la prima volta con l'ordinanza 21 maggio 1998, n. 2787) nonché il D.L. n. 180 del 11.6.1998. Oltre a numerose ordinanze, per il sisma in Molise sono stati emanati i decreti legge n. 245/2002 e n. 15/2003, per l'emergenza rifiuti in Campania ben 8 decreti legge (nn. 14/2005, 245/2005, 263/2006, 61/2007, 248/2007, 90/2008, 172/2008 e 195/2009), per il sisma in Abruzzo i decreti legge n. 39 del 2009 e n. 195 del 2009.

¹¹² Sugli inconvenienti del ricorso congiunto (e su alcuni casi abnormi) vedi di recente E. ALBANESI – E. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» si decreti-legge (ed altri scostamenti dalla L. n. 225 del 1992)*, cit.

4. La legittimità costituzionale del potere di ordinanza secondo il giudice delle leggi

Come è noto la Corte costituzionale, chiamata in più di un'occasione a verificare la legittimità delle norme attributive del potere di ordinanza, pur con alcuni aggiustamenti, ha sempre salvato l'esistenza delle norme primarie che attribuiscono la competenza: il *punctum dolens*, sul piano della conformità a Costituzione, è la capacità di un atto formalmente amministrativo di sospendere e derogare norme di livello primario¹¹³.

Ad evitare interpretazioni estreme, è bene precisare che un serio sospetto di incostituzionalità aleggia solo sulle leggi che attribuiscono un potere di ordinanza "libero" cioè congiuntamente caratterizzato da tre elementi: portata generale (ovvero il cui il presupposto legittimante è definito in termini generici), a contenuto libero (ovvero le cui misure concrete non sono tipizzate dalla norma attributiva) e idoneo a prevalere (in termini di sospensione e deroga provvisoria) su tutta la normativa vigente, anche primaria, fatta eccezione per i principi generali dell'ordinamento giuridico.

Nella categoria rientrano: l'art. 2 del T.U.L.P.S., che però nella prassi è piuttosto recessivo e interpretato restrittivamente, l'art. 54 del T.U.E.L., che è stato delimitato nei presupposti (seppure con decreto ministeriale), l'art. 8 della legge sul Ministero dell'ambiente, che è assai scarsamente utilizzato e infine il rilevante potere di ordinanza ex art. 5 della legge n. 225 del 1992 in materia di protezione civile e grandi eventi.

Nelle altre ipotesi che abbiamo analizzato, invece, la legge vincola adeguatamente la potestà amministrativa (tipizzando i presupposti e/o le misure

¹¹³ Oltre a tale profilo, l'organo di legittimità costituzionale ha affrontato anche il problema dell'ammissibilità della deroga alla normativa primaria: tra le numerose decisioni vedi le sentenze della Corte costituzionale n. 50 del 1968, n. 208 del 1971, n. 154 del 1972, n. 130 del 1975, n. 15 del 1982, n. 161 del 1983, n. 307 del 1983, n. 188 del 1984, n. 356 del 1985, n. 100 del 1987, n. 533 del 1988, n. 966 del 1988, n. 418 del 1992. Per indicazioni sulla dottrina che si è occupata del tema, tra gli altri, vedi V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Le Regioni*, 1987, pagg. 1572 e ss.; S. BARTOLE, *La primarietà di valori costituzionali è giustificazione di interventi di emergenza?*, in *Le Regioni*, 1986, pagg. 1283 e ss.; L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15*, in *Giur. Cost.*, 1982, pagg. 98 e ss.; MERUSI, *Le catastrofi «ripartite»*, in *Giur. Cost.*, 1971, pagg. 2319 e ss.; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. Cost.*, 1982, pagg. 108 e ss.; P. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1983, pagg. 592 e ss.; P. PINNA, *Le competenze regionali in condizioni di emergenza*, in *Le Regioni*, 1984, pagg. 143 e ss.; RAMPULLA, *Gli interventi per la ripresa economica nelle zone colpite da calamità naturali*, in *Le Regioni*, 1979, pagg. 341 e ss.; SEVERI, *L'attività di soccorso alle popolazioni terremotate del Friuli*, in *Le Regioni*, 1976, pagg. 1024 e ss.; TERESI, *Osservazioni minime su legislazione statale di emergenza e competenze regionali in materia urbanistica*, in *Giur. Cost.*, 1988, pagg. 2523 e ss.

Di recente la Corte è tornata sul tema dei rapporti fra Stato ed enti locali in materia di potere di ordinanza con le sentenze n. 222 del 2006 e n. 196 del 2009, sulla quale ultima vedi T.F. GIUPPONI, *"Sicurezza urbana" e ordinanze sindacali: un primo (e inevitabilmente parziale) vaglio del Giudice delle leggi*, in *Le Regioni*, 2009, pagg. 1421-1434 e P. BONETTI, *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei Sindaci in materia di sicurezza urbana e l'opinabile sopravvivenza dei Sindaci quali "ufficiali di Governo"*, in *Le Regioni*, 2009, pagg. 1403-1420.

d'emergenza) e la competenza straordinaria pare meno difficilmente armonizzabile con la Costituzione repubblicana. Infatti, attraverso l'enumerazione dei casi legittimanti ovvero la previsione delle misure d'emergenza adottabili, la norma attributiva predetermina – in astratto – la portata della deroga alle fonti primarie impedendo, nel rispetto del principio di legalità, che un atto amministrativo possa disporre, a suo arbitrio, della forza della legge.

Passando all'esame¹¹⁴ della giurisprudenza costituzionale occorre partire dalla sentenza n. 8 del 2 luglio 1956, in cui la Corte, pur auspicando in intervento legislativo capace di vincolare maggiormente la discrezionalità del Prefetto, dichiara infondata la questione di legittimità dell'artt. 2 del T.U.L.P.S. per contrasto con gli artt. 76 e 77 della Costituzione. Nella decisione il giudice delle leggi fissa una serie di elementi che condizionano la legittimità costituzionale del potere di ordinanza: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza, adeguata motivazione, efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale, conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico».

L'inerzia del legislatore ed una prassi applicativa che attribuiva alle ordinanze carattere sostanzialmente permanente condussero alla sentenza n. 26 del 23 maggio 1961: si tratta di una decisione interpretativa che dichiara l'illegittimità dell'art. 2 del T.U.L.P.S. nella parte in cui non impone ai Prefetti, nell'emanazione delle ordinanze di necessità, il rispetto dei «principi generali dell'ordinamento giuridico». Tale limite diviene il punto centrale della questione: «i provvedimenti prefettizi non possono essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria». Dall'intervento pretorio nasce un limite estremo, che tratteggia una cornice assai ampia per il potere straordinario ed appare inidoneo a limitare concretamente il potere amministrativo.

Sulla natura dell'atto la Corte afferma che le ordinanze «non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo» ma che «anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo (...) ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi». La motivazione si chiude ravvisando solamente nella riserva assoluta di legge un limite invalicabile mentre, in presenza di riserve relative, nulla vieterebbe l'intervento prefettizio a condizione che la legge attributiva del potere indichi i criteri idonei a delimitarne

¹¹⁴ Per considerazioni maggiormente analitiche si rinvia a G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la legge 225 del 1992 (riflessioni a margine di Corte cost. N. 127 del 1995)*, in *Giur. Cost.*, 1996, pagg. 505; G. MARAZZITA, *Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania* in *Giur. Cost.*, 1997, pagg. 2099 e ss nonché G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., pagg. 421 ss.

la discrezionalità.

Nella successiva sentenza n. 4 del 4 gennaio 1977 la Corte rigetta la questione¹¹⁵ sull'art. 20 del T.U. del previgente testo unico delle leggi comunali e provinciali: nella motivazione il giudice ritorna sul problema della natura degli atti: «le ordinanze prefettizie anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge». La Corte sembra ammettere – diversamente da quanto avveniva nella prima giurisprudenza – che le ordinanze di necessità possano avere natura normativa ma nega che siano collocabili tra le fonti del diritto: come si è avuto modo di osservare, però, resta da chiarire cosa si intenda per natura “normativa” se non la produzione di norme giuridiche.

A distanza di dieci anni la Corte ha modo di esprimersi nuovamente sul punto in occasione della sentenza n. 201 del 3 maggio 1987,¹¹⁶ dimostrando una maggiore sensibilità ai non facili problemi che presenta la deroga a leggi da parte di atti amministrativi: «va riconosciuto che nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto ai casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o emergenza (diverse come è ovvio, sono le ipotesi di cui agli artt. 78 e 77 Cost.)». Si ammette quindi la legittimità sulla base di un elenco di condizioni, solo in parte coincidenti con quelle enunciate nel 1956 e nel 1961: 1) che le ordinanze si fondino su una «specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»; 2) che abbiano un'efficacia derogatoria e non abrogativa o modificativa della normativa primaria¹¹⁷; 3) che rispettino il limite delle riserve di legge, assolute o relative, secondo la graduazione teorizzata nella sentenza n. 26 del 1961; 4) che siano adeguate al

¹¹⁵ La questione aveva ad oggetto il potere del Prefetto di emettere ordinanze di carattere contingibile ed urgente in materia di edilizia, polizia locale ed igiene per motivi di sanità e di sicurezza pubblica ed assumeva come parametri gli artt. 40, 70, 76 e 77 della Costituzione. La Corte ritiene non lese le prerogative legislative «stante la diversità tra l'art. 2 del T.U. della legge di pubblica sicurezza (...) e l'art. 20 del T.U. comunale e provinciale» che circoscrive il potere prefettizio; quanto alla compressione del diritto di sciopero troverebbe giustificazione nel diverso valore costituzionale che è sancito dall'art. 32.

¹¹⁶ La sentenza (sulla quale vedi la nota di V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?*, cit.) conclude i giudizi promossi con i ricorsi della Regione Friuli Venezia Giulia, della Provincia autonoma di Trento e della Regione Lombardia per conflitti di attribuzione e per questioni di legittimità costituzionale (nel caso in cui possano essere considerate atti con forza di legge) di alcune ordinanze del Ministro per il coordinamento della difesa civile relative allo smaltimento di rifiuti tossici e nocivi.

¹¹⁷ Questo «effetto derogatorio», venendo presentato in antitesi al concetto di «modifica» che ha efficacia tendenzialmente definitiva, deve essere inteso in termini di «deroga temporanea» o di mera «sospensione» della disciplina ordinariamente in vigore e cioè con effetti limitati nel tempo.

fatto¹¹⁸.

A distanza di altri otto anni la Corte è chiamata a risolvere il conflitto di attribuzione, sollevato dalla Regione Puglia¹¹⁹ contro il d.P.C.M. che, in base alla legge n. 225 del 1992, dichiarava lo stato d'emergenza nonché contro l'ordinanza dello Presidente del Consiglio che disponeva gli interventi immediati. Nelle prime considerazioni in diritto¹²⁰ della sentenza n. 127 del 1995 la Corte riconsidera la legittimità costituzionale della norma attributiva del potere di ordinanza e, confermando la propria giurisprudenza, definisce ulteriormente i requisiti capaci di armonizzare la competenza straordinaria con il sistema costituzionale.

Quanto alla natura, essa afferma che il potere di deroga della normativa primaria conferito ad autorità amministrative ha carattere eccezionale e si esplica in deroghe temporalmente delimitate e non anche in abrogazioni o modifiche di norme vigenti. Tale potere, inoltre, dovrà possedere una specifica autorizzazione legislativa che ne circoscriva il contenuto, i tempi e le modalità di esercizio. Dovrà, inoltre, essere intellegibile il rapporto di strumentalità che intercorre tra l'emergenza e le misure atte a fronteggiarla (nello specifico tra lo stato di calamità e le norme di cui si consente la temporanea sospensione). Da tale ultima considerazione la Corte – anche qui in sintonia con la precedente

¹¹⁸ Nella sentenza n. 201 del 1987 si legge che «pur quando le disposizioni in parola siano estese ad una generalità di soggetti e ad una serie di casi possibili, i poteri con esse esercitati devono adeguarsi alle dimensioni territoriali e temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare». L'esigenza individuata dal giudice costituzionale è uno dei corollari del concetto di necessità giuridica (la necessità intesa come strumentalità–adeguatezza) che abbiamo individuato nella parte generale.

¹¹⁹ Nel chiedere l'annullamento dei due atti la Regione lamenta la violazione degli artt. 117, 118, 119, 133 della Costituzione oltre ad alcune disposizioni dello Statuto regionale. A suo avviso non ricorrendo la «calamità naturale» o la «catastrofe» la situazione non rientrerebbe nella lettera c) dell'art. 2 della legge n. 225 del 1992 bensì nella lettera b) del medesimo articolo e conseguentemente non spettava al Governo di intervenire con «mezzi e poteri straordinari» ma era sufficiente «l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria».

In subordine la Regione richiede che la Corte sollevi innanzi a sé una serie di questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto la stessa legge istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile (n. 225 del 24 febbraio 1992). In particolare essa lamenta l'illegittimità dell'art. 5 cpv. laddove consentirebbe, in tempo d'emergenza, di vulnerare le competenze regionali nonostante si tratti di poteri aventi immediata copertura costituzionale e quindi inderogabili in ogni tempo (violazione degli artt. 1, 5, 11, 70, 76, 77, 117, 118 della Costituzione). La Regione inoltre denuncia l'illegittimità degli artt. 3 quinto comma e 5 primo comma nella parte in cui, non condizionando il mantenimento dei poteri d'emergenza al permanere dei presupposti giustificativi, conferiscono eccessiva discrezionalità al Governo ponendosi in contrasto con gli artt. 1, 5, 11, 70, 76, 77, 117, 118, 119 della Costituzione.

La Corte risolve il conflitto dichiarando, da un lato, che spetta allo Stato e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri ricorrere allo stato d'emergenza in ordine alla situazione determinatasi nella Regione Puglia e, dall'altro, che non spetta allo Stato, per fronteggiare detto stato d'emergenza, introdurre prescrizioni che conferiscano ad organi amministrativi poteri d'ordinanza non adeguatamente circoscritti nell'oggetto e tali da derogare a settori di normazione primaria richiamati in termini assolutamente generici: conseguentemente annulla l'art. 1 dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri.

¹²⁰ Cfr. il punto n. 2 della motivazione della sentenza n. 127 del 1995, sulla quale vedi G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1995, pagg. 239 e ss.

giurisprudenza – giunge ad affermare che l'emergenza non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, poiché il richiamo ad una finalità di interesse generale non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino una sfera di interessi garantita a livello costituzionale. Infine essa fa riferimento al suo insegnamento sulla necessaria proporzione tra «evento» e «misure» ed a quella che abbiamo definito la «ragionevolezza» delle misure emergenziali.

A questo punto, è possibile rileggere la decisione del 1995 come il punto di arrivo di una evoluzione quarantennale che, apportato qualche correttivo, ha sostanzialmente ritenuto conforme alla legge fondamentale il potere di ordinanza. Quanto alla natura delle ordinanze di necessità ed alla loro compatibilità con le disposizioni costituzionali che attribuiscono solo al Parlamento ed in casi particolari al solo Governo la capacità di porre in essere atti legislativi, la Corte sembra aver abbandonato la distinzione tra atti amministrativi ed atti produttivi di norme (che in un primo tempo sembrava capace di escludere qualsiasi contrasto con gli artt. 76 e 77 della Costituzione); forse anche per le difficoltà dogmatiche che presenta la categoria degli atti normativi non produttivi di diritto ai quali si faceva cenno nella sentenza del 1977.

Schematizzando le condizioni il cui rispetto è decisivo per la compatibilità costituzionale del potere oggi disciplinato dalla legge n. 225 del 1992, potremmo sintetizzarle in quattro capisaldi. Anzitutto viene confermato l'essenziale presupposto dell'*autorizzazione legislativa* (di cui alla sentenza n. 201 del 1987) che dovrebbe circoscrivere il potere di ordinanza sia del Governo sia del Commissario delegato, in ossequio al principio di legalità sostanziale¹²¹. In secondo luogo, le ordinanze possono derogare tutto il diritto vigente salvo incontrare l'iperboreo limite dei «*principi generali dell'ordinamento giuridico*». In terzo luogo esse sono necessariamente *provvisorie* e devono contenere «deroghe temporalmente limitate»: in questo carattere è possibile vedere confermata anche la primissima giurisprudenza che parlava di «efficacia limitata nel tempo»¹²². In ultimo si evidenzia il carattere della *strumentalità*, intesa come proporzione tra l'evento imprevisto e le misure straordinarie, come congruità degli interventi alla situazione fattuale, come divieto di interventi che, pur giustificati da diverse ragioni, prescindano dal contesto emergenziale.

5. L'antinomia fra il potere "libero" di ordinanza e il sistema costituzionale

In sostanziale sintonia con la giurisprudenza di legittimità la gran parte

¹²¹ In questo ordine sembra possibile ricondurre anche il limite delle riserve di legge, che in precedenza la Corte ha individuato. Se è vero che il più ricomprende il meno, il limite della legalità, soprattutto se inteso in senso sostanziale, include il divieto di intervenire nelle materie che la Costituzione espressamente riserva alla normazione primaria.

¹²² Cfr. la sentenza della Corte cost. n. 8 del 1956.

della dottrina¹²³, che in passato si è occupata delle ordinanze in deroga alla legge, conclude per la loro ammissibilità, salvo magari individuare limiti ulteriori (rispetto ai soli principi generali dell'ordinamento giuridico) a cui subordinare la legittimità costituzionale del discusso potere. Gli argomenti addotti a sostegno della conformità a Costituzione (tesi conservativa) fanno leva su una varietà di elementi, solo in parte sovrapponibili a quelli del giudice delle leggi: l'esistenza di un'autorizzazione legislativa che manterrebbe la deroga alla legge all'interno del principio di legalità¹²⁴ e delle riserve di legge relative¹²⁵; la mancanza di natura normativa che escluderebbe una antinomia diretta con le leggi derogate¹²⁶; la mancanza di forza di legge¹²⁷; la necessità quale fonte del diritto capace

¹²³ Per una trattazione specifica vedi anzitutto G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pagg. 89 e ss. ma anche G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e di urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., pagg. 2189 e ss.; quindi, nel senso della ammissibilità, BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)*, cit., pagg. 970 e ss.; BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, cit.; GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, cit.; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., pagg. 388 e ss.; MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, cit., pagg. 1 e ss.. In senso critico vedi L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, pagg. 258 e ss.; POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, pagg. 264 e ss.

¹²⁴ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pag. 95, per il quale, se «non sembra contestabile che le norme attributive di poteri di ordinanza come minimo autorizzano la pubblica Amministrazione a derogare in casi di necessità e di urgenza a norme poste da fonti subordinate alle leggi», «risposta parimenti positiva deve darsi alla domanda se le ordinanze possono intervenire anche in deroga a legge in materie non coperte da alcuna riserva». La conclusione è fondata su una interpretazione del principio di legalità in termini formali. Vedi anche CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pagg. 8 e ss.; V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 dell'articolo 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961 pag. 892, nonché, recentemente, SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, in *cit.*, pag. 29 per il quale «Il principio di legalità (...) attualmente pare rispettato, poiché il potere attribuito all'amministrazione si fonda su specifiche disposizioni di legge. Viene disatteso per contro il principio di tipicità degli atti, che pur si fa risalire al principio di legalità, ma solo forzatamente può considerarsi con esso coincidente».

¹²⁵ SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, cit., pag. 30, afferma che «le ordinanze risultano ammissibili anche in materia coperta da riserva di legge relativa, poiché, se la riserva relativa esige la previa indicazione dei criteri direttivi ai quali dovrà attenersi la pubblica amministrazione nell'usare il potere discrezionale che le è attribuito, la ricostruzione dei limiti alla discrezionalità permette di individuare in positivo quei criteri, quelle finalità, quegli ambiti particolari, in cui il potere può esplicarsi». La conclusione giunge dopo la segnalazione (pag. 28) che «la possibilità per le ordinanze di disporre in materia coperta da riserva relativa» acquista un particolare rilievo in materia di protezione civile «poiché il potere derogatorio tende ad esprimersi soprattutto nei confronti del riparto delle competenze, che – come è ben noto – secondo l'art. 97 Cost. è stabilito secondo disposizioni di legge».

¹²⁶ MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, cit., pag. 2. nonché G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pag. 93, il quale nell'escludere la natura normativa ritiene decisivo l'argomento della tassatività delle fonti del diritto: «ciascun ordinamento determina rispetto a sé quali siano gli atti normativi e quali no, sicché l'esame va compiuto per ciascun atto e non secondo criteri generali».

¹²⁷ In questo senso, oltre agli Autori appena citati, vedi anche L. PALADIN, *Commento all'articolo 77*, cit., pag. 69-70, il quale esclude che alle ordinanze di necessità possa essere riconosciuta l'efficacia delle legge sulla base della considerazione che tale efficacia può essere attribuita solo ad atti deliberati dal Consiglio dei Ministri e mai ad atti adottati da autorità diverse dal Governo. G.U. RESCIGNO (*Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pag. 94), ritenendo che l'attribuzione alle ordinanze della forza di legge comporterebbe la loro automatica incostituzionalità, giunge ad escluderla sulla base di quattro

di legittimare gli interventi che sono necessari in presenza di lacune ordinamentali¹²⁸.

Recentemente, comunque, anche a seguito della massiccia diffusione nel tessuto normativo delle ordinanze di protezione civile e per grandi eventi, si registrano nuove prese di posizione sull'argomento¹²⁹ ed una maggiore attenzione al problema della legittimità costituzionale della norma attributiva della competenza (tesi radicale)¹³⁰ ma soprattutto a quello della legittimità del suo esercizio e cioè delle singole ordinanze (tesi mediana)¹³¹.

Come si è anticipato è opinione di chi scrive che il potere di ordinanza – nella forma degli atti amministrativi capaci di derogare e/o sospendere la legge *al di fuori di una stretta discrezionalità* – appare di difficile armonizzazione con l'ambiente costituzionale repubblicano. Nonostante l'autorevolezza e la finezza argomentativa delle opinioni citate e nonostante nella prassi il potere di ordinanza sia in una fase decisamente espansiva, l'esame delle norme primarie attributive del potere rimane in stridente antinomia con le disposizioni costituzionali in tema di decretazione d'urgenza, di forza di legge e forma di governo.

La conclusione radicale, come si è precisato, riguarda solamente la competenza amministrativa che, in nome della necessità, è abilitata a superare

ordini di considerazioni: a) non possono aversi atti non normativi con forza di legge; b) l'attribuzione di tale forza «ha significato in quanto serve ad individuare gli atti soggetti al solo giudizio della Corte costituzionale»; c) forza innovativa nell'ordine legislativo possiedono anche gli atti legali in deroga a norme dispositive; d) le ordinanze hanno una limitata e temporanea capacità innovativa mentre per forza di legge si intende una generale capacità di innovare stabilmente nell'ordine legislativo.

¹²⁸ Per le indicazioni sulla tesi della necessità come fonte del diritto cfr. *supra* al paragrafo 5 del primo capitolo. Per ulteriori argomentazioni a favore della conformità del potere ed, in particolare, per una riflessione sull'incidenza della distinzioni tra norme dispositive e norme imperative e di quella tra nome di azione e norme di relazione, si veda CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit. pagg. 70 e ss. e la dottrina *ivi* citata

¹²⁹ Per uno sguardo d'insieme sull'uso della decretazione d'urgenza e del potere di ordinanza ma anche per una rassegna delle più recenti tesi sulla legittimità costituzionale del potere di ordinanza vedi C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto Pubblico*, 2009, pagg. 317 e ss..

¹³⁰ Si veda anzitutto F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, pagg. 82 e ss.; F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2008 ove si afferma che «ammettere la legittimità di tali ordinanze, sia pure nella considerazione restrittiva che si tratti di semplici provvedimenti amministrativi, equivale ad ammetterne tutta la loro potenzialità paralegislativa»; per tale ragione «andrebbe posto il problema della sindacabilità delle ordinanze da parte della Corte costituzionale, sempre che non si voglia ritenere questo un caso tipico di scissione tra “forza” e “valore” di legge, dal momento che esse hanno senz'altro forza di legge, come capacità di incidenza a livello legislativo». Vedi anche F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. Barbera e T.F. Gipponi, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pagg. 193 e ss.

¹³¹ Vedi CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, pagg. 377 e ss.; A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti 2006*, a cura di P. Caretti, Torino, 2007, pagg. 236 e ss.; F. GANDINI – A. MONTAGNI, *La protezione civile*, Milano, 2007, pagg. 56 e ss.; S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, pagg. 659 e ss.; G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli, 2008.

la forza di legge in assenza di una vincolante predeterminazione da parte della norma primaria attributiva del potere. Essa individua due punti di contrasto fra il potere “libero” di ordinanza e la fonte superprimaria: la disciplina della decretazione d’urgenza e la forza e il valore di legge.

La prima questione assume a parametro l’art. 77 della Costituzione dalla cui interpretazione è possibile individuare una riserva di decreto legge in casi straordinari di necessità ed urgenza¹³²: parafrasando la disposizione è come se essa stabilisse che «in casi straordinari di necessità ed urgenza *solo il Governo può adottare* provvedimenti provvisori con forza di legge». Il costituente ha regolato il caso in cui sia necessario intervenire al livello normativo primario, ma non sia possibile utilizzare la legislazione ordinaria o quella delegata. In tale evenienza non solo *si può* utilizzare il decreto legge (aspetto positivo) ma *si deve* utilizzare il decreto-legge (solamente il decreto legge). Interpretando in questo modo l’art. 77, sembra derivarne un limite invalicabile per l’ammissibilità degli atti necessitati, diversi dal tipico provvedimento d’urgenza, i quali si arroghino la forza che contraddistingue l’atto parlamentare. La *ratio* della norma è, infatti, proprio quella di escludere che nelle situazioni di emergenza possano verificarsi sovvertimenti del sistema delle fonti e, per l’effetto, della forma di governo¹³³.

¹³² La dottrina, pur avendo intuito la riserva di competenza (o di fonte), non è giunta ad esplicitarla ed a nominarla. Vedi anzitutto C. ESPOSITO, *Decreto-legge, cit.* pagg. 866-867, il quale, interrogandosi sulla compatibilità dell’art. 77 con le disposizioni di legge che prevedono altre competenze d’emergenza, ritiene che la disposizione «non esclude solo che ad altre autorità possa spettare di provvedere in genere, in caso di necessità, secondo necessità ed urgenza, ma anche che autorità diverse dal Governo possano provvedere, secondo necessità e senza altro limite che la necessità, a qualsiasi singolo o individuato bisogno pubblico». Anche L. PALADIN, già nella prima voce sulla decretazione d’urgenza (*Decreto-legge*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino 1960, pag. 288) include, tra i “limiti soggettivi” del decreto legge, «il fatto che la legittimazione dell’art. 77, 2° comma, riguardi unicamente il Governo», per cui potrebbe sostenersi che «l’attuale incostituzionalità o, addirittura, l’avvenuta abrogazione delle disposizioni di legge attributive del potere derogatorio di ordinanza ai sindaci, ai prefetti e ad ogni altro organo diverso dal Governo». Sempre a proposito dei “limiti soggettivi” CIAURRO, *Decreto legge*, in *Enc. Giur.*, X, Roma 1988, pag. 6, osserva come il riferimento della disposizione al Governo «vale anche ad escludere che possano in alcun modo equipararsi ai decreti legge – né per la natura, né per il regime, né per l’efficacia – le “ordinanze di necessità” e altri provvedimenti “contingibili ed urgenti” che siano adottati da autorità diverse dal governo sulla base di poteri loro conferiti dalla legislazione ordinaria». Sul punto vedi anche G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Noviss. Dig.*, XII, Torino 1965, pagg. 94 e ss. Passando all’aspetto della riserva che vincola lo stesso Governo (“limiti oggettivi”), FRESA, *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto legge, cit.*, pag. 75 ritiene che «la potestà governativa in questione, non solo risulta condizionata alla presenza dei presupposti giustificativi dell’urgente necessità, ma deve anche esercitarsi nella forma e con l’efficacia tipica dei decreti legge; il Governo non può adottare provvedimenti normativi necessitati aprivi della forza di legge, che sarebbero sottratti al regime proprio di tali atti ed in particolare al controllo (politico) del Parlamento». Sembra, però, che l’Autore non porti alle ultime conseguenze la tesi dal momento che sembra ammettere il potere di ordinanza «in materie coperte da riserva di legge relativa» (pag. 76).

¹³³ In conseguenza, il dibattito sulla legittimità costituzionale dell’istituto in discorso, non si esaurisce nella disquisizione sull’ammissibilità di una particolare categoria di atti normativi, ma afferisce al più ampio problema della derogabilità della forma di governo parlamentare in tempo d’emergenza. Quando l’emergenza viene fronteggiata attraverso la decretazione d’urgenza, *nulla quaestio* sul rispetto della forma parlamentare, dal momento che il raccordo fiduciario tra Esecutivo e Parlamento viene confermato,

Come si è visto tra il decreto legge e le ordinanze necessitate corre una notevole differenza¹³⁴ e non solo perché il primo è un atto con forza di legge mentre il secondo è un atto formalmente amministrativo¹³⁵. La differenza più rilevante è che, nel primo caso, la deroga alla competenza legislativa parlamentare è compensata dalla precarietà dell'atto in mancanza di convalida delle Camere: dal giorno stesso dell'emanazione, le assemblee legislative sono inoltre messe nelle condizioni di sanzionare l'iniziativa governativa, privandola di efficacia fin dall'inizio. Nel procedimento delineato dall'art. 77 la centralità del Parlamento è ampiamente riconosciuta dal momento che, senza un suo intervento, l'attività dell'esecutivo sarebbe *tamquam non esset*¹³⁶ ed al Parlamento è riservata la disciplina dei rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. A ciò si aggiunga la possibilità¹³⁷ di un controllo da parte della Corte costituzionale della legittimità dello stesso decreto-legge, anche dopo la conversione.

Diversamente, nel caso delle ordinanze necessitate il Parlamento, non solo rimane del tutto estraneo alla decisione sulle norme da sospendere e/o derogare, ma è privato di qualsivoglia forma di controllo preventivo o successivo all'emanazione dell'atto: parimenti esclusi dal procedimento decisionale sono il Presidente della Repubblica, che non emana gli atti

concretizzandosi nello stesso procedimento di emanazione e di conversione. Diversamente, attraverso l'attivazione del potere di ordinanza, il Governo, avendo il "monopolio" di ogni decisione sull'emergenza, assume un ruolo preminente ed esclusivo la cui conformità a Costituzione merita di essere verificata.

¹³⁴ Nel senso di ritenere che il potere di ordinanza sia «chiaramente distinguibile da quello costituzionalmente prescritto» (il potere di decretazione) al fine, però, di affermarne la compatibilità, vedi SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, cit., pag. 55. L'Autore individua la differenza nel fatto che «l'ordinanza, quale strumento di attuazione di interventi di protezione civile, ha un'efficacia limitata. Essa non si propone di introdurre innovazioni stabili nella disciplina dei rapporti, ma ha come effetto quello di rendere possibile l'esplicazione di un'attività che non era preventivamente prevista». Sulla base di ciò, l'Autore ritiene che «l'intervento dell'atto con forza di legge risulterebbe in questo contesto ultroneo, essendo escluso un cambiamento stabile dell'ordinamento». Alla considerazione si può replicare osservando che anche il decreto legge ha un'efficacia cronologicamente limitata o, meglio, «provvisoria» come afferma l'art. 77 della Costituzione.

¹³⁵ Da questa diversa connotazione dell'efficacia dei due atti, deriva la diversa imputazione soggettiva della competenza. Mentre la decretazione d'urgenza è riservata al Governo nella sua collegialità, il potere di ordinanza è tradizionalmente esercitato da organi amministrativi ad esso subordinati (il Prefetto, il Sindaco quale ufficiale di governo, il Commissario di governo o singoli Ministri). Solo con la legge n. 225 del 1992, si prevede un intervento del Consiglio dei Ministri in occasione del ricorso al poter di ordinanza, seppure al limitato fine di porre il presupposto per il suo esercizio, "deliberando" lo stato d'emergenza.

¹³⁶ In realtà la dottrina ha da tempo messo in risalto come il decreto-legge non convertito possa produrre effetti irreversibili che non vengono meno con la semplice decadenza dell'atto; del resto la previsione dell'ultima parte del 3° comma dell'art. 77 può essere letta proprio in riferimento a questa eventualità. Sul punto vedi M. AINIS, *Gli effetti irreversibili del decreto legge*, in *Le parole e il tempo della legge*, Torino, 1996, pagg. 181-220 e le dodici esemplificazioni ivi contenute.

¹³⁷ Il riferimento è alla sentenza n. 29 del 1995 in cui è detto che non sarebbe precluso alla Corte di sindacare la legge di conversione «sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla preesistenza dei presupposti di necessità ed urgenza». Successivamente, come è noto, la Corte sembra aver cambiato orientamento: la sentenza n. 360 del 1996, pur dichiarando l'incostituzionalità della reiterazione dei decreti, è tornata sui propri passi in ordine alla sindacabilità della legge di conversione, per vizi *in procedendo* del provvedimento provvisorio, i quali sarebbero sanati dall'avvenuta conversione.

straordinari e la Corte costituzionale, che non può sindacarli.

Ciò che ne risulta gravemente menomata è la forma di governo e la centralità dell'organo rappresentativo completamente escluso, al di fuori di alcuna previsione costituzionale, da una attività che incide in modo significativo sulla forza della normazione primaria. Non va trascurato che, persino di fronte alla più grave delle emergenze storiche (la guerra), il costituente si è preoccupato di attribuire al Parlamento un ruolo esclusivo nella fase di dichiarazione dello stato eccezionale ed ha previsto che l'ampliamento dei poteri governativi «necessari» sia rimesso alla sola decisione delle Camere. Pertanto sia l'art. 77 che l'art. 78, nonostante stabiliscano diverse procedure per diverse emergenze, attuano il medesimo principio: la centralità decisionale dell'organo direttamente rappresentativo della sovranità popolare, *anche* nelle situazioni emergenziali. Creando una soluzione di continuità rispetto all'ordinamento statutario si è voluto fare della forma di governo un principio organizzativo inderogabile in ogni situazione e quindi anche in tema di emergenza.

La seconda ragione di contrasto fra le norme attributive del potere "libero" di ordinanza e la legge fondamentale risiede nella lesione della "forza" della legge, in particolare del lato passivo consistente nella resistenza all'abrogazione e alla modifica, e del "valore" di legge, cioè dello speciale regime giuridico (*status*) che assiste la legge e l'atto ad essa equiparato: per cui solo la Corte costituzionale può elidere o ridurre l'efficacia della legge, anche laddove ciò accada in via provvisoria (il potere sospensivo cautelare è riconosciuto alla sola Corte costituzionale).

Mentre nell'ordinamento pre-repubblicano alla pubblica amministrazione era riconosciuta una sfera di autonomia tale per cui erano consentiti tutti quegli atti che non le fossero esplicitamente vietati, nel sistema vigente i poteri dell'amministrazione devono essere vincolati in modo intrinseco dalla legge: la rigidità costituzionale, oltre a garantire la supremazia della fonte primaria, impedisce che questa possa spogliarsi della funzione e delle garanzie che le sono attribuite, anche attraverso una clausola autorizzativa espressa. Conseguentemente le ordinanze "libere", in quanto atti non disciplinati dalla legge nei presupposti e nel contenuto, mentre allora non suscitavano alcun dubbio di ammissibilità sol che fossero legislativamente autorizzate, oggi impongono una scrupolosa verifica della costituzionalità delle norme attributive.

Come si è detto occorre sgombrare il campo da ingannevoli considerazioni che, anche latamente, si ricolleghino alla nota teoria della necessità quale fonte del diritto¹³⁸: la constatazione che possano darsi situazioni non disciplinate dal diritto, emergenze rispetto a cui manca alcuna previsione

¹³⁸ Vedi S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918; S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, Milano, 1909; nonché C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 715.

legislativa ordinaria, lacune normative, è la peculiarità di ogni situazione giuridica di emergenza e di per se non può rendere legittima alcuna attività che non sia già tale per il rispetto delle norme sulla produzione. Di fronte ad una lacuna non *qualsiasi* rimedio è ammissibile per colmarla, ma solamente quello che è previsto dal diritto positivo o che comunque non vi si pone in contrasto. Pertanto la considerazione che le ordinanze di necessità possano in concreto soddisfare le esigenze dell'emergenza nulla ci dice sulla loro ammissibilità¹³⁹.

Quanto al dibattito sulla natura normativa o provvedimentale delle ordinanze non sembra che possa fornire elementi decisivi visto che anche a considerarle "provvedimenti" sarebbero comunque provvedimenti in deroga ad una legge ed il dubbio di costituzionalità sorge proprio da questa capacità derogatoria. Del resto la stessa Corte costituzionale non esclude che possano avere un contenuto normativo, anche se poi afferma che non possono essere ricomprese tra le fonti del diritto. Comunque non sorgono dubbi sulla loro ammissibilità fino a quando esse rimangono nell'alveo delle fonti secondarie e si attengono al sostanziale rispetto del principio di legalità: il problema sorge nel momento in cui si crea un'antinomia tra ordinanza e legge, antinomia che secondo la finalità del potere di ordinanza dovrebbe essere risolta a favore dell'atto amministrativo.

Arrivando al requisito della forza di legge, la cui mancanza consentirebbe di ritenere l'ammissibilità delle ordinanze, non sembra anch'esso decisivo: anzi ad un vaglio ulteriore si rivela un argomento ingannevole e puramente nominalistico¹⁴⁰. Per forza di legge intendiamo la capacità di innovare nell'ordine legislativo non costituzionale preesistente (efficacia o forza attiva) e la capacità di resistere alla «eliminazione, modificazione, sospensione, derogazione, dispensazione ad opera di atti non dotati della medesima forza» (forza passiva)

¹⁴¹

A giudizio di chi scrive verificare se le ordinanze hanno forza di legge e sulla base di questa verifica decidere sulla loro ammissibilità, significa elevare ad elemento decisivo di giudizio ciò che in realtà è la conclusione dell'analisi stessa o comunque un suo postulato. E' infatti evidente che una volta attribuita

¹³⁹ Ribaltando la nota espressione di Carl Schmitt (che, descrivendo l'emergenza, affermava che «lo stato continua ad esistere mentre il diritto viene meno») possiamo dire che, nel sistema vigente, se viene meno il diritto viene meno anche lo Stato: esso è anzitutto organizzazione della sovranità, modalità e condizioni di esercizio, individuazione dei soggetti cui spetta esercitarla. Per valutare l'ammissibilità del potere di ordinanza occorre allora porci sul piano del diritto positivo, in particolare assumendo a parametro il sottosistema costituzionale d'emergenza, il cui perno è costituito dagli articoli 77 e 78 Cost.

¹⁴⁰ Del resto lo stesso concetto di forza di legge è stato ritenuto in realtà uno «pseudoconcetto» dal momento che non serve a graduare la diversa efficacia degli atti riconducibili a differenti tipi e che il problema della prevalenza di un atto, rispetto ad un altro, riconducibile ad un diverso tipo va posto nei termini della sindacabilità dell'uno rispetto all'altro (F. MODUGNO, *Legge in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano 1973, pag. 891).

¹⁴¹ L'espressione è di F. MODUGNO, *Legge in generale*, cit., pag. 890. Oltre al classico V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., spec. pagg. 326 e ss., per un altro punto di vista, vedi il già citato C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, loc. cit.

alle ordinanze la forza di legge avremmo definitivamente sancito la loro incostituzionalità stante la tassatività delle fonti primarie; specularmente, una volta affermata la loro incostituzionalità potremmo argomentarla sulla base della loro sostanziale forza di legge. Inammissibilità e forza di legge, in questa dinamica giuridica, sono termini logicamente inscindibili: trarre l'uno dall'altro è fuorviante ed inutile¹⁴².

Vero è, come la dottrina più attenta osserva, che la mancanza di forza di legge sarebbe desumibile dall'osservazione del "diritto vivente" che, allo scopo di salvaguardare il principio di legalità, ha cercato di ricavare dalle norme attributive del potere di ordinanza «limiti sostanziali» come «principi generali dell'ordinamento giuridico, precetti costituzionali, obbligo di motivazione in riferimento alle norme legislative oggetto di deroga, limitazione spaziale e temporale»¹⁴³.

Tale circostanza però non sembra soddisfare l'apprezzabile intento di collocare le ordinanze in posizione subordinata: invero le norme costituzionali e il principio di ragionevolezza (nel cui alveo confluiscono i limiti di tempo e di spazio, cioè la strumentalità fra emergenza e risposta giuridica) sono vincolanti anche per il decreto legge e le fonti primarie; a sua volta l'obbligo di motivazione sulle leggi derogate dall'atto amministrativo consente un sindacato che non assume come parametro la *legge* ma – ancora una volta – la ragionevolezza della misura emergenziale che ad essa deroga. Infine il limite dei principi generali dell'ordinamento, il quale sarebbe l'unico parametro di livello primario, ha natura talmente generale da non tradursi in un vincolo stringente per l'autorità amministrativa secondo quanto richiede il principio di legalità: un po' come accade per i "controlimiti" del diritto europeo, si tratta di un confine ordinamentale, di un'*extrema ratio*, che non ha (e concretamente non ha avuto) realistiche probabilità applicative.

Del resto la copiosa prassi, mostrando l'innaturale preferenza dell'esecutivo per il potere di ordinanza in luogo del decreto legge (che nel diritto vivente oramai è divenuta una forma rafforzata di iniziativa legislativa), conferma che il potere di ordinanza ha preso il posto degli «atti provvisori con forza di legge» nel tipico compito di fronteggiare i «casi straordinari».

Comunque lo scopo che ci siamo prefissi non è quello di effettuare un'astratta classificazione delle ordinanze di necessità in questa o quella casella dell'ordinamento giuridico: il centro del nostro interesse è rappresentato dalla verifica della loro compatibilità con le norme che regolano la produzione

¹⁴² Ribaltando il ragionamento si potrebbe sostenere che le ordinanze *non possono* avere forza di legge perché altrimenti sarebbero incostituzionali: il ragionamento è paradossale fino a quando non si tragga la conseguenza di limitare la capacità derogatoria delle ordinanze alle sole fonti secondarie.

¹⁴³ In tale senso F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Cedam, 2004, pagg. 242-243, ove segnala che «la qualificazione in termini amministrativi delle ordinanze in argomento ha consentito di portare l'attenzione del sindacato del giudice amministrativo, non solo sugli elementi di fatto (gli "eventi") su cui si fonda al potere di ordinanza, ma soprattutto sul rapporto tra questi elementi e la deroga alle norme legislative, insieme con la congruità della relativa motivazione».

degli atti normativi primari. In questa visione, dobbiamo porci *dalla parte della legge* per vedere se essa, nel concreto svolgersi dei rapporti giuridici, subisce una menomazione della propria forza al di fuori di quanto la Costituzione consente. Ed allora se il problema della forza di legge delle ordinanze è, nella sostanza, un falso problema, la strada da percorrere è quella di analizzare l'efficacia degli atti necessitati ed il modo in cui si inseriscono nel (*rectius*: si rapportano col) sistema delle fonti: è un innesto armonioso oppure comporta il sovvertimento delle regole che governano il sistema?

L'attenzione va spostata sulla disciplina derogata per stabilire se la limitazione di forza che la legge comunque subisce ad opera delle ordinanze è compatibile con il sistema costituzionale ed in particolare se possa esser consentito ad un atto amministrativo di limitare, seppure temporaneamente, l'efficacia della legge.

Allora non v'è dubbio che l'ordinanza di necessità incide sulla sfera di efficacia dell'atto sospeso e/o derogato. Nello specifico l'effetto delle ordinanze combina gli effetti della deroga con quelli della sospensione (ponendo una disciplina transitoria, intrinsecamente destinata a perdere efficacia indipendentemente dall'esplicitazione del termine di vigenza). L'ordinanza impedisce che, per un certo lasso temporale, il contenuto dispositivo di una determinata legge si rivolga a tutti o ad alcuni dei suoi destinatari, che i giudici e la pubblica amministrazione la applichino, che su di essa possano essere sollevate questioni di costituzionalità (mancando il requisito della rilevanza). L'incisione sull'efficacia della legge è innegabile. Certo tutto questo si verifica solamente per un limitato periodo di tempo, dopo il quale la legge riacquisterà piena forza tornando a disciplinare tutte le fattispecie. La parentesi non sarà però indolore poiché residueranno comunque degli effetti permanenti.

Si rivela apparente anche l'ulteriore argomento a sostegno della tesi della ammissibilità ovvero la distinzione tra abrogazione e modifica, da un lato, e sospensione (o deroga temporanea) dall'altro. Non sembra però correre una differenza qualitativa tra gli effetti della deroga temporanea e quelli dell'abrogazione. Infatti, anche le ordinanze limitano l'efficacia qualificatoria delle norme sospese, e la constatazione che si tratta di un effetto temporaneo non esclude che anche in questo caso si assista ad una riduzione d'efficacia della norma recessiva.

Non va, infine, trascurato che nemmeno in fase applicativa e per singole fattispecie è consentito al giudice disapplicare una legge e persino se la reputi incostituzionale, dovendo allora limitarsi a sollevare la relativa questione. Questo particolare sistema di garanzia che circonda la legge (valore di legge) non consente che un'ordinanza, fondata su una «mera clausola autorizzativa»

¹⁴⁴ L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)* in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pag. 622, la quale, analizzando il diverso significato che il principio di legalità assume nell'ordinamento albertino e nell'ordinamento costituzionale vigente, chiarisce che mentre «nella prassi statutaria la disposizione legislativa legittimante poteva limitarsi al mero conferimento di un potere» (legalità formale) nella

del tutto incapace di incidere sul contenuto del potere che verrà esercitato dall'autorità amministrativa, limiti in alcun modo l'efficacia della normazione primaria.

Concludendo sul punto, l'illegittimità della competenza in parola, deriva non tanto dalla sua capacità innovativa dell'ordinamento giuridico quanto dalla possibilità di superare la stessa forza di legge: il *vulnus* che viene così arrecato agli atti primari si pone al di fuori di qualsiasi previsione costituzionale. Con la precisazione che il sospetto di incostituzionalità riguarda le norme attributive del c.d. potere "libero" di ordinanza e cioè di una competenza caratterizzata da portata generale (i casi sono descritti in termini generici), a contenuto libero (le misure emergenziali non sono tipizzate) e idonea a prevalere (in termini di sospensione e deroga provvisoria) su tutta la normativa vigente, anche primaria, salvo gli eterei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Da un profilo più generale la vicenda normativa ed attuativa sul potere d'ordinanza è ricompresa all'interno del processo di graduale involuzione della forma di governo dal modello parlamentare classico verso forme ibride incentrate sull'attribuzione al Governo di un ruolo predominante nella determinazione dell'indirizzo politico. Questo processo – da tempo analizzato dalla dottrina – comprende l'appropriazione da parte dell'esecutivo della forza della legge a danno del Parlamento.

I modi attraverso i quali si forza il sistema delle competenze normative fissato dalla Costituzione repubblicana sono l'abuso della decretazione d'urgenza, della delega legislativa, dei regolamenti di delegificazione e, ultimo in ordine di tempo, il ricorso massiccio al potere di ordinanza. In quest'ultima vicenda – come si è visto – lo scontro fra autorità e regole si gioca sui presupposti legittimanti (calamità naturali, altri eventi e grandi eventi), sulla natura della competenza (straordinaria o ordinaria), sul suo contenuto (capacità di derogare le fonti primarie nel rispetto del principio di legalità) ma anche sulle concrete modalità di esercizio (dal profilo quantitativo e da quello qualitativo).

6. La necessità è solo «una parola per la volontà di potenza»

Si racconta che quando il filosofo dell'idealismo assoluto, a Jena, incontrò Napoleone Buonaparte fu assai colpito e annotò: «Oggi ho visto lo spirito del mondo seduto a cavallo, che lo domina e lo sormonta»¹⁴⁵.

Nessuno quanto Friedrich Hegel ha tentato di ridurre ad unità ragione e realtà, negando il dualismo kantiano e la "filosofia del finito", nessuno si è ribellato con tanto vigore alla limpida contrapposizione fra fenomeno e

Costituzione del 1948 «la legalità viene ad assumere un valore sostanziale» e «lo stesso potere regolamentare deve trovarsi condizionato almeno dalle indicazioni di fondo e muoversi, appunto, in conformità della legge i cui principi deve rispettare e alle cui opzioni deve attenersi»: la conseguenza ultima è che tale principio di legalità intesa in senso sostanziale viene «così a distinguersi solo quantitativamente dalla riserva di legge relativa».

¹⁴⁵ FRIEDRICH HEGEL, *Lettera a Friedrich Niethammer*, ottobre 1806.

noumeno¹⁴⁶, per approdare ad una visione della storia come opera dello spirito oggettivo, dell'assoluto, il quale non può che agire in modo razionale.

Secondo quella complessa ricostruzione, in ogni fase storica vi è un popolo che domina tutti gli altri e, anche attraverso la guerra, esprime la civiltà, contribuisce al progresso della storia e incarna lo spirito del mondo (*weltgeist*). A sua volta, fra la moltitudine di individui che si limitano a conservare i costumi del proprio popolo, spiccano i grandi protagonisti, gli «individui cosmico-storici» – come Alessandro Magno, Giulio Cesare e Napoleone Bonaparte – che invece li trasformano, facendo progredire la storia e dimostrando che «la ragione governa il mondo»¹⁴⁷.

Ecco l'idea che un uomo, un solo uomo, possa in un certo momento rappresentare l'anima della storia, ossia dare un senso *oggettivo* al mondo è, ad un tempo, acuta e pericolosa, vera e insensata. Quell'immagine – densa di significati eterogenei – esprime la commistione fra soggetto e oggetto, fra coscienza e mondo, fra una visione della realtà e la realtà stessa, o perlomeno la realtà che gli altri soggetti percepiscono. Eppure essa manifesta in modo esemplare la percezione che, nelle diverse epoche, il sovrano ha di sé stesso e del proprio ruolo. Non a caso, in ambito giuridico, Hegel si convince che «il sistema del diritto è il regno della libertà realizzata»¹⁴⁸, la quale non è la libertà *degli* altri ma la libertà di chi esercita (*sugli* altri) il dominio militare e politico.

La disanima del potere necessitato di ordinanza, la sua ipertrofia e la degenerazione normativa ed attuativa che oggi osserviamo, dimostrano quanto una simile concezione sia vicina alla realtà. Perché la decisione politica, per sua natura, agisce sul piano dell'effettività e cerca incessantemente fra le maglie del sistema giuridico “spazi di libertà” – cioè di arbitrio – nei quali esercitare il potere senza subire i vincoli ed i limiti che il diritto oggettivo, in via generale e astratta, le frappone.

¹⁴⁶ Il “noumeno” (dal greco *noómenon*, «ciò che io intendo») nella filosofia di Immanuel Kant è la *rappresentazione* della realtà, della «cosa in sé» (*Ding an sich*). Da questa distinzione tra la cosa reale e la cosa pensata deriva la critica del filosofo alla metafisica come scienza della cosa in sé, che si illude di conoscere ciò che, per definizione, si trova al di fuori dalla conoscenza possibile. Sul punto sono fondamentali le successive riflessioni di Arthur Schopenhauer, il quale espressamente afferma che la sua filosofia «muove da quella kantiana» e proclama che lo «stupefacente Kant» ha liberato l'uomo dal «mito del realismo», ossia dalla credenza che le cose abbiano una realtà indipendente dal soggetto. Schopenhauer fu particolarmente severo nei confronti del c.d. “idealismo”, arrivando ad affermare che Hegel, «sicario della verità», venne «insediato dall'alto, dalle forze al potere, fu un ciarlatano di mente ottusa, insipido, nauseabondo, illetterato, che raggiunse il colmo dell'audacia scodellando i più pazzi e mistificanti non sensi». Cfr. A. SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione (Die Welt als Wille und Vorstellung)*, 1819-1844, *Sulla quadruplici radice del principio di ragione sufficiente*, cit.

¹⁴⁷ FRIEDRICH HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, a cura di G. Calogero e C. Fatta, Firenze, 1981.

¹⁴⁸ La citazione è estrapolata dal quarto paragrafo dell'introduzione ai *Lineamenti di filosofia del diritto* (Berlino, 1820 trad. di Giuliano Marini, Roma-Bari, 1999, pag. 27) che – per completezza – si riporta: «Il terreno del diritto è in genere l'elemento *spirituale*, e suo più prossimo luogo e punto di partenza la *volontà*, la quale è *libera*, così che la libertà costituisce la sua sostanza e determinazione, e il sistema del diritto è il regno della libertà realizzata, il mondo dello spirito prodotto movendo dallo spirito stesso, come una seconda natura».

Il trasferimento della decisione politica dalle competenze normative ordinarie a quelle straordinarie è strumentale – in termini razionali – ad esercitare poteri che, per presupposti, iter decisionale ed efficacia, non sarebbero legittimi in tempi normali: si pensi al potere necessitato di ordinanza ma anche alla decretazione d’urgenza ed alla connessa prassi della mozione di fiducia su maxi-emendamenti governativi. Ci sono buone ragioni *politiche* per ricorrervi ma non vi sono ragioni *giuridiche*.

Col richiamo all’emergenza diviene possibile innovare il diritto vigente senza un reale intervento parlamentare, accelerare i tempi di conclusione dei procedimenti, eliminare o ridurre i controlli preventivi e successivi sugli atti (del Capo dello Stato, delle assemblee, della Corte costituzionale) e rendere sempre più ardua la verifica della responsabilità politica dell’esecutivo. In tal modo si finisce per negare alle assemblee rappresentative l’esercizio pieno delle proprie competenze e, con esse, il potere-dovere di condizionare l’azione dell’esecutivo che da esse dipende: in ultimo si intravede il rischio di instaurare un rapporto diretto tra l’autorità e i governati, un rapporto non più mediato dai deputati del popolo ma gestito dallo stesso esecutivo.

A fronte di questi “vantaggi” i titolari della funzione esecutiva considerano un effetto collaterale ed un costo accettabile l’elusione o la violazione delle norme attributive delle competenze straordinarie. All’opposto il diritto inteso in senso moderno, e in particolar modo gli istituti di libertà che la cultura costituzionale ha innestato, cercano di ricondurre l’agire politico nei percorsi che l’ordinamento giuridico qualifica come legittimi. La partita, come si è detto, si rinnova incessantemente visto che il sistema normativo non è definitivamente informato ai valori costituzionali mentre l’autorità è sempre alla ricerca di spazi di “libertà”, che le consentano di superare gli argini formali per dare libera espansione alla indomita volontà di potenza.

In questa dialettica, che può divenire conflitto, gli istituti emergenziali giocano un ruolo centrale perché la loro *ratio* è quella di potenziare le competenze governative *al fine di* fronteggiare un’emergenza in atto: però l’esistenza delle condizioni per proclamare lo stato d’eccezione – in base all’art. 77 oppure in base alle norme sul potere di ordinanza – è rimessa allo stesso soggetto che può beneficiare di quell’accrescimento di potere (c.d. autoattivazione¹⁴⁹). La ricorrenza di un caso straordinario è cioè oggetto di volontà e non solo di conoscenza, è una condizione da “costituire” e non meramente da dichiarare. L’ampio margine di discrezionalità che la connota origina così una tensione continua e rende intimamente *politica* la decisione sull’emergenza.

¹⁴⁹ Per la definizione vedi *supra* la nota n. 27 nonché cfr. G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit., pag. 214.

«La verità – scriveva Friedrich Nietzescche – è solo una parola per la volontà di potenza»¹⁵⁰: ebbene, una di queste parole che il soggetto dominante usa, rudemente, come un’arma, per imporre se stesso sugli altri e contro gli altri, è la necessità. Parafrasando il cantore del superuomo possiamo dire che «la necessità, per la volontà di potenza, è solo una parola», ad indicare quanto sia labile il confine fra l’emergenza giusta, cioè legittima, e l’emergenza evocata al solo fine di accedere al maggior potere che essa consente e quanto sia facile forzare il giudizio di necessità¹⁵¹ in nome del dovere di governare.

La complessa dinamica emergenziale non può essere completamente compresa senza soffermarsi sulla natura umana e la sua profonda propensione sociale. L’evocazione dell’emergenza ha una straordinaria capacità “integrativa” dell’organismo sociale, perché suscita un immaginario drammatico, collettivamente allarmante, emotivamente intenso, quasi mistico: di fronte all’emergenza negli individui – sulla base di codici di comportamento evolutivi – prevale il bisogno di rafforzare il vincolo sociale mentre vengono inibite le spinte individualistiche e libertarie.

Quando la *polis* è in pericolo il *demos* invoca il sacrificio per esorcizzare la paura, offre la propria libertà per sopravvivere, chiede i pieni poteri per scongiurare la rovina imminente. In questo drammatico contesto colui che discute è irresponsabile, colui che critica è empio, colui che contesta è nemico: perché non partecipa alla salvazione della patria, perché si dissocia nel momento della difficoltà, perché nega la solidarietà, perché non vede la verità collettiva.

Così, facendo leva su questa attitudine umana ad unirsi di fronte al pericolo comune, il sovrano proclamando lo stato d’emergenza, non solo accresce il proprio potere, ma indebolisce l’opposizione giuridica (degli organi di controllo e garanzia), quella sociale (dei corpi intermedi) e quella politica (sia essa istituzionale o diffusa).

La vicenda normativa e attuativa del potere di ordinanza si presenta come un caso esemplare di questa complessa dinamica giuridica, che è anche

¹⁵⁰ F. NIETZESCHE, *La volontà di potenza (Wille zur Macht)*, fr. 9 - 91, ove si legge che «La verità non è pertanto qualcosa che esista e che sia da trovare, da scoprire – ma qualcosa che è *da creare* e che dà il nome a un processo, anzi a una volontà di soggiogamento, che di per sé non ha mai fine: introdurre la verità, come un *processus in infinitum*, un attivo determinare, non un prendere coscienza di qualcosa che sia ‘in sé’ fisso e determinato. E’ una parola per la volontà di potenza».

¹⁵¹ Per giudizio di necessità si intende il concetto relazionale che lega la situazione di inadeguatezza del diritto vigente all’instaurazione del regime d’eccezione secondo la proposizione: “di fronte al fatto emergenziale si ritiene necessario lo stato d’eccezione”. La necessità consiste in un “giudizio”, formulato in genere dallo stesso soggetto competente a proclamare l’emergenza giuridica, avente ad oggetto il verificarsi di un fatto dotato delle caratteristiche emergenziali (da cui deriva l’inadeguatezza del diritto vigente a fronteggiare l’evento che si è verificato) nonché l’opportunità di ricorrere a strumenti normativi eccezionali (idonei a fronteggiare quell’evento). Il giudizio di necessità pone in relazione il primo ed il terzo elemento del modello dell’emergenza giuridica, in quanto ravvisa nel fatto emergenziale una domanda di qualificazione giuridica straordinaria ed individua, in un certo stato d’eccezione, la risposta giuridica adeguata (cfr. G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, cit., pagg. 179 ss.).

sociale e culturale. L'abuso degli istituti emergenziali è storicamente endemico e, come un virus che incessantemente infetta il sistema delle competenze, manifesta una vitalità ostinata, pronto a risorgere non appena gli anticorpi allentano la morsa. Emerge il conflitto – a volte latente ma sempre vivo – tra autorità e diritto, tra chi esercita la sovranità e il sistema di regole che la controllano e la limitano, tra il desiderio di dominio e le conquiste della ragione.

7. L'equilibrio tra autorità e regole: considerazioni finali

Tirando le fila del ragionamento, è chiaro che la disciplina attribuita del potere necessitato di ordinanza merita di essere rielaborata, sia per ragioni sistematiche connesse alla proliferazione ed alla sovrapposizione di fonti, sia per armonizzare una parte di questa competenza alla Costituzione repubblicana.

Nello Stato contemporaneo si è notevolmente ridotta la differenza tra organizzazione ordinaria e straordinaria e non è più ammissibile quello stravolgimento delle competenze costituzionali che ha trovato la massima espressione nella monarchia della restaurazione. Del resto, l'assunzione della *plenitudo potestatis* da parte di un unico organo non era una soluzione obbligata ed ineluttabile già allora: precise ragioni storico-politiche consentivano al monarca ed al suo governo di "riappropriarsi" di quella sovranità piena che in tempi normali veniva esercitata nei limiti stabiliti dalla costituzione. In quella situazione la prima esigenza era la salvezza dello stato e della nazione: per essa era giustificabile il sacrificio di ogni altro valore, individuale, collettivo ed anche ordinamentale¹⁵². Nell'ordinamento vigente invece la priorità è rappresentata, anziché dalla salvezza dello stato inteso come una *qualsiasi* organizzazione della sovranità, dalla salvezza della Costituzione intesa come un *particolare* tipo di organizzazione della sovranità, in cui si materializza il patto sociale tra forze politicamente e socialmente eterogenee.

Il problema della continuità costituzionale si pone, allora, come una tematica centrale delle situazioni di emergenza¹⁵³ e dagli articoli 77 e 78 della Costituzione si desume un principio organizzatore inderogabile anche nello stato d'emergenza, che è appunto la forma democratica nella sua specificazione parlamentare: in ogni tempo il Parlamento deve essere chiamato a svolgere un ruolo centrale, insieme all'Esecutivo, nella determinazione dell'indirizzo politico.

Possono essere modificati i tempi, le modalità, l'ordine cronologico di questo incontro di volontà, ma in nessun modo le assemblee rappresentative devono essere escluse da una decisione intrinsecamente politica, né è accettabile che l'azione amministrativa sia "dispensata" dal rispetto delle

¹⁵² Cfr. P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pagg. 3 e ss.

¹⁵³ Sulla differenza tra la continuità dell'ordinamento giuridico e la continuità dello Stato vedi V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in *Riv. dir. internaz.*, 1964, pagg. 363 e ss.

prescrizioni di rango legislativo senza effettivi limiti sostanziali; tantomeno è legittimo tenere fuori le autorità di garanzia, così come accade nell'esercizio del potere "libero" di ordinanza.

Ebbene se condividiamo queste premesse sull'illegittimità del potere "libero" di ordinanza, o quantomeno se consideriamo illegittimo l'esercizio che di tale competenza viene fatto, è necessario porre il problema delle possibili soluzioni. Nel far ciò è bene abbandonare l'atteggiamento decadente, e vagamente romantico, di osservare rassegnati la prevista rovina della città come stanche Cassandre. E' più utile assumere la responsabilità, non solo delle analisi dogmatiche, ma anche dei rimedi e delle possibili terapie giuridiche¹⁵⁴.

Due sono le direzioni verso le quali occorre agire per riportare in equilibrio il rapporto fra autorità e regole con particolare riferimento alla competenza in discorso: la complessiva disciplina sulla forma di governo e la disciplina delle varie tipologie del potere necessitato di ordinanza.

In primo luogo occorre prevenire e cioè evitare che nei titolari della funzione esecutiva si formi l'intenzione di utilizzare i poteri straordinari al di fuori della loro *ratio* (che è quella di fronteggiare il caso straordinario), come strumento ordinario di governo. In questa prospettiva, però, va compreso perché l'abuso degli istituti straordinari – per definizione illegittimo – è storicamente normale nelle organizzazioni politiche. Come il patologo, che odia e ama l'oggetto della propria analisi, così il giurista deve, prima comprendere le "ragioni" politiche dell'abuso degli istituti straordinari per tentare, poi, di debellarlo o quantomeno di contenerlo ad un livello costituzionalmente accettabile.

Emerge così il problema della razionalizzazione della forma di governo che comprende la necessità, all'interno della forma parlamentare di governo, di dotare l'esecutivo di strumenti legittimi – garantiti ma efficaci – di partecipazione alla determinazione dell'indirizzo politico ed alla sua attuazione. E' il tema assai risalente che fu posto durante i lavori dell'Assemblea costituente da Tommaso Perassi con il suo noto ordine del giorno¹⁵⁵, ma che non ha trovato adeguata

¹⁵⁴ Si osservi che il tema delle "contromisure" impone di ragionare, non solo in termini deontologici di conformità delle norme vigenti al criterio gerarchico, ma anche in termini concreti di fattibilità del rimedio proposto e di probabilità del risultato sperato: non si tratta ovviamente di svolgere una analisi sociologica sul sistema politico, ma di ragionare di "essere del dover-essere", che è una tematica interna alla scienza giuridica.

¹⁵⁵ Il documento approvato il 5 settembre 1946, con 22 voti favorevoli e 6 astensioni, affermava che: «La Seconda Sottocommissione, udite le relazioni degli onorevoli Mortati e Conti, ritenuto che né il tipo del governo presidenziale né quello del governo direttoriale risponderebbero alle condizioni della società italiana, si pronuncia per l'adozione del sistema parlamentare, da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di governo e ad evitare degenerazioni del parlamentarismo». Sul tema vedi, tra gli altri, G. AMATO – F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea Costituente* in *Quad. cost.*, 1981, pagg. 33 e ss.; S. CECCANTI, *Il premierato: matrici ideali e problematiche*, in *Aggiornamenti Sociali*, n. 2, 2004; L. ELIA, *La "stabilizzazione" del Governo dalla Costituzione ad oggi*, Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2006; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo e legge fondamentale* in *Dir. Pubbl.*, n. 2, 2006, pagg. 508 e ss.; V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2007, pagg. 127 e ss.; A. PIZZORUSSO,

risposta: rimane così tuttora aperto il problema di «non rendere più difficile con il bicameralismo l'efficienza del potere governativo»¹⁵⁶, anche al fine di evitare che questa giusta esigenza venga incanalata in percorsi illegittimi e dia adito ad abusi ricorrenti.

Non a caso, a proposito dell'art. 77 Cost., è stato sottolineato lo stretto nesso fra abuso della decretazione d'urgenza e indeterminatezza dei tempi del procedimento legislativo ordinario¹⁵⁷, per cui tale competenza straordinaria spesso svolge la funzione che, tipicamente, competerebbe al potere governativo di iniziativa legislativa. A sua volta le ordinanze di protezione civile finiscono per occupare lo spazio lasciato libero dalla decretazione d'urgenza, assurgendo ad atti capaci di fronteggiare i «casi straordinari di necessità ed urgenza», mentre le ordinanze per i grandi eventi adempiono ad un compito amministrativo complesso ma tipicamente ordinario. Tale slittamento delle competenze dall'alveo originario, se per una buona componente è determinato dalla naturale attitudine di coloro che esercitano la sovranità di sottrarsi ai limiti e ai controlli giuridici, per un'altra parte è comprensibile sulla base del basso tasso di razionalizzazione della forma di governo.

Si tratta ovviamente di una prospettiva di riforma assai generale, cui però è necessario fare cenno quando si ragiona di abuso degli istituti emergenziali, perché rappresenta lo scenario nel quale esso avviene e perché consente di distinguere fra l'abuso in qualche misura necessitato dall'impellenza di governare e l'abuso finalizzato a forzare la forma di governo e l'equilibrio fra gli organi costituzionali.

La seconda prospettiva di riforma riguarda il settore specifico delle norme attributive del potere di ordinanza il quale, come abbiamo visto, si è formato attraverso la stratificazione caotica di numerose discipline, entrate in vigore a partire dagli anni '30 del secolo scorso fino ad oggi, che in parte manifestano problemi di compatibilità con il sistema costituzionale. Per tali ragioni, sulla base di quanto si è osservato nell'analisi precedente, è possibile proporre alcune considerazioni finali sui rimedi in concreto adottabili.

La maggiore esigenza è di riordinare le diverse forme di potere necessitato di ordinanza in un testo unico che disciplini in modo sistematico – a livello legislativo – lo stato d'eccezione sub-costituzionale. Non pare cioè utile disseminare le diverse norme attributive del potere nei rispettivi settori di materia (enti locali, materia sanitaria, pubblica sicurezza, tutela ambientale,

Sistematica giuridica e sistema delle fonti del diritto, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009.

¹⁵⁶ L. ELIA, *Discorso del Presidente emerito della Corte costituzionale in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, 29.2.2008.

¹⁵⁷ R. PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 2010, pag. 66, il quale osserva come l'obiettivo principale sotteso al ricorso allo strumento d'urgenza non sia tanto l'immediata entrata in vigore delle disposizioni quanto la certezza dei tempi di esame parlamentare. In molti casi, infatti, i decreti legge contengono norme non immediatamente applicabili o comunque vengono concretamente attuati dalle amministrazioni competenti solo dopo la conversione in legge.

protezione civile), sia perché tale scelta finisce per agevolare il ricorso improprio all'istituto straordinario, sia perché viene impedita una regolazione ed una interpretazione uniforme di esso.

In realtà un tentativo in questo senso si è registrato nel febbraio 2009 quando è stata istituita una Commissione di studio per la predisposizione del Codice di protezione civile, la quale ha ultimato i suoi lavori nel dicembre dello stesso anno. Il problema è che la Commissione, pur inserita nel quadro della generica delega conferita al Governo dalla legge n. 246 del 2005 («Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005»), è stata insediata – in modo decisamente anomalo – sulla base di un'ordinanza *omnibus* di protezione civile¹⁵⁸ che, per il resto, si occupa di vari stati d'emergenza e di grandi eventi.

Il testo dello schema di decreto legislativo si compone di 33 articoli e riprende, ampliandola notevolmente, la disciplina della legge n. 225 del 1992. In particolare esso estende i casi di emergenza agli «incendi boschivi» ma anche al «rischio sanitario» e persino alle «emergenze socio economico sanitarie» (artt. 3 e 14); giungendo così a legittimare il ricorso al potere di ordinanza per ogni tipo di fatto straordinario, senza eccezione alcuna, in completa sovrapposizione con la decretazione d'urgenza.

Lo schema di codice fa espresso riferimento al potere del Prefetto di «assumere le determinazioni di competenza in materia di *ordine e sicurezza pubblica*» (art. 12) ed a quello del Presidente del Consiglio di disporre con proprio decreto «il coinvolgimento delle strutture operative» (fra le quali sono incluse, ex art. 6, le «*Forze armate*» e le «*Forze di polizia*») «*anche prima*» della dichiarazione dello stato di emergenza (art. 15). Inoltre le ordinanze «non sono soggette al controllo preventivo di legittimità» della Corte dei Conti (art. 15, comma 9) e possono essere sindacate dal solo T.A.R. del Lazio con «sentenza succintamente motivata» (art. 18). Infine la bozza prevede una «emergenza regionale» con la possibilità, anche per le Regioni, di dichiarare lo «stato di crisi» ed adottare ordinanze «in deroga alla normativa regionale vigente».

Come si comprende questo schema di Codice è agli antipodi della riorganizzazione che si considera utile perché, da un lato non ricomprende ogni tipo di potere di ordinanza limitandosi al settore della protezione civile, ma soprattutto esso contiene una disciplina ulteriormente estensiva – e in alcuni aspetti allarmante – del già ampio potere fondato sulla legge n. 225 del 1992.

Il riordino che invece sarebbe necessario dovrebbe consistere in una disciplina che stabilisca, nel rispetto del principio di legalità e senza rinvii a

¹⁵⁸ L'ordinanza n. 3742 del 18.2.2009 all'art. 6 fa riferimento, per la determinazione del compenso dei componenti, ad una «Commissione di studio per l'elaborazione dei principi e criteri fondamentali di uno o più decreti legislativi di riordino, coordinamento ed integrazione delle disposizioni normative statali in materia di protezione civile», da istituire con decreto del capo del Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Vedi anche l'ordinanza n. 3764 del 12.5.2009 che, all'art. 2, integra la composizione della Commissione.

norme subordinate, i casi di emergenza, il tipo di misure adottabili, gli organi competenti, un procedimento uniforme ed i controlli a cui l'esercizio della competenza è sottoposta. In questa direzione l'esame della disciplina vigente e della prassi attuativa ci consente – in via conclusiva – di indicare alcuni aspetti nodali sulla regolazione del potere straordinario su cui sembra appropriato intervenire.

Occorre fissare il discrimine fra i casi in cui è necessario ricorrere all'istituto straordinario previsto in Costituzione (art. 77) e quelli, di minore allarme, in cui è consentito agire con l'ordinanza amministrativa. Eventualmente poi, di fronte alle emergenze più gravi, è possibile stabilire una sinergia fra le due competenze: ad esempio, attribuendo al decreto legge il compito di dichiarare lo stato d'eccezione ed individuare le leggi passibili di deroga (in modo simile a quanto avviene nella delegificazione¹⁵⁹) ed alle ordinanze il compito di adottare le singole misure. In questo modo le leggi "vulnerabili" verrebbero stabilite da una fonte abilitata a farlo ed il potere di ordinanza sarebbe ricondotto nell'alveo della discrezionalità amministrativa, essendo privo di capacità innovativa di livello primario.

Quanto ai presupposti legittimanti, essi devono essere individuati in termini tassativi senza generici richiami ad "altri eventi" ma stabilendo il "tipo" di fatto emergenziale che consente l'attivazione del potere di ordinanza; lasciando alla decretazione d'urgenza la funzione costituzionale di fronteggiare le emergenze innominate. Nello specifico sembra da evitare il ricorso agli atti amministrativi, sia per accadimenti che non hanno natura straordinaria ("grandi eventi"), sia per situazioni di conflitto sociale il cui contenimento potrebbe incidere sulle libertà costituzionali ("emergenze socio-economiche"), restringendo quindi l'uso del potere alle calamità naturali, ai disastri ambientali, alle emergenze sanitarie.

Sul piano formale due garanzie meritano di essere implementate nel procedimento di adozione delle ordinanze di necessità: il parere obbligatorio di organi tecnici (che ha dato buona prova nell'evitare abusi durante l'esperienza maturata sull'art. 191 del Testo unico ambientale) e la necessità del decreto del Presidente della Repubblica per la dichiarazione e la revoca dello stato d'emergenza (ma non per l'adozione delle singole ordinanze). Il ricorso al d.P.R. in luogo del d.P.C.M. non comprometterebbe la celerità della decisione e soddisferebbe la funzione di garanzia attraverso un controllo preventivo, al pari di quanto accade per gli atti con forza di legge. Nella stessa logica non vi sono

¹⁵⁹ La tecnica di delegificazione disciplinata dall'art. 17, 2° comma della legge n. 400 del 1988 prevede che sia la legge di autorizzazione a determinare espressamente l'abrogazione delle norme legislative vigenti con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari; si è scelta tale strada per evitare il meccanismo dell'abrogazione tacita (o per incompatibilità) che avrebbe di fatto ricondotto l'effetto abrogativo agli atti regolamentari. Allo stesso modo di fronte alla necessità di incidere a livello della normazione primaria attraverso il potere di ordinanza occorre che sia una fonte primaria ad aprire la strada consentendo un successivo legittimo intervento dell'amministrazione: allora solo la legge o un atto dotato della medesima forza è abilitato a stabilire quali specifiche disposizioni legislative sono derogabili nell'esercizio del potere di ordinanza.

ragioni per escludere i controlli successivi ad opera della magistratura contabile e di quella amministrativa.

Infine, per quanto riguarda le misure emergenziali, è evidente che la *ratio* di fronteggiare l'emergenza, per definizione imprevedibile, è incompatibile con una stringente predeterminazione legislativa del loro contenuto. Si sono però spiegate le ragioni per le quali il sospetto di incostituzionalità riguarda solo il potere di ordinanza in deroga caratterizzato da portata generale (ovvero il cui presupposto legittimante è definito in termini generici) ed a contenuto libero (ovvero le cui misure non sono in alcun modo tipizzate dalla norma attributiva). E' quindi possibile soddisfare il principio di legalità riducendo il ventaglio interpretativo sul duplice fronte della enumerazione dei casi straordinari ovvero delle misure emergenziali. Ciò che conta è che la risultante ermeneutica sia tale da lasciare all'autorità amministrativa un margine congruo, ma non illimitato, di discrezionalità così da predeterminare – in astratto – la portata della deroga alle fonti primarie.