

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
(SCUOLA DI GIURISPRUDENZA)



DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
XXXIV CICLO

TESI DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
curriculum Pubblicistico

***“IL POTERE DI ORDINANZA NELLA GESTIONE
DELL’EMERGENZA SANITARIA”***

Coordinatore:
Ch.mo Prof.
Geminello Preterossi

Candidato:
Virginia Galasso
Matricola: 8800600058

Tutor:
Ch.mo Prof.
Sergio PERONGINI

ANNO ACCADEMICO 2020-2021

*Al prof. Sergio Perongini
per avermi insegnato l'etica del lavoro.*

Sommario

.....	
OGGETTO DELLA TRATTAZIONE	4
CAPITOLO PRIMO - LA RICOSTRUZIONE STORICA DEL POTERE DI ORDINANZA EMERGENZIALE	6
1. Premessa	6
2. Il potere di ordinanza e gli atti di necessità.....	11
3. La nascita delle ordinanze emergenziali: gli ordinamenti francese, tedesco, spagnolo e italiano.....	17
4. Le ordinanze emergenziali in epoca statutaria.....	25
5. Il rapporto tra necessità e fonte del diritto. Il caso del terremoto di Messina e Reggio Calabria.....	29
5.1 Lo stato di eccezione in Carl Schmitt	41
6. La disciplina del periodo fascista. I poteri d'urgenza del Governo all'interno del sistema delle fonti di diritto positivo.....	45
CAPITOLO SECONDO - IL PROBLEMA DELLE ORDINANZE EMERGENZIALI NEL SISTEMA COSTITUZIONALE	49
1. Le ordinanze emergenziali nell'ordinamento costituzionale.....	49
2. Il dibattito in assemblea costituente sui poteri di necessità ed urgenza	52
2.1 Lo sviluppo storico della giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 8 del 20 giugno 1956	55
2.2 La sentenza n. 26 del 27 maggio 1961	57
2.3 Le ordinanze libere. il modello definito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 4 del 4 gennaio 1977	62
2.4 Le sentenze n. 100 del 03.04.1987 e n. 2021 del 28.5.1987	68
2.5 La sentenza della Corte Costituzionale n. 127 del 14 aprile 1995	74
3. Dalla costituzionalità all'incostituzionalità delle ordinanze emergenziali: le contrapposte tesi in dottrina.....	84
4. La controversa natura giuridica delle ordinanze emergenziali.....	91
5. Le ordinanze emergenziali nella giurisprudenza amministrativa. Limiti e presupposti	98
5.1 L'ordinanza emanata dal Prefetto di Genova in occasione del G8	104
CAPITOLO TERZO - LE ORDINANZE EMERGENZIALI NEL RAPPORTO CON I PRINCIPI DI LEGALITÀ, TIPICITÀ E TASSATIVITÀ	110
1. I tratti distintivi delle ordinanze emergenziali. Il rapporto con i principi di tipicità e tassatività	110
2. Le ordinanze emergenziali e il rispetto del principio di legalità	119
CAPITOLO QUARTO - IL POTERE DI ORDINANZA NELLA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA.	122
1. Considerazioni introduttive	122
2. Le ordinanze emergenziali in ambito sanitario	125
2.1 Le ordinanze in materia di protezione civile	127
2.2 Le ordinanze emergenziali del Sindaco	131
3. Gli atti normativi adottati durante l'emergenza Covid-19	134
3.1 Fase 2 e 3 della pandemia: il nuovo ruolo delle Regioni nella gestione dell'emergenza	143
3.2 Fase 4. Nuovo ruolo delle Regioni	145
3.3 Nuove misure: la ripresa delle principali attività lavorative, concorsuali e didattiche in Italia	147
4. Uso e abuso dei D.P.C.M.	150

4.1 Le ordinanze extra ordinem e i dd.P.C.M: affinità e differenze. La sentenza della Corte Costituzionale n. 98 del 22 ottobre 2021	152
CAPITOLO QUINTO - IL POTERE DI ORDINANZA DEI PRESIDENTI DI REGIONE AI TEMPI DEL COVID – 19.	157
1. Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione durante il Covid 19.....	157
1.1 L’ordinanza regionale “permissiva”: brevi note alla sentenza del TAR Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020 n. 841	164
1.2 Il caso De Luca in Campania a seguito del D.L. 7 gennaio 2022	167
2. Le ordinanze dei Presidenti di Regione disciplinate dai decreti-legge nn. 6, 19, 33 del 2020, come atti necessitati per affrontare l’epidemia Covid – 19.....	174
3. Sulla Costituzionalità delle ordinanze del Presidente di Regione	177
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	180
BIBLIOGRAFIA	183

OGGETTO DELLA TRATTAZIONE

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare l'evoluzione, la natura e i limiti del potere di ordinanza emergenziale, partendo da una ricostruzione storica del potere in esame e ripercorrendo le principali tappe che hanno condotto all'affermazione dello stesso nell'attuale sistema Costituzionale. Trattasi di un percorso caratterizzato dalla tensione con principi propri di un moderno Stato di diritto, come quelli di legalità, tipicità e tassatività dell'azione amministrativa.

Oggetto dell'indagine sarà quel potere che, nell'ordinamento italiano, è attribuito alla pubblica amministrazione da norme primarie, al fine di vietare o imporre un determinato comportamento, in caso di eventi imprevedibili ed eccezionali da fronteggiare, in vista del perseguimento di un interesse pubblico. In particolare, si analizzerà come questo potere di eccezione è stato utilizzato nel nostro ordinamento per fare fronte a emergenze sanitarie.

Una ricerca, pertanto, finalizzata ad esaminare quel potere di ordinanza che a seguito di eventi eccezionali e imprevedibili regola l'emergenza.

Trattasi di un potere giustificato dall'urgenza di provvedere, attuato attraverso provvedimenti il cui contenuto non è prestabilito dalla legge, ma dalla stessa soltanto autorizzato e rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente. La normativa primaria si limita a invocare concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), senza indicare le misure che l'ordinanza emergenziale deve contenere. Sono tali le locuzioni di "interesse pubblico", di "pubblica sicurezza", di "ordine pubblico" e di "buon costume", le quali vengono utilizzate dal legislatore al fine di abbracciare una pluralità di fenomeni, idonee ad assumere diversi significati.

Tale indeterminatezza, come vedremo, ha posto il problema della conformità della norma primaria, attributiva del potere, al principio di tipicità e tassatività dei poteri amministrativi e di compatibilità con le situazioni giuridiche soggettive del privato di rango sovraordinato rispetto allo stesso potere amministrativo. Sul punto, verrà sostenuta la tesi che individua tale potere quale potere tipico a bassa tassatività.

A tal fine, si partirà dall'analisi dottrinale sul tema, la quale si è impegnata nella ricostruzione dei rispettivi limiti per ricondurre detto potere al rispetto dei parametri costituzionali.

Il lavoro continuerà con l'analisi dei principi costituzionali che legittimano tale potere e delle pronunce della Suprema Corte che a più riprese ne hanno affermato la rispondenza ai principi cardine del nostro ordinamento.

Ciò consentirà di pervenire all'individuazione dei tratti distintivi delle ordinanze emergenziali, oltre che all'individuazione dei rispettivi limiti e presupposti, anche in riferimento alla giurisprudenza amministrativa, nonché all'analisi del rapporto con il principio di legalità.

Tali premesse saranno necessarie per comprendere come questo potere è stato adoperato nelle situazioni di emergenza sanitaria e, più in particolare, di come sia stato adoperato durante la recente emergenza epidemiologica da COVID – 19.

In tale contesto saranno analizzate non solo le caratteristiche dei provvedimenti amministrativi adottati ma anche le diverse disposizioni normative che le regolano.

Lo studio si concentrerà, più in particolare, sul potere di ordinanza attribuito ai Presidenti di Regione nell'ambito dell'emergenza epidemiologica da COVID – 19 e sui contrasti interpretativi, sia dottrinali che giurisprudenziali, che lo stesso ha generato, soprattutto quando ha inciso sulle libertà fondamentali dei privati.

Infine, il lavoro si concluderà con l'individuazione dei caratteri fondamentali delle ordinanze emanate dalle autorità amministrative ai tempi del Covid – 19, al fine di distinguere predetto strumento (come individuato nei D.L. nn. 6, 19 e 33 del 2020) dalle altre fattispecie di ordinanza contingibile e urgente previste dall'ordinamento. Considerazioni saranno svolte anche in merito ai profili di legittimità costituzionale di questo potere amministrativo.

CAPITOLO PRIMO

LA RICOSTRUZIONE STORICA DEL POTERE DI ORDINANZA EMERGENZIALE

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il potere di ordinanza e gli atti di necessità. - 3. La nascita delle ordinanze emergenziali: l'ordinamento francese, tedesco, spagnolo e italiano. - 4. Le ordinanze emergenziali in epoca statutaria. - 5. Il rapporto tra necessità e fonte del diritto. Il caso del terremoto di Messina e Reggio Calabria. - 5.1 Lo stato di eccezione in Carl Schmitt. - 6. La disciplina del periodo fascista. I poteri d'urgenza del Governo all'interno del sistema delle fonti di diritto positivo.

1. Premessa

Il potere di ordinanza emergenziale attribuito agli organi della pubblica amministrazione costituisce (ancora oggi) uno dei temi più dibattuti dalla dottrina giuspubblicistica italiana, oltre che dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, chiamata a pronunciarsi sulle caratteristiche, e gli effetti, particolarmente controversi del potere in esame. Nel corso degli anni diverse sono state le tesi dottrinali che hanno cercato di porre rimedio alle difficoltà di inquadramento e definizione del potere di ordinanza le quali, indirettamente o direttamente, hanno ricostruito il significato del termine “ordinanza” al fine di legittimarne l'uso in situazioni emergenziali¹.

¹ Di seguito le più importanti ricostruzioni dottrinali:

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovane, 1969, 67 ss., comprende tra le ordinanze libere tutti i provvedimenti amministrativi di autorità amministrative, capaci di introdurre una disciplina derogatoria rispetto all'ordine normativo risultante dalle fonti legislative. All'interno della generale categoria delle ordinanze libere si distinguevano le ordinanze in senso stretto, ovvero i provvedimenti e i regolamenti che contengono ordini. Queste, poi, sono state suddivise in tre gruppi:

A) I provvedimenti – prezzi: atti i quali fissano autoritativamente il prezzo delle merci, servizi e prestazioni, pertanto, atti il cui contenuto è tassativamente individuato dal legislatore.

B) Le ordinanze per situazioni eccezionali: da adottare in situazioni - tassativamente ipotizzate - di particolare gravità (ad es. per prevenire disastri o epidemie) nelle quali non è possibile l'applicazione della norma ordinaria. Rientrano, in questa categoria le ordinanze emanate in casi di malattie infettive a carattere epidemico.

C) Le ordinanze di necessità vere e proprie.

F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, il potere di ordinanza come un potere monocratico, polimorfo, primario e sussidiario.

Monocratico, in quanto attribuito dalla norma ad organi individuali o a singoli soggetti titolari di un pubblico ufficio.

Polimorfo, sia perché esistono diverse forme del potere di ordinanza, sia perché ad uno stesso organo possono essere attribuite forme diverse del potere in esame. A titolo esemplificativo, si richiama il potere del Sindaco, come organo dell'Ente Comunale, il quale risulta titolare di un potere di ordinanza tanto istituzionale, quanto tipizzato.

Sussidiario, poiché il potere primario nelle stesse materie appartiene ad altro organo, propriamente statale, qual è il prefetto.

Infine, Bartolomei definisce il potere di ordinanza come primario o istituzionale, in quanto non riferibile ai poteri sussidiari allora previsti dall'art. 153 t.u.l.c.p. 1915.

In conseguenza di ciò, proponeva una ricostruzione sistematica del potere di ordinanza (nel campo del diritto amministrativo sostanziale) sotto un quadruplice ordine concettuale:

A) Potere di ordinanza istituzionalizzato, cioè inquadrato nelle competenze proprie degli organi della pubblica amministrazione. Viene individuato come un potere *“connaturato a formule organizzatori e dei pubblici poteri, e, da questo angolo visuale, non ostano principi di ordine costituzionale all'affermazione della istituzionalizzazione di siffatto potere. Nel nostro ordinamento, sebbene a costituzione rigida, non vi è ostacolo da parte dell'art. 97 cost., che detta il principio secondo cui i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge e neppure da parte dell'art. 95 cost., per il quale è sempre la legge a determinare l'organizzazione dei ministeri: siffatti principi hanno rilievo e ad altri fini ma non come canone di caratterizzazione oggettiva della <<funzione amministrativa>> ovvero del <<potere amministrativo>>”*.

Il potere istituzionalizzato potrebbe manifestarsi anzitutto, secondo Bartolomei, nel c.d. “foro interno” della Pubblica Amministrazione, attraverso atti amministrativi generali volti a disciplinare determinati settori della pubblica amministrazione (ad es. pubblica istruzione, finanze e lavori pubblici), ovvero, attraverso atti amministrativi particolari indirizzati propriamente a dettare singole prescrizioni di comportamento, quali sono gli ordini di servizio.

Esso ben potrebbe configurarsi in materia di polizia sanitaria. Si considerino, ad esempio, le ordinanze ministeriali emanate al fine di prevenire una malattia, ovvero prescrittive determinati tipi di vaccinazione obbligatoria o ancora le ordinanze sindacali in tema di <<zona infetta>> o quelle del veterinario provinciale in tema di zona di protezione oppure le ordinanze accordanti la macellazione a domicilio di animali destinati al consumo familiare. Si tratta di ordinanze che rientrano nei compiti dell'istituto dell'autorità sanitaria ed affidate alla competenza di quell'ufficio secondo un criterio di ordine prevalentemente territoriale, ad esempio il sindaco o anche l'ufficiale del veterinario provinciale.

B) Potere di ordinanza tipizzato, volta ad assicurare l'osservanza di leggi e di regolamenti. Rientra nell'ampio concetto di esecuzione delle leggi, comprendendo provvedimenti, anche di carattere generale, necessari a dare attuazione a norma legislativa e regolamenti, a specificare il contenuto, ad adeguarle alle situazioni contingenti e a rendere possibile l'osservanza da parte dei cittadini: si tratta delle cosiddette ordinanze normali o ordinarie.

C) Potere di ordinanza necessitato ordinario relativo a situazioni già preventivamente individuate dal legislatore e per le quali si prevede l'intervento dell'autorità. L'attività corrispondente a predetto potere viene individuata come un'attività amministrativa c.d. discrezionale della pubblica amministrazione, disciplinata da norme “elastiche”, le quali individuano una fattispecie in termini di Tatbestand. Si tratta di norme approssimate stando l'impossibilità per il legislatore di ricondurre ad un unico schema paradigmatico tutte le situazioni rivelatrici della esigenza di pubblico interesse alla cui realizzazione la normativa è preordinata. Pertanto, l'adozione di provvedimenti è condizionata da un'attività discrezionale della pubblica amministrazione volta ad accertare in concreto la necessità o meno di adottare detto provvedimento o, altri provvedimenti previsti dalla legge. L'operazione de qua si traduce in una valutazione comparativa, qualitativa e quantitativa, degli interessi pubblici e privati che la fattispecie concreta involge, e dunque nella scelta da parte della pubblica amministrazione della decisione ritenuta più conveniente.

Predetta attività si potrebbe qualificare sia nel quid, cioè nel contenuto dell'atto, che nel quomodo cioè nelle l'elemento procedurale che la forma più tenue di discrezionalità. Ma qualunque possa essere la sua identità, la discrezionalità è in ogni caso un potere a cui la legge assegna come fine un determinato pubblico interesse.

D) Potere di ordinanza necessitato extra ordinem. Secondo Bartolomei si fa riferimento a quelle situazioni di urgenti necessità per le quali è riconosciuta alla pubblica autorità il potere di adottare provvedimenti con i quali si impone ad uno o più soggetti determinati o determinabili un comportamento previsto dalla legge solo in astratto.

D'altronde già nel 1948, Massimo Severo Giannini scriveva "Se si chiede che cosa sia il potere di ordinanza, nessuno è in grado di rispondere con sicurezza"². Precitata difficoltà era dovuta, innanzitutto, alla circostanza che nel nostro ordinamento, il termine ordinanza aveva un significato tutt'altro che univoco³.

La dottrina tedesca, già un secolo fa, dedicava (come vedremo) alle Verordnungen uno studio approfondito in cui si evidenziava la mancanza di rigore scientifico

M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 424 nota 7, afferma che "ordinanza è termine che risale al medioevo e significa tanto regolamento quanto ordine, giusta l'indistinzione tecnica degli atti dell'autorità nel tempo. Ancor oggi è in uso ordinanza per dire ordine e ciò genera confusione, anche nella dottrina, che è portata a raffigurare un provvedimento di ordinanza suddiviso in ordinanze ordinarie e ordinanze di necessità".

Per G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, Utet, 1965, vol. XII, il termine ordinanza ha in alcuni casi un significato atecnico; in altri casi individua una tipologia di atti delle autorità comunali; in altri ancora intende riferirsi a quella particolare categoria di atti emanati sul presupposto della necessità ed urgenza da autorità amministrative diverse dal Governo e più propriamente sono chiamate ordinanze di necessità (o urgenza).

² M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, vol. XXVII, 1948, pp. 388 e ss.

³ E. C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, pagg. 16 ss.; F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Riv. Dir. cost.*, 2005, pp. 27 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Noviss. D.I.*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 90 ss.; GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano 1953, pagg. 21 SS.: <<Nel linguaggio giuridico il termine ordinanza ha un significato tutt'altro che univoco: dalla dottrina, dalla legislazione e dalla giurisprudenza è infatti assunto in senso talmente vago e impreciso da potervi comprendere atti diversissimi per la loro natura giuridica e per i loro caratteri; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, pp. 1 ss. Più di recente, si veda A. CARDONE, "La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere di ordinanza <<entra ordinem>> del Governo", Torino, 2011, pp 25 ss; RESCIGNO, voce "Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza", in *Noviss. Dig. It.*, vol XII, 1965, pagg. 90 ss.; L. DEGLI OCCHI, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico e le ordinanze d'urgenza*, Milano, 1919; V. ANGIOLINI, *necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano 1998; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012.

nell'impostazione terminologica relativa, evidenziandosi come nel diritto positivo degli ordinamenti inglesi e francesi i termini *ordinance*, *order*, *proclamation*, *manifesto* e *ordonnance*, assumessero significato "vicariante"⁴.

Il termine *ordinanza* deriva dal verbo "ordinare", ossia "mettere in ordine", esso suole indicare un atto contenente un ordine, descrittivo di una regola⁵, a carattere imperativo, diretto ad imporre un obbligo nei confronti di una o più persone.

Un tempo con la parola "ordinanza" si indicava, nel diritto costituzionale, il potere del sovrano (*princeps*), di emanare atti normativi, in deroga alla legislazione vigente, "poiché le camere sono chiuse ed occorre provvedere"⁶. Si designavano, inoltre, tutti quegli atti autoritativi dei pubblici poteri diversi dalla legge e dalle sentenze, nonché gli atti emanati dal Governo aventi forza di legge, come ad esempio gli atti militari dotati di forza di legge, o atti emanati sul presupposto della necessità ed urgenza. Il termine *ordinanza* veniva comunemente utilizzato per individuare atti di natura diversa, in virtù dell'unico tratto comune del contenuto ordinatorio⁷. Anche per questo l'*ordinanza* descriveva egualmente un provvedimento amministrativo⁸ di esecuzione, una regola generale e astratta, un provvedimento giurisdizionale⁹.

⁴ F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979.

⁵ F. MODUGNO, "Ordinamento giuridico" (*dottrine generali*), in Enc. Dir. vol. XXX, Milano, 1980, pp 678 ss.

⁶ R. CAVALLO PERIN, Voce *ordinanza* (Dir. Amm.), Enc. Dir., p. 3981 ss.

⁷ M. AGNOLI, "Le ordinanze contingibili ed urgenti" in *l'Amministrazione italiana*, 1984, 1671; G. MONETTO, *Le Ordinanze del Sindaco*, Rimini, Maggioli, 1988; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova Cedam, 1986; L. GIOVENCO – A. ROMANO, *L'ordinamento comunale*, Milano, Giuffrè, 1987, 461 ss.; E. MAGGIORA, *Le ordinanze del sindaco e dei dirigenti*, Milano, Giuffrè, 1996; Id, *Le ordinanze di necessità del Sindaco*, in Nuova Rassegna; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del Giudice comune*, nota a sent. Corte Costituzionale del 2 luglio 1956 n. 8, in Giur. it., 1956, I, I, 863 ss; V. CONTESSA, *Delegabilità da parte del Sindaco delle funzioni di ufficiale di Governo, con particolare riferimento al potere di emettere ordinanze contingibili ed urgenti*, in Nuova Rassegna, 1990, 183; G.M. MAZZAPESA, *Provvisorietà delle ordinanze contingibili ed urgenti*, in Giust. civ., 2002, II, 415; G. PISICCHIO, *Provvedimenti contingibili ed urgenti*, in Nuova Rassegna, 1984,1971.

⁸ MATTARELLA BERNARDO GIORGIO, *Il provvedimento*, in SABINO CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000.

⁹ Sul punto in particolare cfr. G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2015, pp. 125 ss.

In particolare, nel diritto amministrativo, con il medesimo termine, venivano indicati tutti gli atti amministrativi generali, gli atti normativi di secondo grado e gli atti emanati in casi necessità ed urgenza¹⁰.

Sarà la dottrina italiana, dopo oltre mezzo secolo di distanza a individuare e deplorare le persistenti imprecisioni del termine, distinguendo tra ordini e ordinanze¹¹ e, nell'ambito di queste, individuare i provvedimenti "necessitati", operando l'ulteriore distinzione tra le ordinanze come atti necessitati ordinari e le ordinanze extra ordinem¹², ossia, "quegli atti aventi il carattere o di atti normativi o di provvedimenti amministrativi, emessi da autorità governative (...) o da autorità amministrative, senza predeterminazione del contenuto, e anche in deroga alle norme vigenti, al fine di consentire alla pubblica amministrazione di attuare i fini di pubblico interesse in fattispecie non previste da norme di diritto positivo"¹³.

La dottrina italiana ha avuto il merito, come vedremo, di individuare una netta distinzione tra il potere di ordinanza necessitato e il potere di ordinanza contingibile e urgente dal contenuto indeterminato, giustificato da eventi eccezionali e imprevedibili, avente – secondo parte della dottrina – un contenuto atipico¹⁴.

Il presente studio si concentrerà su queste ultime ordinanze (qualificate con l'aggettivo emergenziali), ossia su quel potere utilizzato dalla pubblica amministrazione per fronteggiare situazioni di emergenza, in particolare, in relazione alla tutela della salute.

Saranno indagate quelle ordinanze che, nell'ordinamento italiano, sono emanate dalla pubblica amministrazione al fine di vietare o imporre un determinato comportamento a causa di un evento imprevedibile ed eccezionale da fronteggiare in vista del perseguimento di un interesse pubblico¹⁵. Un provvedimento giustificato dall'urgenza di

¹⁰ RESCIGNO, voce "*Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*", in *Noviss. Dig. It.*, vol XII, 1965, pagg. 90 ss.

¹¹ F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1976.

¹² M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanze atti necessitati*, cit; Id., *Le ordinanze dispositive della proprietà terriera* (Giur. it. 1950, III, 65 ss); Id., *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria* (rass. Amm. Sanità, 1962, 733 e ss.)

¹³ L. GALATERIA – M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Torino, Utet 1989, 52.

¹⁴ Sul punto si veda M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza*, cit., 396; F. CAMMEO, *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. n, parte II, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1905, 286. Si confronti infine: F. D'ALESSIO, *Commento al testo unico della legge comunale e provinciale*, Torino, Utet, 1936, 101 e s.

¹⁵ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, pp. 62 ss.; F. BARTOLOMEI. In tema, cfr. anche R. CAVALLO PERIN, *Ordine e ordinanza*, in *Digesto*

provvedere, il cui contenuto non è prestabilito dalla legge, ma dalla stessa, soltanto autorizzato e rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente¹⁶.

Atti la cui competenza in materia è attribuita ad autorità amministrative diverse dal Governo, cui è rimessa invece, in casi straordinari di necessità ed urgenza, l'adozione del decreto-legge¹⁷.

In particolare, si analizzerà come questo potere emergenziale è stato utilizzato nel nostro ordinamento per fare fronte alla crisi epidemiologica.

Una ricerca, pertanto, finalizzata ad esaminare quel potere di ordinanza che a seguito di eventi eccezionali e imprevedibili, regola l'emergenza.

È importante, ai fini del presente studio, comprendere l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, oltre che la natura giuridica e i limiti, del potere di ordinanza emergenziale al fine di poter comprendere come (e se) questo potere è stato adoperato nelle situazioni di emergenza sanitaria. Come vedremo, l'aspetto problematico che ha investito (e che investe) il potere in esame concerne le modalità con cui, attraverso provvedimenti di eccezione, i Presidenti di Regione hanno inciso sulle libertà fondamentali dei privati per far fronte all'emergenza Covid – 19.

2. Il potere di ordinanza e gli atti di necessità.

L'uso del termine ordinanza nasce nell'antico regime, in assenza di una vera e propria distinzione tra le diverse funzioni pubbliche.

delle discipline pubblicistiche, Torino, 2010, nonché ID., *Potere di ordinanza*, cit., p. 4.; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in Enciclopedia giuridica Treccani.

¹⁶ Così, Corte cost., sent. 4 gennaio 1977, n. 4, punto 2 del considerato in diritto e per tali caratteristiche denominate "ordinanze libere". Sul punto G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.* 2016, pp. 33 ss; R. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità* (dir. cost. e amm.), cit., F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, e R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principi di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Milano, 1990, pp. 1 ss.

¹⁷ G. U. RESCIGNO, op. cit., p. 96, nonché F. SATTA, op. cit., p. 2. Non mancano, peraltro, ipotesi positive che contraddicono questo assunto: cfr. art. 32, comma 3, l. 23 dicembre 1978, n. 833, che assegna il potere di ordinanza al Ministro della salute; F. BARTOLOMEI, op. cit., osserva comunque che il prefetto, quale organo burocratico con competenza provinciale, non può essere ricondotto alla nozione di Governo, sia in senso collegiale, sia nelle sue espressioni monocratiche

Fino all'affermazione del principio di separazione tra poteri, il potere esecutivo inglobava in sé sia competenze amministrative che legislative. Legge e ordinanza erano pacificamente ritenute forma di manifestazione dell'unitaria volontà dello Stato¹⁸.

Osservando i poteri della pubblica amministrazione del passato, si può notare come la maggior parte di essi non abbia mai avuto un contenuto prestabilito: sia la potestà del Sovrano, sia quelle attribuite alla Pubblica Amministrazione erano regolate in maniera piuttosto vaga¹⁹, soltanto nel fine e nella forma; l'amministrazione, infatti, aveva un'ampia sfera di autonomia del potere legislativo. Sarà a seguito del consolidarsi del principio di legalità sostanziale, che l'incidenza del potere pubblico troverà un suo adeguato contenimento, introducendosi vincoli ben precisi. Infatti, oggi, come noto, nel rispetto della legalità, e del corollario della riserva di legge, si impone alla pubblica amministrazione di adottare provvedimenti nominati, precludendo alla stessa la possibilità di creare provvedimenti che non siano già previsti in una norma giuridica, così privando l'autorità amministrativa della libertà e dell'autonomia di cui godeva in precedenza.

Tuttavia, nonostante l'introduzione del principio de quo è rimasto un gruppo di norme che in casi di necessità ed urgenza attribuiscono ad organi monocratici della pubblica amministrazione il potere di emanare atti dal contenuto "indeterminato" seppur in limitate materie e per certi fini.

¹⁸ Secondo L. VON STEIN, *Verwaltungslehre* (1865-1868), trad. it. parziale a cura di A. BRUNIALTI, *La scienza della pubblica amministrazione*, Torino, 1897, 443 s., il rapporto tra legge e ordinanza è "la base stessa della costituzione, in quanto che, se il prevalere di questa su quella conduce direttamente al dispotismo, il predominio della prima sulla seconda porta seco necessariamente l'impossibilità di un governo". Di conseguenza compito del moderno diritto costituzionale era "considerare tanto la legge quanto l'ordinanza quali due espressioni o forme diverse della medesima universale volontà dello stato, e, come tali, coordinarle armonicamente insieme". Cfr. pure V.E. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in Id. (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. I, 1900, 1048.

¹⁹ Si veda V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2007, pp. 350 ss. Sulla distinzione tra «atti necessitati» e «poteri di ordinanza» si veda l'autorevole contributo di M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVII, I quadr., 1948, pp. 390 ss., ora in Id., *Scritti*, Milano, 2002, vol. II, pp. 950 ss.

Atti di cui il contenuto non è prestabilito dalla legge²⁰, ma dalla stessa individuato soltanto il fine dell'agire per regolare e risolvere l'emergenza in situazioni straordinarie.

Si fa riferimento a poteri «derogatori rispetto all'ordine normale dell'attribuzione e delle competenze»²¹: la legge conferisce a una determinata amministrazione «la capacità di esercitare» - a fronte di situazioni che per la loro eccezionalità la legge non è in grado di prevedere²² - «ogni tipo di potere che si renda necessario allo scopo».

Trattasi di un potere extra ordinem, e come tale capace di disporre praeter legem e perfino contra legem, seppur nel rispetto della costituzione, delle leggi costituzionali e dei principi generali dell'ordinamento²³.

Tali ordinanze – per le citate caratteristiche che verranno nel proseguo precisate - devono essere distinte dagli “atti di urgenza” o “atti necessitati” che sono (come noto) sempre atti amministrativi emanati in casi di urgente necessità per far fronte ad eventi eccezionali, ma ad “alta tassatività”, ossia atti di cui il contenuto è già individuato e confermato dalla legge²⁴. Per definizione rappresenta un atto previsto dalla legge, la quale

²⁰ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, cit., 91. Il «contenuto» è inteso secondo l'ordine concettuale tradizionale (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1954, 252). Nello stesso senso F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, cit., 1; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, cit., 2. Al contrario, secondo M.S. GIANNINI (*Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., 954; id., *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 310 ss.) la nozione di «contenuto», in quanto «giuridicamente non utilizzabile», andrebbe espunta e sostituita con quella di «oggetto».

²¹ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 354.

²² Situazioni, in questo caso, «eccezionali in senso giuridico» (secondo la classificazione di M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit. 952), cioè non prevedibili a monte dalla legge e perciò straordinarie in senso proprio.

²³ Sul punto si veda G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1965, vol. XII, 6591; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Treccani*, vol. XXII, 90, punto 2, secondo cui caratteristica delle ordinanze è di non essere del tutto predeterminate nel contenuto: le leggi che le prevedono si limitano ad individuare l'organo che le può emanare e a porre il presupposto per l'esercizio del potere nella necessità e urgenza di provvedere. Pur non essendo atti tipizzati, in quanto i loro effetti non sono predeterminati dal legislatore, le ordinanze sono atti nominati cioè previsti dal legislatore.

²⁴ Sulla distinzione tra le ordinanze ricomprese nell'art. 54 comma 4 il giudice amministrativo ha ritenuto che «il potere sindacale ex art. 54 d.lgs. 267/2000 al di fuori dei casi in cui assume carattere contingibile ed urgente, non può avere una valenza “creativa” ma deve limitarsi a prefigurare misure che assicurino il rispetto di norme ordinarie volte a tutelare l'ordinata convivenza civile tutte le volte in cui dalla loro violazione possono derivare gravi pericoli per la sicurezza pubblica» (T.A.R. Lombardia-Milano, III, 6 aprile 2010 n. 981).

autorizzando l'esercizio del potere amministrativo individua anche il tipo di situazione di pericolo o di necessità che deve sussistere affinché l'atto sia legittimo.

Per tale ragione l'atto necessitato – quale ad esempio un'occupazione d'urgenza durante un terremoto²⁵ – è un provvedimento soggetto al principio di nominatività succitato.

Si veda ad esempio l'art. 7 bis della L. 401/89 il quale consente al prefetto di adottare provvedimenti al fine di vietare manifestazioni sportive allorquando vi sia una situazione di pericolo; la norma descrive puntualmente la situazione di pericolo cui è subordinato l'atto necessitato.

Da ciò ne deriva che, l'atto necessitato è soggetto ad un procedimento amministrativo analogo a quello previsto per qualunque provvedimento, non dubitandosi la natura certamente provvedimentale. Tali caratteristiche presenti negli atti necessitati, come vedremo, non si rinvergono nelle ordinanze extra ordinem, di cui, ancora oggi, è dubbia l'esatta collocazione nel sistema delle fonti.

Gli atti necessitati, presentano in comune con le ordinanze il presupposto dell'urgente necessità di provvedere al fine di affrontare situazioni eccezionali, ma ne differiscono quanto alla disciplina sostanziale, poiché le ordinanze hanno un contenuto non predeterminato. Entrambi gli atti hanno un contenuto derogatorio, ma mentre nel caso dell'ordinanza la deroga non è predeterminata dalla norma attributiva del potere ma prevista via via, a seconda della situazione concreta²⁶; negli atti necessitati, invece, è la stessa norma di disciplina, che si pone in rapporto di eccezione con quella che intende derogare. Detta circostanza è stata per alcuni teorici il motivo principale per descrivere i provvedimenti in esame come "ordinanza atipica".

Tuttavia, nel corso degli anni, la distinzione appena illustrata si è assottigliata; le ordinanze emergenziali hanno subito l'influsso del principio di legalità e tipicità dell'azione amministrativa, propri di ogni moderno Stati di diritto²⁷.

²⁵ B. MEROLA, *L'occupazione di urgenza*, in C. GUACCI-S. PERONGINI (a cura di), *Profili giuridici dell'espropriazione per pubblica utilità*, Torino, 2013, 97 ss.

²⁶ M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza*, cit., 391; per una definizione parzialmente diversa degli atti necessitati, cfr. U. GARGIULO op. cit., 8; in giurisprudenza, fra le tante, T.A.R. Piemonte, sez. I, 19 ottobre 1985, n. 394, T.A.R. Sardegna, 11/03/1981, n. 121.

²⁷ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2017.

Invero, sul punto va anche evidenziato, come il legislatore e la dottrina (come vedremo) utilizzano indifferentemente diverse formule per definire le ordinanze emergenziali, quali ad esempio “ordinanze contingibili e urgenti”, “ordinanze di necessità ed urgenza”²⁸, “ordinanze di urgenza del sindaco”, queste non indicano un differente istituto²⁹ ma intendono individuare uno stesso tipo di potere della pubblica amministrazione. In taluni casi, la diversa denominazione attribuita all’ordinanza in esame sembra enfatizzare la caratteristica più rilevante della stessa, come nella definizione “ordinanze contingibili e urgenti” nella quale vengono evidenziati i caratteri distintivi della stessa ossia l’urgenza e la contingibilità³⁰. Ancora, spesso vengono definite extra ordinem per meglio descrivere l’eccezione dell’istituto da emanare in situazioni di emergenza³¹. Frequentemente poi si indicano, genericamente, quali provvedimenti di urgenza³², o ancora, vi è poi parte della dottrina³³ (nonché, come meglio vedremo, la giurisprudenza³⁴) che qualifica tale istituto attraverso l’aggettivo “libere” o anche “innominate”, poiché libere nel contenuto.

²⁸ Questa è la formula utilizzata, ad esempio da G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza* (dir. cost. e amm.), cit., e F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, cit.

²⁹ Si vedano M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, vol. I, pp. 715 ss., e F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 970 ss.

³⁰ Questa è ad esempio la formula utilizzata: dall’art. 5, comma 2, l. 24 febbraio 1992, n. 225; dall’art. 191, comma 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 156, c.d. «codice dell’ambiente».

³¹ Preferisce questa formula A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell’emergenza*, cit., passim.

³² L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, 1953; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954.

³³ In termini specifici cfr. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., cit. che distingue le ordinanze in senso stretto rientranti nella categoria delle ordinanze libere; V. ANGIOLINI, *Necessità ed urgenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, pp. 142 ss.; G. MORDINELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit. Decisamente contro tale definizione, cfr. TESAURO, *Ist. Dir. pubbl.*, vol. II, cit., 52. Cfr. specialmente M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, I, 388; Id., *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giur. it.*, 1950, III, 65; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, in *Amm. it.* 1954, 359; G.E. LONGO, *Ordinanza prefettizia di necessità* e art. 650 cod. pen., in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1953, 2, 133; VACCARO, *Le norme costituzionali sulla produzione giuridica e le ordinanze di necessità del Prefetto*, in *Foro pad.*, 1953, IV, 73; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino 1954, I, 80;

³⁴ Anche la Corte Costituzionale (sent. n. 4 del 1977 cit.) parla di <<ordinanza libere>>.

Il diverso nome *juris* attribuito a precitate ordinanze deriva spesso dalla materia che intendono disciplinare. Del resto, “non molto diversamente dall’atteggiamento più recente dei loro divulgatori (repertori, riviste, ecc.) i quali tuttavia antepongono in taluni casi il criterio delle materie³⁵ ove un tempo nel procedimento di classificazione era preferito il riferimento alla competenza dell’organo titolare del potere^{36,37}”.

Orbene, tra i diversi aggettivi utilizzati, in questo scritto si intende adoperare la formula *ordinanza emergenziale*³⁸, per meglio descrivere ciò che legittima predetto potere, ossia l’emergenza, “la cui soluzione qualifica, circoscrive e individua i fini dell’atto *extra ordinem*”³⁹. Detta qualificazione meglio consente di evidenziare il fine cui tende, ossia garantire l’interesse primario della sicurezza e dell’ordine pubblico, attraverso un potere eccezionale di cui è legittimata a far uso la Pubblica Amministrazione in situazioni impreviste e urgenti, nelle quali si rilevano inutili i poteri previsti dalla normazione ordinaria. In predette situazioni la Pubblica amministrazione, infatti, è liberata dai vincoli imposti dalla legge ove risultano incompatibili con le impellenti esigenze dell’urgenza di provvedere.

Pertanto, ciò che caratterizza le ordinanze è il rapporto tra atto ed emergenza, in cui l’atto amministrativo regola l’emergenza, rappresentando una di quelle ipotesi in cui vi è “dissociazione tra la forma e la sostanza degli atti”⁴⁰. Invero, come meglio verrà esposto nel trattare della natura delle ordinanze emergenziali, è necessario distinguere due aspetti: la normatività delle ordinanze emergenziali e l’eventuale forza di derogare alla fonte primaria. Non sempre i due aspetti coincidono. Infatti, l’ordinanza non sempre deroga alla legge, mentre sempre viene adottata per far fronte all’emergenza attraverso atti che, spesso, non si limitano al solo contenuto provvedimentale ma sono adottati per regolare

³⁵ Ambiente, alimenti e bevande, calamità pubbliche, pubblica sicurezza.

³⁶ Sindaco, prefetto, ecc.

³⁷ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pp. 3 ss.

³⁸ Questa è la formula utilizzata da E. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2021.

³⁹ E. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2021.

⁴⁰ A. RUGGERI, *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema. Comunicazione al Sixième Congrès de l’Association Internationale de Méthodologie Juridique su «La méthodologie de l’étude des sources du droit»*, Pisa, 23- 25 settembre 1999, Marseille, 2001, pp. 179 ss., anche in *Dir. soc.*, n. 1, 2000, pp. 141 ss., spec. p. 164.

l'emergenza. Pertanto, presentano effetti normativi, limitati nel tempo, ma non per questo privi di efficacia normativa. Un'efficacia legittimata dalla legge – senza acquisire forza di legge, che in alcune occasioni può derogare a fonti di rango primario.

In definitiva, ci troviamo di fronte a «fattispecie di poteri giuridici del tutto aperte»; e ciò «indubbiamente pone rilevanti problemi con riferimento alla compatibilità di queste fattispecie con le norme e i principi dell'ordinamento costituzionale⁴¹.

3. La nascita delle ordinanze emergenziali: gli ordinamenti francese, tedesco, spagnolo e italiano.

Per meglio comprendere la nascita e l'evoluzione delle ordinanze emergenziale occorre andare indietro nel tempo, al 1800⁴². Infatti, il primo caso di potere di ordinanza è rinvenibile nella costituzione octroyée della restaurazione della monarchia borbonica in Francia, promulgata nel 1814 dal re Luigi XVIII, laddove l'art. 14⁴³ attribuiva al sovrano il potere di provvedere, in situazioni di necessità ed urgenza, con ordinanza “per l'esecuzione delle leggi e la sicurezza dello Stato”.

La Carta del 1814, dopo l'enunciazione dei diritti e delle libertà dei sudditi (artt. 1-12), delineava la nuova forma di Governo (artt. 13-23, significativamente raggruppati sotto il titolo di *Formes du gouvernement du Roi*), in cui «il potere esecutivo appartiene solo al Re» (art. 13), mentre quello legislativo «viene esercitato collettivamente dal Re, dalla Camera dei pari e dalla Camera dei deputati» (art. 15).

Tra queste due disposizioni si inseriva l'art. 14 il quale da un lato, confermava la divisione dei poteri delineata dalla Carta, attribuendo al Re il potere di fare i regolamenti e ordinanze per l'esecuzione delle leggi, e dall'altro, prevedeva implicitamente una potenziale espansione dei poteri regi al di là della sola esecuzione degli atti legislativi, attribuendo al monarca la potestà di adottare ordinanze necessarie per la sicurezza dello Stato.

⁴¹ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 355; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 1.

⁴² G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, p. 43 e ss.

⁴³ “*Il Re è il Capo supremo dello Stato, comanda le forze di terra e di mare, dichiara la guerra, fa i trattati di pace, d'alleanza e di commercio, provvede alle nomine per tutti gli impieghi dell'amministrazione pubblica, e fa i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi e la sicurezza dello Stato*”.

Pertanto, con riferimento al precitato dato normativo, al fine di prevenire e fronteggiare situazioni di emergenza, il Re poteva provvedere anche in deroga alla legge.

Un potere, però, che venne da subito utilizzato dai Sovrani assolutisti in maniera distorta, per limitare libertà in deroga alla legge. Basti pensare all'abuso posto in essere da Carlo X che, attraverso le note quattro ordinanze di Saint-Cloud, il 25 luglio del 1830, abusando del suo potere di ordinanza (per la quale *pouvoir suprême*), sospese la libertà di stampa, sciolse la Camera neoeletta, modificò la legge elettorale in senso favorevole ai grandi proprietari terrieri (innalzando il censo necessario per poter essere considerati elettori), ed indisse nuove elezioni, imprimendo così una svolta autoritaria e reazionaria alla monarchia costituzionale francese.

La reazione dei parigini fu immediata e diede vita alla c.d. rivoluzione di luglio, nelle giornate del 27, 28 e 29 luglio (divenute note, poi, come *les trois glorieuses*), al termine della quale Carlo X fu costretto ad abdicare e a partire per l'esilio.

Pertanto, a seguito della Rivoluzione di luglio, venne introdotto nella Costituzione del 1830 un espresso limite al potere del Sovrano, il quale avrebbe potuto emanare regolamenti o ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi, senza mai poter sospendere le leggi stesse⁴⁴. Al monarca spettava il potere di far eseguire le leggi, conformemente a quanto da esse dettato, ma non anche quello di porre nuovo diritto in deroga alle leggi medesime, neanche nelle situazioni di emergenza. Invero, secondo autorevoli autori, nonostante il citato limite, poiché il controllo era affidato al Consiglio di Stato (organo vicino al Governo) le ordinanze divennero di fatto pari alla legge⁴⁵.

Occorre evidenziare che la costituzione del 1830 non fa alcuna menzione dello stato d'assedio (*état de siège*), istituto invece disciplinato nei precedenti regimi costituzionali⁴⁶. Tuttavia, negli anni successivi, pur nel silenzio della costituzione sull'attribuzione del

⁴⁴ Secondo l'art. 13 della nuova Costituzione del 1830, il Re era ancora individuato quale Capo supremo dello Stato, il quale «*comanda le forze di terra e di mare, dichiara la guerra, fa i trattati di pace, d'alleanza e di commercio, provvede alle nomine per tutti gli impieghi dell'amministrazione pubblica, e fa i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi*», ma stavolta «*senza poter giammai né sospendere le leggi medesime né dispensare dalla loro esecuzione*».

⁴⁵ A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 133 ss.

⁴⁶ Per una più approfondita ricostruzione delle vicende storiche dell'*état de siège*, si veda G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 101 e ss.

relativo potere, in più occasioni lo stato d'assedio venne dichiarato, in via di fatto, con ordinanza del Re.

I limiti così delineati nella Carta costituzionale francese furono ripresi anche nell'art. 6 della Carta del regno d'Italia⁴⁷, secondo il quale il Sovrano “fa decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospendere l'osservanza o dispensarne”, invero nonostante lo Statuto Albertino non richiamasse in maniera esplicita le <<ordinanze>>, esso introduceva proprio un limite al loro ricorso⁴⁸. Secondo illustre dottrina, infatti, l'art. 6 dello Statuto rappresentava un limite al potere dell'amministrazione, poiché i confini dell'ordinanza erano segnati dalla legge⁴⁹. In particolare, se l'obbedienza alla legge doveva essere assoluta, all'ordinanza si doveva eguale osservanza se e solo se essa fosse conforme alla legge⁵⁰.

⁴⁷ Sul punto si veda E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milano, 1988, pp. 24 ss; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 133 ss. 36 Si vedano G. SAREDO, *Trattato delle leggi e dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione. Commentario teorico-pratico del titolo preliminare del codice civile e delle leggi transitorie per l'attuazione dei codici vigenti*, Firenze, 1886, pp. 247 ss., e S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Filangieri*, vol. 23, 1898, pp. 161 ss., spec. pp. 336 ss; V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., 225. Secondo il Maestro della scuola italiana di diritto pubblico Quanto all'art. 6 dello Statuto albertino è noto che riprendesse la formula dell'art. 13 della costituzione francese del 1830 senza tuttavia l'avverbio “jamais” intenzionalmente eliminato dai costituenti del regno sabauda (“(...) sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution”. Sul significato dell'omissione non esistevano opinioni concordi.

⁴⁸ Come notato da A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 3 ss.

⁴⁹ A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 3 ss.

⁵⁰ Assunto pacifico. Il “*Governo soprattutto è limitato nell'esercizio di questo diritto di ordinanza per mezzo dell'esistente costituzione, legislazione, e ordinamento giuridico, entro di cui si deve muovere: esso non può violare questi limiti*”. Cfr. J. K. BLUNTSCHLI, *Dottrina dello stato moderno*, cit., vol. II, 102; A. BRUNIALTI, *Prefazione. La Legge nello Stato moderno*, in Id., *Biblioteca di scienze politiche. Scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze politiche*, vol. IV, Torino, 1888, CCXXXIX, rendeva il concetto riconoscendo che “*codesta facoltà del potere esecutivo può sempre essere ammessa, in più o meno larga misura quando viene esercitata secundum legem, ovvero intra legem; può esserlo soltanto in casi di necessità, sotto la sanzione più sollecita del Parlamento, quando sia esercitata contra legem*”.

Ancora, anzidetti limiti erano previsti i anche nella Costituzione di Cadice del 1812⁵¹ (una carta che molto recepì dalla Costituzione francese del 1791) la quale, all'art. 170, assegnava all'autorità del Re "tutto quanto conduce alla conservazione dell'ordine pubblico per l'interno, ed alla sicurezza dello stato per l'estero», specificando che tale potere dovesse comunque essere «conforme alla Costituzione ed alle legge», attribuendo un ampio potere normativo al sovrano finalizzato appunto, esclusivamente, all'ordine pubblico e alla sicurezza. In tal senso un ruolo principale veniva assegnato al sindaco (alcalde), il quale al fine di assicurare l'ordine pubblico poteva emanare ordinanze "per tutto ciò che riguarda la sicurezza delle persone e sostanze degli abitanti e la conservazione dell'ordine pubblico", norma questa che sembra anticipare i poteri che saranno attribuiti alle amministrazioni periferiche, sia nello stesso ordinamento spagnolo, sia in quello italiano⁵².

I poteri generali in materia di sicurezza e ordine pubblico furono mantenuti anche nella Costituzione Spagnola del 1876 che all'art. 50 attribuiva al Sovrano il potere, in generale, di emanare ordinanze al fine di conservare l'ordine pubblico interno, nonché, "la sicurezza dello Stato", nel rispetto, sempre, della Costituzione e delle leggi.

Particolare attenzione, con riferimento allo studio del potere di ordinanza, merita il sistema tedesco, il quale rimetteva all'esclusivo potere del Re, attraverso le sue ordinanze (Verordnungen), la gestione dell'emergenza al fine di prevenire pericoli per la sicurezza dello Stato.

⁵¹ Si veda L. PALMA, *Le Costituzioni dei popoli liberi*, Torino, 1894, pp. 137 ss. Più in generale, sui contenuti e sul ruolo della Costituzione di Cadice si veda J.J. RUIZ RUIZ, *Manuale repubblicano per una nazione monarchica*, in *Costituzione di Cadice* (1812), Macerata, 2009, pp. ix ss. Tale testo ebbe un'applicazione, seppur limitata e parziale, anche nel Sud Italia. Si veda M.S. CORCIULO, *La Costituzione di Cadice e le rivoluzioni italiane del 1820-'21*, in *Le Carte e la Storia*, fasc. 2, 2000, pp. 18 ss.

⁵² Le varie fattispecie saranno più avanti richiamate. Basti per il momento tenere a mente il potere attribuito al Sindaco dall'art. 54 del del D. lgs 267/2000 (TUEL) in materia di sicurezza e ordine pubblico, il quale attribuisce al Sindaco il potere di emanare ordinanze ufficiale "anche contingibili e urgenti" al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano "l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana".

Predetto potere è rinvenibile anche in alcune costituzioni successive alla Confederazione germanica del 1815, le quali, del resto, si ispiravano fortemente alla Costituzione francese del 1814, richiamando, dunque, i poteri emergenziali del Re⁵³.

Così, ad esempio, la Costituzione del Granducato di Baden, in cui all'art. 66 si attribuiva al granduca il potere di emanare i decreti, regolamenti e impartire tutti gli ordini necessari per la sicurezza dello Stato⁵⁴.

Parlava espressamente di <<Verordnungen>> anche la Costituzione del Granducato di Württemberg (del 25 settembre 1819), la quale, all'art. 89, stabiliva che «(...) il Re ha il diritto di emanare ordinanze senza la cooperazione degli Stati e di adattare le misure necessarie per l'esecuzione e il mantenimento delle leggi, e nei casi urgenti, di prendere tutte le precauzioni volute dalla sicurezza dello Stato⁵⁵». Pertanto, si attribuiva al granduca la gestione dell'emergenza, in deroga al disposto dell'art. 88, il quale disponeva che «Nessuna legge può essere fatta, abolita, cambiata o autenticamente interpretata senza il consenso degli stati».

Un potere di gestione dell'emergenza veniva attribuito al Granduca anche nella costituzione del Granducato di Assia-Darmstadt (del 17 dicembre 1820), il quale ⁵⁶ non solo deteneva «il diritto di stabilire, senza la cooperazione degli Stati, i regolamenti e le misure necessarie per l'esecuzione e il mantenimento delle leggi, come pure quelle che risultano dal diritto di sorveglianza e di amministrazione», ma altresì, «di fare nei casi

⁵³ Per una ricostruzione del periodo si veda F. Palermo, J. WOELK, *Germania*, Bologna, 2013, pp. 19 ss; F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, 2009, pp. 24 ss.

⁵⁴ Art. 66 – *Il Granduca sanziona e promulga le leggi; egli emana i decreti, fa i regolamenti e dà tutti gli ordini necessari per l'applicazione e l'esecuzione delle leggi, per l'esercizio del suo diritto di sorveglianza e di amministrazione, e così pure per la sicurezza dello Stato. – Egli può prendere le misure che sono, per loro natura, di competenza degli Stati, se il bene pubblico lo esige, e se il ritardo apportato alla loro pubblicazione abbia per effetto di comprometterne lo scopo.*

⁵⁵ Art. 89 - *Der König hat aber das Recht, ohne die Mitwirkung der Stände die zu Vollstreckung und Handhabung der Gesetze erforderlichen Verordnungen und Anstalten zu treffen und in dringenden Fällen zur Sicherheit des Staates das Nöthige vorzukehren.*

⁵⁶ Art. 73 – *Der Großherzog ist befugt, ohne ständische Mitwirkung, die zur Vollstreckung und Handhabung der Gesetze erforderlichen, so wie die aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrecht ausfließenden Verordnungen und Anstalten zu treffen, und in dringenden Fällen das Nöthige zur Sicherheit des Staats vorzukehren.*

urgenti tutto ciò che è necessario alla sicurezza dello Stato». Una formulazione che sembra richiamare molte delle formule oggi in uso.

Il potere di ordinanza, ancora, era previsto e limitato nella Costituzione di Prussia sancita dal re il 31 gennaio e giurata il 6 febbraio 1850, in cui si attribuiva al governo il potere di emanare ordinanze (Verordnungen) con forza di legge (mit Gesetzeskraft) «solo nel caso in cui trattisi della sicurezza pubblica, o di bisogni urgenti e straordinari» e «in assenza delle Camere⁵⁷». In ogni caso, tali atti avrebbero comunque dovuto essere approvati dalle Camere già alla prima convocazione.

Nella Costituzione dell'Impero tedesco (<<Verfassung des Deutschen Reiches>>) viene riconosciuto all'Imperatore un potere ulteriore, molto più ampio, ovvero il potere di dichiarare lo stato d'assedio “se la sicurezza pubblica è minacciata nei confini del territorio della Confederazione (...)” attribuendo, quindi, al Sovrano il potere di sospendere l'ordinamento ordinario dello Stato nel territorio interessato dall'emergenza.

Il primo esempio di potere di ordinanza previsto in una Costituzione democratica si ha nel 1919, con la Costituzione di Weimar, ove all'art. 48⁵⁸, introduceva l'istituto della cosiddetta Diktaturkompetenz. Si trattava della competenza propria del Presidente del Reich (eletto a suffragio universale) – nonché a livello regionale, al Governo di un Land

⁵⁷ Art. 63 - Solo nel caso in cui trattisi della sicurezza pubblica, o di bisogni urgenti e straordinari, potranno, in assenza delle camere e sotto la responsabilità di tutti i ministri, emanar provvisioni aventi forza di legge, sempre che non contrarie alla costituzione. Simili provvisioni però dovranno, al primo riunirsi delle camere, essere immediatamente sottomesse alla loro approvazione. Nur in dem Falle, wenn die Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit, oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes es dringend erfordert, können, insofern die Kammern nicht versammelt sind, unter Verantwortlichkeit des gesammten Staatsministeriums, Verordnungen, die der Verfassung nicht zuwiderlaufen, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind aber den Kammern bei ihrem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung sofort vorzulegen

⁵⁸ Art. 48 – Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del Reich, il presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata. Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richieda. Nel caso di urgente necessità, il governo di un Land può adottare pel proprio territorio le misure provvisorie indicate nel secondo comma. Esse vanno revocate se lo richiedono il presidente del Reich o il Reichstag. Norme più particolari saranno date con legge del Reich.

- di sospendere con atto amministrativo i diritti e le libertà fondamentali per la tutela della salute della Repubblica⁵⁹, in particolare, il comma 2 dell'articolo de quo stabiliva che «il Presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza. A tal scopo, può sospendere in tutto o in parte l'efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153»⁶⁰.

Il potere in esame veniva individuato, così come nelle altre Costituzioni citate, quale istituto di chiusura e garanzia per lo Stato in caso di pericolo per la sicurezza, tuttavia - trattandosi di una costituzione democratica - venivano introdotti alcuni limiti a tale potere, come, ad esempio, il dovere del presidente di comunicare “senza indugio (...) tutte le misure prese”. Inoltre, la procedura per l'esercizio dei poteri emergenziali del presidente o del Land avrebbe dovuto essere disciplinata nel dettaglio da una legge dello Stato. Infatti, nel rapporto tra ordinanze di necessità e legge, le prime potevano porsi in contraddizione con le seconde, anche abrogandole e valevano quali leggi “provvisorie” finché non fossero divenute definitive, a seguito di un atto di approvazione del corpo legislativo.

Invero, l'articolo in esame della Costituzione di Weimar fu protagonista di una vicenda che ha suscitato enorme eco nel dibattito costituzionalistico successivamente alla Prima guerra mondiale. Si tratta del celebre processo svoltosi nel 1932 davanti allo Staatsgerichtshof.

La vicenda trae origine dalla decisione del Presidente del Reich di commissariare il Governo del Land di Prussia poiché che non erano stati adempiuti alcuni obblighi posti dalle norme federali. Per comprendere la vicenda è necessario ricordare anche il comma

⁵⁹ Espressione questa che già Hobbes aveva utilizzato nel Leviatano per definire il supremo interesse all'unità dello Stato, alla stessa vita dell'ordinamento giuridico.

⁶⁰ L'art. 48, comma 2, consentiva la limitazione dell'art. 114, libertà personale; dell'art. 115, inviolabilità del domicilio; dell'art. 117, segreto epistolare e postale; dell'art. 118, libertà di stampa; dell'art. 123, libertà di riunione; dell'art. 124, libertà di associazione; dell'art. 153, tutela della proprietà privata. Anche se tale elencazione fu per alcuni letta come solo esemplificativa, e certo nella prassi non rispettata, andando ben oltre la sospensione dei citati diritti, di cui il più significativo esempio è rappresentato dal «decreto del presidente del Reich per la protezione della popolazione e dello Stato» del 28 febbraio 1933 (assunto ai sensi dell'art. 48, comma 2, Cost.), con il quale il Governo nazionalsocialista, dopo l'incendio del palazzo del Reichstag, dispose un'ampia sospensione dei diritti fondamentali.

1 dello stesso art. 48⁶¹ della Weimar Verfassung il quale prevedeva un istituto simile alla Diktaturkompetenz, anch'esso capace di portare deroghe ai diritti e alle libertà fondamentali e, soprattutto, alle competenze degli Enti Territoriali. Era la cosiddetta Reichsexecution, la sostituzione federale, che rappresenta l'archetipo dell'odierno potere sostitutivo, come tale postulante l'inadempimento dei propri obblighi da parte dell'ente territoriale sostituito. Il Presidente del Reich, appellandosi al fatto che i presupposti materiali dei due istituti, Reichsexecution e Diktaturkompetenz, erano gli stessi, commissariò il Governo di Prussia sostenendo che il mancato rispetto, da parte di un Land, di un obbligo posto dalla normativa federale, creasse già di per sé un attentato all'unità statale: lo Stato è fatto dalle norme, l'ordinamento è unico e, se non si rispettano gli obblighi federali, per ciò stesso si attenta all'unità statale e, quindi, si giustifica il commissariamento. Ne scaturì, a seguito del ricorso presentato dalla Prussia - per vedere tutelata la propria autonomia costituzionale - il "processo storico" del 1932, in cui il Land di Prussia venne difeso da Hans Kelsen, ed il Bund, lo Stato federale, da Carl Schmitt e da una schiera dei suoi assistenti, fra cui l'avvocato Belfinger, che sostenne la discussione finale della causa. La vicenda si concluse con la storica sentenza del 25 ottobre del 1932, in cui lo Staatsgerichtshof, da un lato, predicò l'autonomia concettuale e normativa della disciplina della Reichsexecution rispetto a quella della "dittatura commissaria", dall'altro, però, nel separare la sorte dei due istituti, affermò solo in relazione al primo la possibilità di un sindacato giurisdizionale sull'esistenza del presupposto costituzionalmente previsto (l'inadempimento del Land), mentre in relazione al secondo negò di potere e dovere verificare la costituzionalità dell'ordinanza presidenziale, sia con riguardo all'esistenza dei presupposti sia con riferimento all'adeguatezza e proporzionalità delle misure adottate rispetto alla situazione concreta. Ciò in quanto la condiscendenza del giudice amministrativo nei confronti dell'effettività politica aveva non solo reso inutile la disciplina costituzionale dei limiti e dei presupposti dello stato

⁶¹ Art. 48, comma 1, "Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del Reich, il presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata".

d'eccezione assoluto, ma addirittura, aveva incrementato l'abuso del relativo potere⁶², ciò rendeva appunto Weimar una «democrazia pericolante»⁶³.

Orbene, l'ordinanza che avrebbe dovuto rappresentare un'eccezione, così come delineato dall'art. 48, di fatto divenne uno strumento ordinario di regolazione⁶⁴ (come dimostrato dall'adozione di oltre 250 ordinanze) utilizzata – in modo distorto - negli ambiti più svariati e, soprattutto, in materia di diritti fondamentali. Non a caso, come noto, fu questo il principale strumento attraverso il quale si passò dalla Repubblica alla dittatura nazionalsocialista.

Tuttavia, non si può negare che la norma de qua rappresenta il primo esempio di un potere di ordinanza previsto da una Costituzione democratica, che, come vedremo, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale viene utilizzato quale modello da tener presente per meglio inquadrare il tema della fonte dell'emergenza e della garanzia dello Stato e dei diritti.

4. Le ordinanze emergenziali in epoca statutaria.

Come accennato, alla costituzione francese del 1830, si ispirò lo Statuto Albertino, il quale ricalcava fedelmente l'art. 13 della costituzione francese disponendo, all'art. 6, che «il Re ... fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza

⁶² *Sulle posizioni dei Costituenti in materia di stato d'assedio cfr. B. CHERCHI, Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'assemblea costituente, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981, 1108 ss.*

⁶³ Così V. FROSINI, *La democrazia pericolante* (Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar), in *Dir. soc.*, 2, 1979, pp. 315 ss., per il quale la triste sorte toccata alla Repubblica di Weimar non sarebbe dipesa tanto dall'art. 48 e dalla sua distorta applicazione, ma dal più generale contesto di instabilità politica.

⁶⁴ P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2014, ora in *Id.*, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, p. 54: «un'interpretazione estensiva dei poteri di ordinanza dell'art. 48, intesi non come uno strumento di difesa della Costituzione ma come un canale permanente, di fatto trasferito nelle mani dell'esecutivo, per l'adozione di una legislazione provvisoria, ed insieme la circostanza che presidente e cancelliere fossero espressione di un blocco conservatore che non aveva mai dismesso un atteggiamento di ostilità verso il nuovo ordinamento costituzionale, determinarono il progressivo svuotamento della Costituzione». Sulla vicenda storica e processuale di Weimar si veda anche J. Bendersky, *Carl Schmitt teorico del Reich* (1983), trad. it. di M. Ghelardi, Bologna, 1989, pp. 139 ss.

sospenderne l'osservanza, o dispensarne»; l'unica differenza consisteva nell'assenza dell'avverbio «giammai», presente invece nell'art. 13 della Carta orleanista.

Nonostante non fosse richiamato espressamente il termine ordinanza, in linea con la fungibilità dei termini dell'epoca, anche il potere di ordinanza, sulla scia del sistema francese, era sottoposto a precisi limiti⁶⁵ (così come tutti atti dell'Esecutivo), poiché “tutte le norme che hanno contenuto giuridico devono essere regolate dalla legge” e “tutte le materie già regolate per legge (...) non possono essere modificate se non per legge”⁶⁶. Infatti, sotto la vigenza dello Statuto Albertino, i termini ordinanze e decreti venivano usati quali sinonimi⁶⁷, per descrivere la manifestazione di volontà del potere esecutivo “come la legge è l'espressione della volontà del potere legislativo”⁶⁸.

Senonché, proprio l'assenza dell'avverbio “giammai” indusse parte della dottrina minoritaria, al contrario di quanto sostenuto da Ranalletti e Cammeo, a ritenere che le ordinanze in esame fuoriuscissero dalla rigida applicazione dei limiti invocati dall'art. 6, rappresentando le stesse un'eccezione alla regola⁶⁹. Pisanelli⁷⁰, ad esempio, negava l'osservanza dei limiti imposti dall'art. 6 rispetto alle ordinanze emergenziali, le quali, proprio per il loro superiore fine di contrastare le emergenze e tutti gli eventi eccezionali, dovevano essere considerate, appunto, quale eccezione alla regola. Infatti, argomentando dell'assenza dell'avverbio «giammai» nel testo statutario, Pisanelli ritenne di scorgere nell'art. 6 la possibile base su cui fondare giuridicamente i poteri ordinatori di necessità

⁶⁵ A. ORIGONE, *Ordinanza* (diritto costituzionale) (voce), in Nuovo Digesto Italiano, vol. IX, Torino, 1939. p. 298; L. MORTARA, *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in Riforma sociale, 1895, III, pagg. 910-911; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza* (decreti e regolamenti), in Trattato Orlando, vol. III, Milano, 1901, p. 199; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in Rivista di diritto pubblico, 1917, pp. 299-301, secondo il quale «dire che senza il “giammai” l'art. 6 dello Statuto non vieta in modo assoluto e diretto l'ordinanza d'urgenza è irrilevante, perché l'ordinanza d'urgenza, in tanto entra nella categoria degli atti di produzione giuridica, in quanto è contemplata, non in quanto non è vietata».

⁶⁶ O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del Governo*, cit., pp. 165 ss.

⁶⁷ Si veda, ad esempio, S. Romano, *Principi di diritto Costituzionale*, Milano, 1947, pp. 278 ss. il quale utilizza come sinonimi i termini <<ordinanza>> e <<decreto>>.

⁶⁸ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, IV ed. Firenze, 1912, p. 215.

⁶⁹ A. CODACCI PISANELLI, *Ammissibilità delle ordinanze d'urgenza nel diritto italiano e valore di esse innanzi all'autorità giudiziaria*, in Foro it., n. 15, 1890, pp. 5 ss.

⁷⁰ A. CODACCI PISANELLI, *Ammissibilità delle ordinanze di urgenza nel diritto italiano e valore di esse innanzi all'autorità giudiziaria*, in Foro italiano, 1890, I, pag. 19 e ss..

e l'adozione dello stato d'assedio. Di contro, vi era la citata dottrina⁷¹ che dalla lettura complessiva dell'art. 6 e dal raffronto con la ratio e con l'origine storica, escluse l'ammissibilità di un fondamento giuridico dei poteri d'eccezione del Re.

Ad ogni modo, così come in Francia, anche in Italia tanto il Re che il potere amministrativo utilizzarono gli istituti emergenziali anche in assenza di una espressa previsione normativa⁷².

Si andò così affermando una interpretazione estensiva dell'art. 6 dello Statuto da parte degli attori istituzionali in senso non ostativo all'attivazione di poteri straordinari e di emergenza dell'Esecutivo.

Infatti, aldilà dell'esatta lettura dell'articolo de quo, le ordinanze emergenziali erano particolarmente presenti e diffuse nell'ordinamento italiano in quanto affermatesi soprattutto nella prassi. Ed è proprio in questo momento che inizia a formarsi l'istituto come oggi lo conosciamo. Una prassi a volte giustificata, altre volte contestata dalla dottrina, ma che in ogni caso presentava le caratteristiche del provvedimento d'urgenza emanato dall'amministrazione, indipendentemente da un'espressa autorizzazione legislativa.

Ne conseguì che, da una parte, vi erano gli atti emergenziali necessitati, con cui venivano riconosciuti c.d. pieni poteri⁷³, concessi con legge dal Parlamento al Governo in caso di guerra e che, per tale caratteristica, apparivano non incompatibili con il regime della Carta del 1848, vista la natura flessibile di quest'ultima⁷⁴; dall'altra, vi erano una molteplicità indistinta di atti (ordinanze, decreti-legge, decreti reali di stato d'assedio), accomunati dal fatto di essere adottati nei casi di necessità direttamente dall'Esecutivo ed

⁷¹ Cfr. A. ORIGONE, *Ordinanza* (diritto costituzionale) (voce), in Nuovo Digesto Italiano, vol. IX, Torino, 1939. p. 298; L. MORTARA, *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *Riforma sociale*, 1895, III, pagg. 910-911; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Trattato Orlando*, vol. III, Milano, 1901, p. 199.

⁷² Sul punto, si veda G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, Firenze, 1967, p. 139 e ss.; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Lo Stato liberale. Il regime fascista*, Cagliari, 1983, p. 308 e ss.; G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani*, Torino, 2009, p. 35; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, p. 88

⁷³ Sui quali, si veda P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 31; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., pp. 88-89.

⁷⁴ Sul punto, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 31-32.

in deroga alla legge, con una prassi extralegale accettata convenzionalmente in via di fatto dagli organi costituzionali.

Si veda, ad esempio, con riferimento al diritto di proprietà, il potere attribuito ai prefetti⁷⁵ di ordinare l'occupazione della proprietà privata “nei casi di rotture di argini, di rovesciamento di ponti per impeto delle acque e negli altri casi di forza maggiore e di assoluta urgenza”. Il potere de quo era altresì attribuito al sindaco “se poi l'urgenza, di che nella prima parte di questo articolo, fosse tale da non consentire nemmeno l'indugio richiesto per fare avvertire il Prefetto ed il Sottoprefetto ed attenderne il provvedimento”, però “il sindaco può autorizzare la occupazione temporanea dei beni indispensabili per l'esecuzione dei lavori sopraindicati, con obbligo però di partecipare immediatamente al Prefetto o Sottoprefetto”.

Trattasi di poteri attribuiti all'amministrazione in risposta all'emergenza, i quali potevano insistere anche su diritti fondamentali (come nel caso della proprietà) garantiti dallo stesso Statuto Albertino. Tuttavia, si trattava di modelli provvedimenti diversi da quelli propri dei poteri e degli atti extra ordinem e sostanzialmente «divergevano dall'idealtipo della norma sulla produzione giuridica fondata sulle clausole generali della necessità e dell'urgenza perché predeterminavano il contenuto provvedimento del potere⁷⁶». Tali atti, si differenziavano per avere una fattispecie predeterminata prevista ex ante dal legislatore, si trattava, cioè, di quelli che la dottrina ha definito come atti necessitati ordinari, i quali, pur in mancanza della definizione legislativa delle circostanze per l'attivazione del potere, in nulla differiscono dagli altri atti della p.a., poiché le norme attributive ne delimitano l'ambito materiale ed anche il possibile contenuto.

⁷⁵ Art. 71 della L. n. 2359 del 25 giugno 1985, “*Nei casi di rottura di argini, di rovesciamenti di ponti per impeto delle acque, e negli altri casi di forza maggiore o di assoluta urgenza, i Prefetti ed i Sottoprefetti (99), previa la compilazione dello stato di consistenza dei fondi da occuparsi, possono ordinare la occupazione temporanea dei beni immobili che occorressero alla esecuzione delle opere all'uopo necessarie. Si procederà con le stesse norme nel caso di lavori di questa natura dichiarati urgenti e indifferibili dal Consiglio superiore dei lavori pubblici. Se poi l'urgenza, di che nella prima parte di questo articolo, fosse tale da non consentire nemmeno l'indugio richiesto per fare avvertire il Prefetto ed il Sottoprefetto ed attenderne il provvedimento, il sindaco può autorizzare la occupazione temporanea dei beni indispensabili per l'esecuzione dei lavori sopraindicati, con obbligo però di partecipare immediatamente al Prefetto o Sottoprefetto da concessa autorizzazione*”.

⁷⁶ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 94.

Proprio in questa temperie interpretativa sorsero e si affermarono quelle dottrine che ricercavano il fondamento dei poteri di urgenza in una dimensione diversa da quella della legalità e, in particolare, nel concetto di necessità, variamente declinato quale, “legittima difesa”, fino alla configurazione della necessità quale fonte del diritto.

5. Il rapporto tra necessità e fonte del diritto. Il caso del terremoto di Messina e Reggio Calabria.

In Italia in epoca statutaria, dunque, la Carta non disciplinava le ordinanze emergenziali, le quali erano per lo più legate alla prassi, agli usi e alle consuetudini. L'emergenza si affrontava con il ricorso a strumenti simili tra loro ma distinti: i pieni poteri, i poteri straordinari che davano vita a strumenti normativi come il decreto - legge⁷⁷, i decreti delegati. L'emergenza, di fatto, si risolveva con la dichiarazione di Stato di assedio che veniva sostanzialmente ricondotta nell'ambito dei poteri straordinari.

I pieni poteri avevano come presupposto una legge di delegazione legislativa a differenza dei poteri straordinari che si esprimevano attraverso il ricorso alla decretazione d'urgenza da sottoporre in tempi rapidi al Parlamento.

Ebbene, è proprio in questo specifico contesto, con poche previsioni di legge, che meglio si possono comprendere la nascita e l'evoluzione delle ordinanze emergenziali. In particolare, occorre soffermarci agli inizi del Novecento quando l'Italia fu scossa da un importante terremoto, e sui provvedimenti adottati a seguito di tale eccezionale emergenza.

Trattasi del terremoto di Messina e Reggio Calabria, evento questo dalla rilevante risonanza, non solo per la sua gravità e per la straordinarietà delle misure adottate, ma per l'attenzione che gli riservò la dottrina e in particolare Santi Romano, che a partire da questo catastrofico evento sviluppò la sua celebre teoria (ripresa ancora oggi da parte della dottrina) sull'emergenza come fonte del diritto⁷⁸.

⁷⁷ Sul punto, C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2005, anche per la bibliografia ivi citata, e a M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'Ancien Régime all'Italia liberale*, Milano 2009.

⁷⁸ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, I, 1909, ed ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 293.

Il 28 dicembre 1908, un terribile terremoto di magnitudo 7.2 scosse il Paese, radendo al suolo Messina e Reggio Calabria. A seguire un maremoto che rese ulteriormente difficile ogni operazione di salvataggio: il bilancio fu, pare, di quasi 100.000 morti. L'eccezionalità dell'evento tellurico spinse il Governo di allora ad adottare provvedimenti di emergenza (ordinanze, decreti) per lo più privi di qualsiasi preventiva autorizzazione legislativa, salvo la successiva sanatoria legislativa giunta con la l. 12 gennaio 1909, n. 12⁷⁹, ma procediamo con ordine.

Il 3 gennaio 1909 con decreto reale fu dichiarato lo stato d'assedio (r.d. 3 gennaio 1909, n. 1), decreto che fu esteso l'8 gennaio successivo, (r.d. 8 gennaio 1909 n. 10) anche ai comuni del circondario di Messina. Successivamente, fu revocato con decreto del 6 febbraio 1909 n. 46, a partire dal 14 febbraio 1909. Durò dunque circa un mese.

Lo stato d'assedio politico si basava sull'art. 243 del codice penale militare per l'esercito entrato in vigore nel 1870 e quindi su una supposta analogia con lo stato di guerra⁸⁰.

⁷⁹ In particolare, l'art. 6 prevedeva: «È data facoltà al Governo del Re di dare, pei Comuni considerati nella presente legge, provvedimenti eccezionali allo scopo: di garantire provvisoriamente la tutela dei minorenni orfani o abbandonati, e dei dementi, e di assicurare il recupero, la conservazione e il possesso dei beni, salve sempre le questioni di proprietà secondo il diritto comune; di stabilire l'accertamento legale dei decessi, anche sulla base di presunzioni; di ricostruire i registri di stato civile; di ricostruire i registri delle ipoteche e delle trascrizioni; di prorogare i termini per le rinnovazioni delle iscrizioni ipotecarie; di prorogare i termini utili per la denuncia delle successioni e per la registrazione degli atti civili e giudiziari; di ricostruire i ruoli esecutivi per la riscossione di censi e canoni dovuti a enti morali; di stabilire in via provvisoria, le circoscrizioni e giurisdizioni giudiziarie ed amministrative nelle province di Messina e Reggio Calabria, anche annettendole, sempre temporaneamente, ad altra giurisdizione, modificando in relazione le tabelle del personale, ed, ove occorra, altresì la competenza per materia e valore; di nominare, ove occorra, commissari regi, per un periodo di tempo anche superiore al normale; per l'amministrazione dei Comuni, coi poteri del Consiglio comunale; per l'amministrazione della provincia di Messina e di quella di Reggio, coi poteri della Deputazione e del Consiglio provinciale; e per l'amministrazione delle istituzioni di beneficenza e di altri enti di ragione pubblica, col mandato di procedere altresì al loro riordinamento; di prorogare le operazioni di leva di terra e di mare; di prorogare o tenere sospeso qualunque termine attinente all'esercizio di azioni o diritti in materia civile, commerciale, penale o amministrativa, di assicurare il funzionamento dei servizi dipendenti dal Ministero dell'istruzione pubblica»

⁸⁰ C. LATINI "L'emergenza e la disgrazia. Terremoto, guerra e poteri straordinari in Italia agli inizi del Novecento", *Historia et ius* - ISSN 2279-7416 rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, www.historiaetius.eu - 13/2018 - paper 5.

Infatti, prima che gli artt. nn. 6 e 14 legge del 12 gennaio 1909 conferissero al Governo poteri straordinari, con il decreto reale del 3 gennaio 1909 si faceva riferimento alle norme del codice penale che regolavano lo stato di guerra. Secondo il decreto de quo “visto l’art. 243 del codice penale per l’esercito; considerato che il cataclisma tellurico avvenuto il 28 dicembre 1908 nei territori di Messina e Reggio Calabria ha creato una situazione per certi aspetti identica e per altri più grave di quella che si verifica nei territori in stato di guerra; vista la necessità e l’urgenza improrogabile di provvedere immediatamente a tutti i servizi pubblici venuti meno, ed all’ordine e alla sicurezza pubblica; visto che è cessata di fatto la giurisdizione ordinaria e che è impossibile ricostruirla subito; sulla proposta del Consiglio dei Ministri”, si dichiarava lo stato d’assedio nel comune di Messina – poi esteso con regio decreto dell’8 gennaio 1909 al circondario di Messina – e nei comuni del circondario di Reggio.

Orbene, nonostante, dopo circa quattordici giorni con la citata l. del 12 gennaio 1909, in particolare con gli artt. 6⁸¹ e 14⁸² si tentò di giustificare i provvedimenti assunti in deroga, estendendo e reiterando i poteri eccezionali assunti in via di fatto dal Governo

⁸¹ Art. 6 “*E' data facoltà al Governo del Re di dare, pei Comuni considerati nella presente legge, provvedimenti eccezionali allo scopo: di garantire provvisoriamente la tutela dei minorenni orfani o abbandonati, e dei dementi, e di assicurare il recupero, la conservazione e il possesso dei beni, salve sempre le questioni di proprietà secondo il diritto comune; di stabilire l'accertamento legale dei decessi, anche sulla base di presunzioni; di ricostruire i registri di stato civile; di ricostruire i registri delle ipoteche e delle trascrizioni; di prorogare i termini per le rinnovazioni delle iscrizioni ipotecarie; di prorogare i termini utili per la denuncia delle successioni e per la registrazione degli atti civili e giudiziari; di ricostruire i ruoli esecutivi per la riscossione di censi e canoni dovuti a enti morali; di stabilire in via provvisoria, le circoscrizioni e giurisdizioni giudiziarie ed amministrative nelle province di Messina e Reggio Calabria, anche annettendole, sempre temporaneamente, ad altra giurisdizione, modificando in relazione le tabelle del personale, ed, ove occorra, altresì la competenza per materia e valore; di nominare, ove occorra, commissari regi, per un periodo di tempo anche superiore al normale; per l'amministrazione dei Comuni, coi poteri del Consiglio comunale; per l'amministrazione della provincia di Messina e di quella di Reggio, coi poteri della Deputazione e del Consiglio provinciale; e per l'amministrazione delle istituzioni di beneficenza e di altri enti di ragione pubblica, col mandato di procedere altresì al loro riordinamento; di prorogare le operazioni di leva di terra e di mare; di prorogare o tenere sospeso qualunque termine attinente all'esercizio di azioni o diritti in materia civile, commerciale, penale o amministrativa, di assicurare il funzionamento dei servizi dipendenti dal Ministero dell'istruzione pubblica”.*

⁸² Art. 14 “*Qualora nei Comuni considerati dalla presente legge si manifestasse l'urgenza di provvedimenti eccezionali non preveduti dalla legge stessa, anche nell'interesse della proprietà, dell'industria e del commercio, è data facoltà al Governo, entro l'anno corrente, di provvedere con decreti reali da essere presentati al Parlamento, per la conversione in legge”.*

per fronteggiare la catastrofe nei territori dei comuni colpiti⁸³, dubbi di opportunità e legittimità restavano con riferimento ai provvedimenti adottati prima di tale legge, ossia i decreti del 3 e dell'8 gennaio⁸⁴.

In particolare, secondo Santi Romano⁸⁵, tali atti ponevano la questione teorica comune di giustificare, nel caso di specifiche emergenze, poteri speciali del Governo, non autorizzati dalla legge e che altresì potevano normare *praeter* o *contra legem*.

Il punto centrale del problema, al di là del principio di separazione dei poteri, era comprendere come giustificare i provvedimenti emanati dal Governo in deroga a importanti materie di rilievo costituzionale. Basti pensare alla limitazione della libertà personale e di circolazione dei cittadini nei territori di Messina e di Reggio, senza precedenti, imponendo lo sgombero di tutti i superstiti⁸⁶.

Con provvedimenti governativi, privi di alcuna legittimazione legislativa, si era intervenuti sull'emergenza, derogando la legge e limitando libertà garantite dallo stesso Statuto Albertino.

Romano partiva dall'assunto che i provvedimenti governativi d'urgenza fossero stati adottati consapevolmente senza una copertura legislativa e giustificati attraverso la dichiarazione dello stato d'assedio civile, richiamando l'art. 243 del codice penale militare, e motivando la decisione in forza delle analoghe condizioni che il terremoto aveva creato, determinando una situazione simile ai territori in stato di guerra. L'autore intuisce che la necessità di provvedere immediatamente a tutti i servizi pubblici venuti meno, e all'ordine e alla sicurezza pubblica, aveva indotto il Governo ad autoproclamarsi competente nell'adottare tutti i provvedimenti necessari.

⁸³ L'art. 14 prevedeva che «*Qualora nei Comuni considerati dalla presente legge si manifestasse l'urgenza di provvedimenti eccezionali non preveduti dalla legge stessa, anche nell'interesse della proprietà, dell'industria e del commercio, è data facoltà al Governo, entro l'anno corrente, di provvedere con decreti reali da essere presentati al Parlamento, per la conversione in legge*»

⁸⁴ F. Giuffrè, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Dir. soc.*, 2001, pp. 118 ss.. Sul punto si veda anche E.C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze «extra ordinem» in materia ambientale: «ex facto ius oritur»*, in *Rass. parl.*, 2016, pp. 495 ss.

⁸⁵ Si veda S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*.

⁸⁶ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., p. 268, ricorda come in passato, in altre evenienze, si erano soltanto allontanate le persone non native del luogo o almeno non aventi in esso il domicilio o la residenza, ma non l'intera popolazione.

Invero, tutti gli autori del tempo erano concordi sulla necessità di intervenire in via d'emergenza, maggiore discordia vi era invece sulla compatibilità di tale provvedimento con l'ordinamento costituzionale, ovvero, sulla corretta individuazione di un fondamento giuridico che legittimasse l'esercizio dei poteri governativi e l'adozione dei relativi atti, parimenti eccezionali⁸⁷.

Tra i diversi autori ricordiamo Silvio Longhi, il quale aveva sin da subito criticato la gestione dell'emergenza. L'autore sosteneva che l'atto governativo era in realtà un atto delegato dal potere legislativo "fu lo stesso Parlamento che provvide infatti, per citare alcuni esempi, ricorrendo a mezzi straordinari con la famosa legge Pica sulla soppressione del brigantaggio, e provvede, ora, anche direttamente, col fare seguire al terremoto calabro – siculo non poche deviazioni temporanee dal diritto comune. Ma poiché non sempre l'attività del potere legislativo può intervenire in tempo per il completo espletamento della propria funzione, ecco la necessità di delegare al governo una parte dei provvedimenti generali che al primo dovrebbero spettare, in quanto diretti alla temporanea soppressione delle leggi"⁸⁸. Questa ricostruzione dottrinale dello stato d'assedio si basava sulla legge del 17 luglio 1898 n. 297⁸⁹, la quale avrebbe stabilito il carattere legislativo della proclamazione dello stato d'assedio. Si sarebbe trattato di un atto di materia legislativa, che per ragioni d'urgenza poteva essere assunto su di se dal Governo, sulla base dell'art. 6 dello statuto e della legge del 17 luglio 1898 n. 297.

Anche V. Polacco sembrava nei suoi contributi sui provvedimenti per il terremoto calabro – messinese, piuttosto cauto nel valutare gli ampi poteri concessi al governo poiché "Ben di rado accade di veder consentita al potere esecutivo tanta larghezza di

⁸⁷ Nello specifico, tra i primi commenti, oltre a *ibidem*, si vedano V. POLACCO, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, Padova, 1909, e S. LONGHI, *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in Italia*, n. 1, 1909, pp. 137 ss., il quale pragmaticamente osservava che «alla deficienza di norme scritte si aggiunse, in ogni evento, la passione di parte e il proposito di non menomare l'azione dell'autorità»

⁸⁸ S. LONGHI, *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*", 1 (1909) p. 1, pp. 137 e ss.

⁸⁹ Art. 1. "Il Governo del Re ha facoltà di mantenere o revocare lo stato d'assedio ordinato coi Reali decreti 7 maggio 1898, n. 147, 9 maggio 1898, n. 450, 9 maggio 1898, n. 157, e di limitarne l'applicazione tanto per l'estensione del territorio, quanto pei poteri affidati ai Regi Commissari".

azione quanta n'ebbe senza contrasti in si luttuosi momenti"⁹⁰ e proseguendo ricordava che solo qualche voce isolata ne aveva contestato la legittimità in seno alla Camera dei deputati.

Nonostante ciò, i citati autori erano consapevoli del fatto che il Governo nel 1909 non aveva tenuto conto di quest'ultima fase evolutiva della dottrina in materia di stato d'assedio, proclamandolo in base all'art. 243 del codice penale militare, estendendo lo stato d'assedio militare a quello fittizio per analogia.

Non mancò tra gli studiosi del tempo, chi affermò l'illegalità e l'incostituzionalità dello stato d'assedio così inteso in quanto "solo la così detta <<ragion di diritto>> e il così detto <<diritto di necessità>> possono essere invocati a sostegno di simili proclamazioni, ma nel regime costituzionale siffatti residui dell'assolutismo sono interamente fuor di proposito"⁹¹. Tale circostanza, spinse alcuni cittadini ad impugnare precitate misure dinanzi i tribunali di guerra, fino ad adire la II sezione della Suprema Cassazione, la quale affermò l'analogia tra lo "stato d'assedio" e lo "stato di guerra", affermando che "è legge qualsiasi decreto ancorché contrario alle leggi, purché emanato dell'Esecutivo in nome di gravi e urgenti necessità dello Stato"⁹².

In questa occasione un ruolo importante ebbe Vittorio Emanuele Orlando, come Ministro di Grazia e Giustizia, il quale elaborò un nuovo diritto pubblico e privato per i superstiti del tremendo terremoto di Reggio e di Messina⁹³. Con riferimento al diritto

⁹⁰ V. POLACCO, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro – siculo*, cit., p. 337.

⁹¹ F. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino 1909, vol. I, pag. 306.

⁹² I. RACIOPPI, F. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino 1909, vol. I, p. 306, §114; F. DE LUCA, *Lo stato d'assedio, la fucilazione e le pubbliche calamità*, in "Rivista di diritto penale e sociologia criminale", vol. X, 1909, pp. 122-137; I. TAMBARO, voce Poteri straordinari, in *Digesto Italiano*, vol. XIX, parte I, Torino 1924, pp. 195-199; L. Rossi, *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Scritti di diritto pubblico*, vol. V, Milano 1939, pp. 236–263

⁹³ G. PARATORE, *Discussioni, Atti parlamentari, Senato della Repubblica*, 2 dicembre 1952, p. 37366. V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1889, pp. 185-186; Cfr. su ORLANDO, almeno, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano 1985, pp. 252-268, 285-330; P. Costa, *Lo Stato immaginario*, Milano 1986, *passim.*; L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli 1986, pp. 29-56; M. FIORAVANTI, *Alle origini di una disciplina giuridica*, in "Quaderni fiorentini", XVI (1987), pp. 209-283; Id., *s.v.*, in "Il Parlamento italiano", IX, Milano 1988, pp. 273-290; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, Milano 1998, pp. 734-812; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*,

eccezionale per causa di necessità pubblica egli definì per la prima volta il potere del Governo come un “potere di ordinanza” il quale legittimava l’esecutivo a emanare qualsiasi provvedimento quando la salute pubblica lo “esigeva”⁹⁴.

A suo avviso sulla base del principio per cui *salus suprema lex est* era consentito prendere provvedimenti d’urgenza, potendo lo Stato difendersi come i singoli individui nell’ipotesi della legittima difesa. Un principio che allora sembrava mettere d’accordo tutti.

La dottrina maggioritaria, nel tentativo di inquadrare giuridicamente i poteri pubblici adoperati in situazioni d’urgenza si soffermò, proprio, sul concetto di necessità: figura questa interpretata in modi diversi, attraverso un’evoluzione che vede il suo culmine nella teorizzazione, da parte del giurista italiano Santi Romano, della necessità quale autonoma fonte di produzione giuridica.

Romano si basava essenzialmente sull’esistenza di un ordinamento nuovo ed eccezionale, a cui lo Stato ricorre in caso di necessità.

Secondo il citato autore si poteva individuare tre significati, adiacenti e distinti, nei quali utilizzare il concetto di necessità come fonte ampia: come urgenza, come limite e come fonte. Nel primo senso il concetto di necessità trovava fondamento nell’art. 6 dello Statuto che attribuiva al Governo il potere di ordinanza in situazioni d’urgenza.

Nella ricostruzione istituzionalistica, la necessità non era intesa quale mera situazione di fatto in cui veniva a determinarsi un «conflitto che nasce fra il diritto dello Stato di mantenere la sua esistenza e il suo assetto politico, e il diritto di libertà degli individui, che è necessario limitare o sacrificare in favore del primo»⁹⁵, ma assumeva la portata di

1860-1950, Milano 2000, pp. 28 e ss.; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, I, Milano 2001, pp. 67-275; M. FOTIA, *Il liberalismo incompiuto. Gaetano Mosca, V.E. O., Santi Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano 2001; F. GRASSI ORSINI, *O., profilo dell’uomo politico e dello statista: la fortuna e la virtù*, in V.E. ORLANDO, *Discorsi Parlamentari*, Bologna 2002, pp. 13-118; D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico e ordine politico: Vittorio Emanuele Orlando alla Costituente*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. LIOTTA, Bologna 2007, pp. 421-459; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, Milano 2009; D. QUAGLIONI, *Il peccato politico di Vittorio Emanuele Orlando*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015, pp. 373 e ss.

⁹⁴ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 185.

⁹⁵ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, I, 1909, ed ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 293

«fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate»⁹⁶.

Partendo dalla considerazione «che ciò che caratterizza e distingue la necessità ... è, in primo luogo, la materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne delle nuove»⁹⁷, Romano traeva «la conseguenza che il momento originario, cui si deve aver riguardo, è per lo appunto tale sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obiettivo al diritto obiettivo già esistente»⁹⁸.

Infatti, nella seconda eccezione la necessità era intesa quale limite della Sovranità statale, poiché era possibile derogare allo Statuto quando, appunto, ciò era dettato dalla necessità. Pertanto, la modificazione che ne deriva è «un prodotto immediato e, per dir così, di primo grado; il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla»⁹⁹. Per Romano l'instaurazione di un ordinamento comportava necessariamente il riconoscimento di limiti e principi dati: questi, nella misura in cui consentivano di derogare allo Statuto solo in caso di necessità, costituiscono limitazioni all'attività legislativa dello Stato.

Ne deriva che «se la libertà individuale resta diminuita, sospesa, non protetta, ciò non è la conseguenza immediata di alcun diritto subiettivo dello Stato, ma del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che esso pone e che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli»¹⁰⁰.

Il cuore della ricerca romaniana era individuare l'origine della legittimazione di tale nuovo ed eccezionale ordinamento «quel che dunque bisogna spiegare e giustificare non è altro che il potere dello Stato di porre con un procedimento che non è il consueto delle nuove norme»¹⁰¹.

Lo stato di necessità, dunque, rileva non solo e non tanto rispetto ai rapporti tra Stato e cittadini, ma pone un problema più complesso poiché «è a tutta la costituzione dello

⁹⁶ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., p. 298

⁹⁷ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 294.

⁹⁸ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 294.

⁹⁹ S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, 1, 4, 1902, ora in Id., *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, 194

¹⁰⁰ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 294.

¹⁰¹ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 294.

Stato che bisogna aver riguardo, alla distribuzione delle competenze tra i diversi organi costituzionali, alla posizione e ai rapporti reciproci di questi ultimi, ad una quantità di principi fondamentali che si riferiscono all'ordinamento costituzionale dello Stato stesso».

La necessità viene considerata in un'ottica più generale e astratta¹⁰² dagli eventi materiali che di volta in volta la sostanziano e assume un valore e una funzione ordinamentali, che attingono al fondamento e all'origine stessa dell'intero ordinamento.

Lo stato di necessità di cui parla Romano è concepito, infatti, «come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedente stabilite»¹⁰³. In questo senso – precisa l'autore – si dice comunemente che “necessitas non habet legem”; «ma se essa non ha legge, fa legge ...; il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte del diritto».

Dello stesso tenore sarà anche Giovanni Miele, che parlerà di “necessità politica”¹⁰⁴ e di atto politico, individuando l'emergenza come generatrice di “illegalità politica”¹⁰⁵.

Strettamente collegata alle prime due, la terza declinazione di necessità è quella di fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto e della stessa istituzione statale: nella ricerca di un fondamento obbligatorio di una legge, infatti, si risale a ritroso ad una legge precedente, fino ad «una prima legge, la quale avrà ricavata la sua forza solo dalla necessità che l'ha determinata. E nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione»¹⁰⁶.

In tali casi, la necessità può imporsi su tutto il diritto, scritto e non scritto (e perciò non solo *praeter*, ma anche *contra legem*); «può cioè verificarsi una data condizione di cose che costituisca manifestazione esplicita, impellente e categorica di bisogni e forze sociali, nel senso che da esse emani immediatamente e direttamente, senza incertezze e senza

¹⁰² Di astrazione della necessità parla esplicitamente P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 94, il quale evidenzia come «la necessità nella concezione istituzionista non viene più identificata con alcuna situazione o condizione determinata. In tal modo, si realizza l'astrazione della necessità dall'azione diretta contro nemici politici»

¹⁰³ S. ROMANO, op. cit., p. 297.

¹⁰⁴ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936.

¹⁰⁵ G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, cit., 1997.

¹⁰⁶ S. ROMANO, op. cit., p. 298.

possibilità di sottrarsi, una norma obbligatoria: è un fatto che, per la sua natura, si presenta con le caratteristiche del diritto, è la necessità, prima fonte di quest'ultimo"¹⁰⁷.

Il diritto emerge in tal modo direttamente dal fatto che l'ha reso necessario. Da questo punto di vista essa istituisce collegamenti materiali tra la dimensione sociale e la dimensione giuridica, ma stabilisce anche un collegamento formale tra le fonti del diritto, una catena di autorizzazioni che giustifica la validità delle norme.

Se per Romano la necessità diventa fonte di un «nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico (...) che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli»¹⁰⁸, per Ranelletti, invece, alcuni provvedimenti del governo, apparentemente contrari alla legge, sono scusati dallo stato di necessità che diviene «suprema ragione di diritto», alla stregua delle cause di esclusione della colpevolezza.

Ranelletti, al fine di legittimare i poteri straordinari adoperati dal Governo parlava di un generale «diritto di difesa dello Stato» come scriminante per gli organi dello Stato che agiscono contro legem, poiché al verificarsi di eventi di urgente necessità per la salvezza dello Stato quest'ultimo sarebbe stato legittimato ad esercitare un diritto di difesa legittima avverso il pericolo imminente e non altrimenti fronteggiabile attraverso il ricorso a mezzi e procedure derogatori rispetto all'ordine normale delle competenze e dei poteri.

In tale situazione, come ha rilevato la dottrina sostenitrice di pretta tesi, «sono in collisione il diritto dello Stato, ed anzi il suo dovere fondamentale ed assoluto di difendere e garantire la sua esistenza e il proprio ordine giuridico, e il diritto di libertà e le guarentigie, che l'ordine stesso riconosce e tutela negli individui, in maniera che l'uno non può essere salvo senza danno dell'altro»¹⁰⁹. Il contrasto viene risolto a favore dello Stato, che si trova nella contraddittoria condizione di dover temporaneamente violare l'ordine giuridico di cui è garante, ivi comprese le libertà individuali, proprio al fine di meglio tutelarlo avverso un imminente, grave pericolo, concludendosi che, nella situazione eccezionale, «bisogna riconoscere un vero diritto subbiettivo di necessità, e nell'atto governativo, che ne costituisce l'esercizio, un atto pienamente legittimo»¹¹⁰.

¹⁰⁷ S. ROMANO, op. cit., p. 298.

¹⁰⁸ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., 257.

¹⁰⁹ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in Trattato Orlando, vol. IV, Milano, 1904, p. 1203.

¹¹⁰ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, cit., p. 1203.

Ranelletti asseriva di un vero e proprio diritto soggettivo dello Stato persona, nelle situazioni di necessità, sulle posizioni giuridiche degli individui, incentrandosi sul rapporto tra lo Stato e gli individui, cercando di dare legittimazione all'esercizio di poteri – segnatamente, dello stato d'assedio – che sono *contra legem*, perché, in primo luogo, sospensivi delle libertà e dei diritti individuali previsti dalle leggi ordinariamente vigenti.

Tuttavia, predetta tesi venne fortemente criticata dagli autori del tempo, poiché “nessuna teoria può esser tanto pericolosa per le pubbliche libertà quanto questa. La difesa sociale, la ragion di Stato furono, sono e saranno sempre la pretesa giustificazione di qualunque tirannia”¹¹¹. Invero, lo stato di necessità e il c.d. “diritto di difesa dello Stato” possono rappresentare la ragione, il presupposto dell'intervento, ma non una fonte del diritto legittimante il potere eccezionale di ordinanza del Governo¹¹².

Ancora. In senso totalmente contrario, altri¹¹³, giungevano ad affermare che “Ammettere la fonte necessità accanto alla Costituzione significherebbe sostenere che la prima e non la seconda è la legge fondamentale dell'ordinamento <<così come un tempo si sosteneva che la legge naturale, e solo subordinatamente quella positiva, obbligava gli uomini chiusa>>”.

Discussa era altresì la fonte della consuetudine. Federico Cammeo riteneva che date le innumerevoli volte in cui il Governo aveva dichiarato lo Stato di assedio si fosse, ormai, consolidata una consuetudine¹¹⁴.

Tesi questa fortemente criticata da Romano, il quale riteneva che «una consuetudine, non solo non esista, ma non possa esistere per la natura stessa della materia di cui si tratta [...] ad un'evenienza straordinaria e che possiedono in grado così spiccato i caratteri dell'eccezionalità e della provvisorietà, non possono considerarsi come elementi di una consuetudine e avere quindi valore oltre la evenienza cui furono riferite i fatti

¹¹¹ Ammoniva F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, cit., p. 373. Riflessione più tardi ripresa da G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit., passim, spec. p. 6.

¹¹² Si veda S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., p. 255

¹¹³ G.U. RESCIGNO, op. cit., 92,94.

¹¹⁴ F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, cit., p. 376, il quale, pur ritenendo che lo Statuto albertino prevedesse un limite assoluto all'inderogabilità, ammetteva in via di eccezione la deroga in caso di emergenza a garanzia dell'ordinamento stesso, individuando il fondamento in una consuetudine

imprevedibili, emergenziali e limitati nel tempo, in quanto tali, non potevano rappresentare elemento oggettivo di una consuetudine”¹¹⁵.

Ebbene, al di là della fonte, come suddetto, la dottrina maggioritaria del tempo era concorde nell’individuare il fondamento dei poteri emergenziali del Governo all’interno della costituzione, in particolare nel principio della *salus publica suprema lex*¹¹⁶. Comune era l’idea che il potere del Governo trovasse fondamento su un diritto non scritto e di rango costituzionale che viene a crearsi in situazioni di necessità ed emergenza. Questa posizione, del resto, era condivisa anche dalla giurisprudenza del tempo¹¹⁷, in cui si affermava che “un’invincibile necessità di fatto è suprema ragione di diritto, che diventa suprema ragione di diritto, ecco il fondamento di quella potestà straordinaria del Re, che personifica il Potere esecutivo, e lo Statuto non ha potuto non riconoscerla anche perché non la viola”¹¹⁸.

Pertanto, quando il Parlamento non fosse riuscito a regolare l’emergenza, a garanzia dello Stato, lo avrebbe potuto fare il Governo, in via di fatto, anche con provvedimenti aventi forza di legge. Trattasi di un principio non scritto ma giustificato dall’emergenza, il quale al fine di preservare interessi supremi e fondamentali per la vita dello Stato, consentiva di rendere flessibile il principio di separazione dei poteri.

Tuttavia, affinché predetta prassi fosse considerata legittima non avrebbe dovuto violare i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, “poiché appunto finalizzata a difendere e proteggere l’ordinamento giuridico, non a sovvertirlo”¹¹⁹, e questo il modo per comprendere la legittimità dell’azione governativa¹²⁰.

¹¹⁵ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., p. 260

¹¹⁶ Si veda V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 219.

¹¹⁷ Si veda Cass. civ., 17 novembre 1888, in *La legge*, vol. I, 1889, p. 400. Per un commento più generale si veda O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del Governo*, cit., p. 175: «[l’]invincibile necessità di fatto (afferma una sentenza della nostra Cassazione) è suprema ragione di diritto”.

¹¹⁸ Decisione della Corte di Cassazione del 17.11.1888 (Foro Italiano a 1890, n. 1 p. 8).

¹¹⁹ E. C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit. pag. 39.

¹²⁰ Sul punto si veda S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., p. 262. In tema si veda anche Id., *Saggio su una teoria sulle leggi di approvazione*, cit. Tuttavia, Romano osservava: «ciò però non esclude che l’atto governativo non debba esser presentato agli organi legislativi, perché lo approvino mediante legge. È questa una conseguenza che dipende, in modo molto chiaro, dal carattere della necessità, in quanto si presenta come una deroga al principio normale che attribuisce alle due Camere e al Re l’esercizio della funzione legislativa». Anche se – come

Pertanto, alcun dubbio vi era sul valore dei provvedimenti adottati in via d'urgenza e sul loro valore di forza di legge, i quali avrebbero dovuto essere osservati dalla collettività e applicati dai tribunali¹²¹. Questo principio fu mantenuto anche in seguito, anche dopo l'introduzione nell'ordinamento italiano di un'espressa disciplina degli atti aventi forza di legge del Governo.

5.1 Lo stato di eccezione in Carl Schmitt

Come precisato, nello studio delle ordinanze emergenziali, di rilevante importanza è stata la teoria di Santi Romano che per primo¹²² - richiamando le antiche massime *neccesitas non habet legem e salus populi suprema lex sto*¹²³ - ha considerato lo stato di eccezione come uno strumento giuridico di difesa dell'ordinamento stesso e non come un fatto estraneo al diritto. Romano, considerato quale il precursore di una teoria che ancora oggi è utilizzata, nel giustificare i provvedimenti emergenziali adottati dal Governo senza alcuna autorizzazione rilevava che la necessità, così come intesa, non può essere disciplinata da norme prestabilite poiché essa non ha legge, ma fa legge "il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte del diritto"¹²⁴.

Successivamente, ad analoga conclusione sullo stato di eccezione è giunto Carl Schmitt, con la sua teoria decisionista, il quale apre la sua "Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità" con la nota definizione di sovranità secondo cui «sovrano è chi decide dello stato di eccezione»¹²⁵.

Il giurista renano distingueva tra emergenza latamente intesa, in cui il caso è ancora riconducibile ad una qualche norma giuridica, ed eccezione in cui l'ordinamento giuridico

rilevò lo stesso Romano in occasione dei decreti assunti per il terremoto calabro-siculo – la presentazione alle Camere per una ratifica successiva non sempre avveniva. Si veda Id., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., p. 266.

¹²¹ V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., pp. 235 ss.

¹²² Si veda A. TARANTINO, *La teoria della necessità dell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1976, pp. 173 ss., il quale, pur dando conto dell'influenza che altri autori ebbero con le teorie sul principio di effettività del diritto – come P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953 –, dimostra l'autonoma originalità della riflessione romaniana sulla necessità come fonte prima del diritto.

¹²³ M.T. CICERONE, *De Legibus*, IV.

¹²⁴ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., p. 254.

¹²⁵ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità*, in ID., *Le categorie del «politico»*. *Saggi di teoria politica*, a cura di G. MIGLIO-P. SCHIERA, Bologna, 1972, p. 33.

viene travolto nelle sue fondamenta, nel quale sussiste ancora un ordinamento politico, quello statale. L'eccezione viene intesa come lo scenario estremo dell'esistenza politica: oltre, c'è il *bellum omnium contra omnes*, la fine dello Stato e, quindi, la fine della comunità come soggetto politico indipendente e originario (C. Schmitt 1922, trad. it. 1972).

Tali considerazioni vengono declinate attraverso le due categorie della “dittatura commissaria” (stato d'emergenza) e “dittatura sovrana” (stato d'eccezione). Entrambe rappresentano l'intervento a garanzia dello Stato nei casi d'emergenza. Il primo tipo di dittatura si ha quando il dictator opera sulla base di attribuzioni conferitegli da un potere costituito, nell'ambito del quale egli agisce con poteri *extra ordinem* riguardo «alla commissione da eseguire». La dittatura sovrana, invece, è quel tipo di dittatura che «vede in tutto l'ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione. Essa non sospende una costituzione vigente facendo leva su un diritto da essa contemplato e perciò stesso costituzionale, bensì mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una Costituzione ritenuta come quella autentica» (C. Schmitt 1921, trad. it. 1975). In questo secondo caso, nello stato di eccezione, teoria e prassi trovano un punto d'incontro nella figura della decisione sovrana. Di qui si spiega perché per lo Schmitt di Teologia politica del '22 sovrano è “chi decide sullo stato di eccezione” (*Ausnahmezustand*), ma “solo in quanto questo [stato di eccezione] si assuma come concetto limite [*Grenzbegriff*]”. Nell'*extremus necessitatis casus* “diventa automaticamente chiaro chi è il sovrano”¹²⁶: a decidere se e come regolare la situazione eccezionale, infatti, non è l'ordinamento giuridico, ma il soggetto che qualifica come tale la realtà fenomenica che gli sta di fronte, il quale, dunque, agisce e «sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa»¹²⁷.

Che cosa il citato limite ci viene chiarito in via differenziale poco oltre, quando Schmitt si appresta a stabilire che “la sua [sovranità come stato di eccezione] definizione non può applicarsi al caso normale [ovvero non a] qualsiasi ordinanza d'emergenza o stato d'assedio [*nicht irgendeine Notverordnung oder jeder Belagerungszustand*]”.

¹²⁶ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 34.

¹²⁷ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 34

Sia nello stato d'emergenza che nello stato d'eccezione, il valore tutelato è l'autoconservazione del gruppo sociale (*salus rei publicae suprema lex esto*): nella prima, però, la decisione in ordine all'an (se dichiarare l'emergenza e come qualificarla giuridicamente), al quantum (apprezzamento in ordine alla gravità della situazione emergenziale) e al quomodo (mezzi per contrastarla) viene fatta alla luce della costituzione (in senso lato) vigente: nella dittatura sovrana invece la risoluzione dell'emergenza (divenuta eccezione) avviene *en dehors de la constitution* e porta a un nuovo ordinamento costituzionale, laddove, pur venendo meno il diritto vigente, lo Stato continua ad esistere grazie all'intervento del dittatore sovrano.

Il caso d'eccezione contemplato dal decisionismo di Schmitt si sostanzia in una condizione di emergenza non nell'ordinamento (cioè endogena ed interna rispetto ad esso), ma dell'ordinamento giuridico, il quale non ha più alcuna forza conformativa rispetto alla situazione di fatto sottostante, ed in cui «non vige il diritto e, perciò, la vita e lo scontro politici obbediscono alle regole della politica solamente...tale stato d'eccezione coincide con la politica priva di regolamentazione giuridica e, quindi, decide chi ha più forza, cioè l'ordine viene stabilito solo politicamente».

Come ha notato la dottrina, la nozione di stato di eccezione elaborata dal decisionismo è, insomma, un concetto di dottrina dello stato più che di diritto costituzionale¹²⁸.

La «sfida che l'emergenza lancia al diritto»¹²⁹ è, invece, proprio quella di definire lo «statuto giuridico» di uno stato di eccezione che, lungi dall'essere dominio esclusivo della forza dei rapporti politici, sia interno all'ordinamento costituzionale e con esso compatibile.

Orbene, gli evinti storici e le teorie qui richiamate dimostrano come lo stato d'assedio «civile» - proclamato in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria del 1908, con l'applicazione del codice penale militare di guerra e il passaggio della giurisdizione penale ai tribunali militari - può essere tollerato anche quando incida sul rispetto di principi costituzionali, poiché fondato sulla necessità, pensata ora come ragion di Stato, che legittimerebbe l'uso indiscriminato della forza per la conservazione dell'assetto politico, economico e sociale, ora come posizione soggettiva dello Stato-persona, alla stregua della legittima difesa, ora come «fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto,

¹²⁸ Sul punto, P. PINNA, *op. cit.*, p. 8 e ss.; G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 17 e ss.

¹²⁹ G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 20.

in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate”, sì che la necessità, come la consuetudine, non sarebbe che una “manifestazione diretta delle forze sociali”, che si distingue “per la maggiore energia e determinatezza che ne deriva, che non ha bisogno di un periodo di tempo più o meno lungo che la consacri: essa è sempre urgente e impellente”¹³⁰.

Questo particolare rapporto nei confronti dello stato di eccezione emerge anche nelle discipline delle funzioni emergenziali extra ordinem, di cui le ordinanze in esame sono espressione. Un articolato rapporto che, come evidenziato, non interessa solo i poteri dello Stato (al fine di rispondere alla situazione di emergenza) ma anche il rapporto tra le fonti legittimate a regolare l'emergenza: in particolare, le limitazioni subite dalla legge, a vantaggio delle ordinanze, quali atti emergenziali.

Come è stato notato da G. Agamben l'emergenza genera un ordinamento speciale in cui “vige la forza di legge senza legge”¹³¹ ove atti che hanno “forza di legge”¹³² non si applicano, mentre, dall'altra, atti che non hanno valore di legge ne acquistano la forza.

Atti emergenziali autorizzati dalla legge, ma senza alcun né controllo preventivo né successivo, che trovano fondamento nello stato di eccezione generando nella dottrina e la giurisprudenza del tempo (e ancora oggi) dubbi di legittimazione all'interno di un ordinamento costituzionale liberaldemocratico moderno.

Il superamento del citato approccio si avrà con la legislazione del ventennio fascista attraverso la positivizzazione degli istituti di necessità ed urgenza (l. 100/1926; TULPS). Tuttavia, predette leggi, autorizzanti poteri normativi del governo, come vedremo, non sostituiranno il generale potere d'emergenza del Governo, il quale manterrà, in casi d'emergenza non previsti dall'ordinamento, un intervento di garanzia come visto e argomentato¹³³.

¹³⁰ SANTI ROMANO, *Sui decreti-legge e di stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria* (1909), ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, 362-363 ss.

¹³¹ Si veda G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., pp. 44 ss; ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, II ed. 2005, 57 ss.

¹³² *Ibidem*, p. 52.

¹³³ Si veda G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*.

6. La disciplina del periodo fascista. I poteri d'urgenza del Governo all'interno del sistema delle fonti di diritto positivo.

Fino al 1926 il potere di ordinanza era legato per lo più ad una prassi "convenzionale", accettata dagli organi costituzionali, e fondata sulla particolare interpretazione dell'art. 6 dello Statuto o comunque su basi extralegali elaborate dalla dottrina.

È in epoca fascista che si assiste ad una compiuta positivizzazione ed evoluzione degli atti e dei poteri propriamente extra ordinem dell'Esecutivo¹³⁴, attraverso l'introduzione di numerose fattispecie di legge. Leggi che ancora oggi pongono dubbi sul ruolo e sulla posizione delle ordinanze normative nel sistema delle fonti.

Viene in rilievo, innanzitutto, la legge n. 100 del 1926 la quale all'art. 3 attribuiva al Governo la facoltà di emanare atti aventi forza di legge con decreto reale, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. In tali casi, proseguiva la disposizione, «il giudizio sulla necessità e sull'urgenza non è soggetto ad altri controlli che a quello politico del Parlamento» ed «il decreto Reale deve essere munito della clausola della presentazione al Parlamento per la conversione in legge, ed essere, a pena di decadenza, presentato, agli effetti della conversione stessi, ad una delle due Camere, non oltre la terza seduta dopo la sua pubblicazione», con la ulteriore precisazione che, in caso di mancata conversione da parte di una delle due Camere, il decreto avrebbe cessato di aver vigore, con effetto ex nunc, dal giorno di pubblicazione della notizia. A differenza delle precedenti disposizioni, la legge de qua non individuava il presupposto legittimante l'attivazione dei poteri emergenziali o un qualche ambito materiale a cui dovesse limitarsi la loro applicazione (riservandosi a generici ed imprecisabili «casi straordinari, nei quali ragioni di urgente necessità lo richiedano»), né ne prevedeva il possibile contenuto, lasciando al Governo la scelta del provvedimento ritenuto più opportuno rispetto ai dettami della necessità.

¹³⁴ Del resto, come messo in evidenza da M. BELLETTI, *La forma di governo parlamentare e scioglimento delle Camere. Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, Padova, 2008, pp. 421 ss., è questo un ordinamento che sospende le prassi e le discipline previste dallo Statuto albertino

Una legge che apparentemente perseguiva lo scopo di limitare gli abusi e usi alla decretazione d'urgenza, ma che di fatto riconosceva e legittimava una potestà normativa in un periodo in cui lo Stato liberale stava mutando in favore del regime fascista¹³⁵.

Insieme a tale normativa, per quanto concerne più propriamente il potere di ordinanza, è inoltre della medesima epoca il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 773 del 1931, c.d. TULPS) che all'art. 2 (sul quale si tornerà nel prosieguo) positivizza il modello delle ordinanze emergenziali.

L'articolo de quo, considerato quale "capostipite"¹³⁶ delle norme sugli atti di necessità ed urgenza adottabili dall'autorità amministrativa in deroga alla legge, assegna al Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, «la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

Invero, pur non essendo affermata dalla lettera della disposizione la sua natura derogatoria, tuttavia la stessa, nel richiamare esclusivamente i «provvedimenti indispensabili» e nel negare qualsivoglia limitazione al relativo potere, riconduce di fatto gli atti di cui all'art. 2 TULPS alla dimensione della straordinarietà, che porta con sé la derogabilità della legislazione vigente.

Le evidenziate caratteristiche della disposizione in discorso ne fece il modello della positivizzazione dei poteri extra ordinem, configurandosi quale norma di legge meramente attributiva di una competenza potenzialmente generale e non altrimenti conformata dalla norma stessa.

Trattasi, dunque, di una disciplina volta, in generale, ad attribuire al Governo, attraverso le autorità locali di sua emanazione (in specie podestà e prefetto), incisivi poteri di controllo e di polizia amministrativa i quali, però, come vedremo, si concretizzarono di fatto, nella prassi, in ordinanze a contenuto normativo emanate in casi (non sempre) di necessità, spesso, soprattutto, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, in contrasto con l'ordinamento repubblicano.

Tale articolo, tra l'altro, non è l'unico istituto riconducibile all'ordinanza emergenziale. La legislazione fascista introdusse ulteriori disposizioni che contemplano

¹³⁵ Si veda A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, pp. 25 e ss.

¹³⁶ Così lo definisce G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 425.

atti e poteri analoghi. Tra i più discussi poteri normativi previsti dal T.U.L.P.S vi erano altresì quelli assegnati al «Ministro dell'interno con l'assenso del Capo del governo, o i prefetti, per delegazione» nel caso di «pericolo» e di «disordini» che determini la necessità di dichiarare lo stato di pericolo pubblico (art. 216) o lo stato di guerra (art. 217). In tali casi, «il Ministro dell'interno può emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica» (art. 216). La norma de qua, introdotta a completamento dell'art. 2 a differenza di quest'ultimo richiama espressamente la sua natura derogatoria.

Ancora, vennero introdotte ulteriori previsioni, nel Testo unico della legge comunale e provinciale del 1934 (R.D. 383/1934), attributive di poteri di necessità e urgenza, quali gli artt. 19 e 20, che, rispettivamente, abilitavano il Prefetto ad adottare, «in caso di urgente necessità, i provvedimenti indispensabili nel pubblico interesse nei diversi rami di servizio», e le «ordinanze di carattere contingibile ed urgente in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica interessanti l'intera provincia o più comuni della medesima» e l'art. 55, che attribuiva al Prefetto un potere di ordinanza surrogatorio rispetto a quello dalla medesima disposizione attribuito al Podestà per l'adozione dei «provvedimenti contingibili ed urgenti in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica».

Infatti, accanto al Prefetto, nel gestire l'emergenza (locale) con strumenti normativi, vi era il Sindaco nel ruolo di ufficiale di Governo. Si pensi al potere di ordinanze già previsto in materia di espropriazione che, come accennato, attribuiva al sindaco il potere di disporre della proprietà privata qualora l'urgenza fosse stata tale da non consentire al Prefetto di intervenire, previsto nel citato articolo 55 quale strumento di garanzia.

Ancora, l'art. 150 T.U.L.P.S. che autorizzava il sindaco «sotto la direzione delle autorità» a provvedere nell'interesse «della pubblica sicurezza e della igiene pubblica» o per qualunque altro «evento interessante l'ordine pubblico» a «compiere atti» previsti dalla legge. Oltre a tale potere sostitutivo e temporale, l'art. 151 prevedeva altresì uno specifico potere «straordinario» di adottare ordinanze «contingibili ed urgenti di sicurezza pubblica» in attuazione dei regolamenti comunali di edilizia e polizia locale previsti dalla legge, nonché in materia di igiene pubblica¹³⁷.

¹³⁷ Si vedano l'art. 151 e il richiamato art. 217, n. 9, T.U.E.L.

Di rilevante importanza erano, altresì, i poteri previsti dal T.u.e.l. per contrastare la diffusione di malattie infettive dell'uomo. Infatti, al fine di prevenire la diffusione di malattie infettive, anche in questo caso, era riconosciuto un potere di ordinanza oltre che in capo al sindaco (art. 258) e destinato a qualsiasi «cittadino, dimorante in un comune in cui si sia manifestata una malattia infettiva di carattere epidemico», anche al Ministro dell'Interno (art.261), che «può emettere ordinanze speciali» nei casi in cui si sviluppi nel Regno una malattia infettiva a carattere epidemico. Predetta disposizione oltre a qualifica espressamente il provvedimento come «ordinanza», ne circoscrive i contenuti specificando che tali atti possano contenere ordini per «la visita e disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa», imponendone la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale.

Anche di questa epoca sono i bandi militari, ovvero quelle disposizioni aventi forza di legge che il comandante può adottare al fine di regolare un'emergenza derivante dallo stato di guerra. Tali atti, già previsti nel codice penale dell'esercito del 1869, furono ripresi in epoca fascista dal r.d. 8 luglio 1938 n. 1415, sull'approvazione dei testi di legge di guerra e neutralità, il quale agli artt. 17- 20 prevedeva nei bandi militari una propria fonte dell'emergenza emanata dal comandante con “valore di legge”.

Tale imponente positivizzazione degli atti di necessità e urgenza, se, da una parte, fu la riconduzione degli stessi all'interno dell'ordinamento giuridico e, soprattutto, della sistematica degli atti pubblici, dall'altra, non riuscì a comportare una limitazione della portata “eversiva” di quel sistema in cui ora si trovavano ad essere formalmente inseriti.

CAPITOLO SECONDO

IL PROBLEMA DELLE ORDINANZE EMERGENZIALI NEL SISTEMA COSTITUZIONALE

Sommario: 1. Le ordinanze emergenziali nell'ordinamento costituzionale 2. Il dibattito in assemblea costituente sui poteri di necessità ed urgenza. - 2.1 Lo sviluppo storico della giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 8 del 20 giugno 1956. - 2.2 La sentenza n. 26 del 27 maggio 1961. - 2.3 Le ordinanze libere. il modello definito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 4 del 4 gennaio 1977. - 2.4 Le sentenze n. 100 del 03.04.1987 e n. 2021 del 28.5.1987. - 2.5 la sentenza della Corte Costituzionale n. 127 del 14 aprile 1995. - 3. Dalla costituzionalità all'incostituzionalità delle ordinanze extra ordinem: le contrapposte tesi in dottrina. - 3. La controversa natura giuridica delle ordinanze emergenziali. - 4. Le ordinanze emergenziali nella giurisprudenza amministrativa. Limiti e presupposti. - 5.1 L'ordinanza emanata dal Prefetto di Genova in occasione del G8.

1. Le ordinanze emergenziali nell'ordinamento costituzionale

Come evidenziato nei paragrafi precedenti la dottrina intervenuta prima del 1948 ha posto l'attenzione sul nesso tra la necessità di intervenire (in mancanza di prescrizioni esplicite) per prevenire e rimediare all'emergenza e i limiti all'ammissibilità di un'azione in deroga alla legge fondamentale dello Stato. A tal proposito si è fatto ricorso alla necessità, diversamente intesa, per giustificare e rendere legittimo l'esercizio di un potere dello Stato formalmente illegale. È questa la concezione utilizzata in Italia nei primi anni del Novecento¹³⁸.

Il tema delle ordinanze emergenziali e della loro natura all'interno del sistema delle fonti muta completamente prospettiva a seguito della Costituzione del 1948 presentando nuovi e complessi problemi teorici e pratici.

Sotto la vigenza dello Statuto Albertino le fonti del diritto vengono individuate esclusivamente nella legge, nei regolamenti, nelle consuetudini. La legge si poneva al vertice delle fonti, potendo essa stessa disporre della sua forza (di legge) e di fonti primarie, ad esempio prevedendo ordinanze normative¹³⁹.

Come noto, la Costituzione repubblicana, a differenza dello Stato Albertino, muta completamente il sistema precedentemente previsto attraverso l'introduzione di un procedimento aggravato (art. 138 cost.) e un puntuale controllo giurisdizionale di

¹³⁸ G. DE VERGOTTINI, *Necessità*, pag. 226 e ss.

¹³⁹ D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, e Id., *La forza formale della legge*, entrambi in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, vol. II, rispettivamente pp. 45 ss. e 87 ss

legittimità (art. 134 cost.) e ponendo al vertice delle fonti la Costituzione stessa, non più la legge. Se le fonti secondarie restano ancora nella disponibilità della disciplina legislativa, al contrario cambia il sistema delle fonti primarie, che la costituzione rigida determina come un sistema chiuso.

Come ben descritto da Zangara¹⁴⁰, le fonti primarie divengono a “numero chiuso”, potendo essere disciplinate e previste solo dalla Costituzione, intesa quale fonte primaria. Basti pensare agli artt. 76 e 77 Cost., che disciplinano gli atti aventi forza di legge, che nell’ordinamento statutario erano regolati dalla legge stessa (n. 100/1926)¹⁴¹.

In considerazione del nuovo assetto costituzionale la dottrina post – bellica nell’occuparsi del tema delle ordinanze extra ordinem ha abbandonato i modelli teorici incentrati sulla necessità e ha tentato di ricondurre gli atti in esame all’interno del nuovo ordinamento costituzionale e, segnatamente, sotto il principio di legalità – come noto implicitamente fissato nell’art. 97 Cost. – della riserva di legge, nonché del principio di preferenza della legge – ex art. 5 l. n. 2248/1895, all. E.

La prima elaborazione sul punto si deve alla riflessione di G.U. Rescigno il quale escludeva che il ricorso alla necessità potesse legittimare l’adozione di atti non previsti dall’ordinamento, poiché “una Costituzione rigida come la nostra, la quale disciplina positivamente le ipotesi nelle quali per necessità un soggetto è legittimato a provvedere in deroga a diritto, possa implicitamente riconoscere un generale e illimitato potere di deroga solo che la necessità lo richieda: ammettere la fonte necessità accanto alla fonte Costituzione significherebbe sostenere che la prima e non la seconda è la legge fondamentale dell’ordinamento”¹⁴².

E allora, cosa legittima il potere in esame rispetto agli altri atti della pubblica amministrazione nel nuovo sistema costituzionale? Un tema, ancora oggi, molto discusso sul quale autorevoli autori sono intervenuti. Sul punto, Rescigno, come vedremo, nega quelle ricostruzioni che individuano tale peculiarità nel fatto che il potere di ordinanza sia libero nel contenuto. Contro precitata tesi – nota l’Autore – vi è la circostanza che nell’ordinamento esistono altri atti della pubblica amministrazione, i quali, pur liberi nel

¹⁴⁰ V. ZANGARA, *Limiti della funzione legislativa nell’ordinamento italiano*, Padova, 1955.

¹⁴¹ Si veda R. Bin, *Il sistema delle fonti. Un’introduzione*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, pp. 27 ss.

¹⁴² G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965, p. 99.

contenuto, non sono ordinanze (come, ad es., gli atti c.d. politici)¹⁴³. Né può individuarsi nelle stesse un carattere necessariamente derogatorio poiché il carattere derogatorio non è esclusivo delle ordinanze extra ordinem e che «possono esistere e in fatto esistono altri atti amministrativi derogatori per definizione, i quali però non sono affatto ordinanze: ogni qual volta una norma speciale autorizza un provvedimento amministrativo in deroga a quanto autorizza per l'ipotesi generale la norma generale, siamo dinanzi ad un atto derogatorio per definizione»¹⁴⁴. Inoltre, l'autore (come meglio vedremo) critica quelle teorie che individuano il criterio di differenziazione non nell'atto ma nella norma attributiva del potere, per cui la norma attributiva di un potere di ordinanza, sarebbe tipicamente ed esclusivamente norma sulla produzione giuridica¹⁴⁵, avvalorando, in tal modo, la tesi per cui le ordinanze avrebbero natura di atti normativi.

L'autore nega che i tre criteri precitati (atti di produzione giuridica, innovatività, generalità e astrattezza), siano decisivi, poiché ciascun ordinamento dovrebbe determinare, rispetto a sé, quali siano atti normativi e quali no, dovendosi individuare ciascun potere e l'atto che ne costituisce l'estrinsecazione, secondo singole ipotesi normative e non secondo criteri generali.

L'apporto della dottrina più autorevole costituisce, ancora oggi, un contributo importante per meglio comprendere e giustificare le ordinanze d'urgenza, non previste dalla Costituzione, non menzionate fra gli atti aventi forza ma che incidono in deroga alla legge¹⁴⁶.

Per tali ragioni il potere di ordinanza è stato oggetto oltre che, come accennato, di un ampio dibattito dottrinale¹⁴⁷ anche di molteplici pronunce della Corte Costituzionale intervenute nel corso degli anni. Come evidenziato da E.C. Raffiotta è significativo notare che la Corte ha necessità di più sentenze per argomentare, legittimare e circoscrivere l'istituto in esame. Un processo che ha interessato diverse epoche e che, di volta in volta, ha aggiunto un tassello in più a definizione delle ordinanze.

¹⁴³ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), cit., p. 92.

¹⁴⁴ G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴⁵ In tal senso GIANNINI, ove nel suo scritto *Potere di ordinanza*, individua le ordinanze quali atti normativi perché creative di un jus singulare.

¹⁴⁶ Si veda L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., pp. 447 ss.

¹⁴⁷ F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, pag. 112 ss., Milano, 1979.

2. Il dibattito in assemblea costituente sui poteri di necessità ed urgenza

Il nuovo assetto costituzionale ha generato in Italia, negli anni Cinquanta e nella prima metà degli anni Sessanta, un appassionato dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul potere di ordinanza *extra ordinem*. Dato il silenzio normativo in Costituzione, le principali pronunce della Corte Costituzionale, così come le diverse tesi dottrinali, si sono poste l'obiettivo di ricercarne la natura, l'efficacia, ed in generale i limiti che incontrano gli atti che promanano dal potere in esame.

Tutto è scaturito dal contenuto di alcune ordinanze emergenziali, emanate in quegli anni da molti Prefetti d'Italia in forza dell'art. 2 del R.d. 118 giugno 1931, n. 773 (di seguito T.U.L.P.S.).

Il problema principale riguardava le materie sulle quali il Prefetto interveniva con le precitate ordinanze, ovvero su diritti di libertà che nel rinnovato ordinamento costituzionale avevano trovato riconoscimento e tutela. Si pensi alle ordinanze aventi ad oggetto il sequestro, o il divieto di "strillonaggio" di taluni quotidiani nazionali, o il divieto di raccogliere firme per una petizione in Parlamento in favore della pace. Ancora, si pensi al caso in cui con ordinanza si vietò ai sindaci di portare i gonfaloni dei comuni alle manifestazioni della pace¹⁴⁸. In taluni casi i prefetti motivavano, o semplicemente giustificavano a posteriori il provvedimento adottato con la necessità di conformarsi a direttive politiche date dal Consiglio dei Ministri¹⁴⁹.

L'articolo de quo è stato da subito esaminato sotto due principali profili: della natura giuridica del provvedimento prefettizio e della compatibilità della norma con il nuovo assetto costituzionale.

Sul punto, la giurisprudenza era divisa fra chi, a seguito dell'emanazione della Costituzione, riteneva abrogato l'art. 2 del t.u.l.p.s. per contrasto con le norme

¹⁴⁸ Si veda R. VACCARO, *Le libertà costituzionali di riunione e diffusione del pensiero e le limitazioni di polizia*, in *Foro penale*, 1950, 579.

¹⁴⁹ E. RAGIONIERI, *Storia d'Italia*, vol. IV, Tomo III, Torino, Einaudi, 1976, 1511 e ss.

sostanziali¹⁵⁰ a tutela dei diritti soggettivi dei cittadini e fra chi, individuava una perfetta compatibilità con la Costituzione¹⁵¹.

La dottrina del tempo aveva fornito il proprio sostegno alla tesi della incostituzionalità del precitato articolo, poiché, come formulato, consentiva l’emanazione di ordinanze con effetti derogatori delle disposizioni di legge e “gli atti amministrativi non possono essere ammessi a disporre per forza propria dei diritti di libertà”¹⁵². Più precisamente, non poteva consentirsi alle ordinanze in esame di limitare la sfera giuridica dei cittadini, peraltro, su materie costituzionalmente garantite, senza che vi fosse imposti limiti in via normativa dal legislatore.

Tutti erano concordi nel ritenere la materia stessa dei diritti di libertà di esclusiva pertinenza legislativa. Alle ordinanze amministrative di necessità e urgenza non poteva consentirsi di incidere su diritti soggettivi, ovvero su libertà costituzionalmente garantite, senza che il contenuto di tali limitazioni fosse previsto in via normativa dal legislatore.

Timore della dottrina del tempo era che si ripetessero fenomeni di esautoramento del Parlamento (così come avvenuto durante la Seconda guerra mondiale), pertanto, gli artt. 76 e 77 della Cost. dovevano rimanere gli unici atti a disposizione del Governo in caso di necessità.

È evidente che la struttura della norma attributiva del potere aveva creato non pochi problemi nel sistema costituzionale, poiché si limitava a fissare i presupposti emergenziali e il fine pubblico dell’azione amministrativa, senza predeterminare il

¹⁵⁰ Si veda ESPOSITO, C., *Decreto-legge*, in Enc. dir., XI, Milano, 1962, 866 s.; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 718 ss.; e cfr. da ultimo MARAZZITA, G., *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, 421 ss.

¹⁵¹ A favore: Pret. Di Campobasso 23 ottobre 19 e 50, imp. Fagliarone, in foro penale., 1951, 108; pret. di Modena, 15 giugno 1950, imp. Durvilli, in giust. pen., 1951, 465; Cass. pen. sez. III, 3 luglio 1951, imp. Zanirato, in Giust. pen., 1952, II, 323; Cass. pen., sez. III, 22 ottobre 1951, imp. Magnetto, in Giur. compl. Corte cass. pen., 1951, 3, 638; Cass. pen. Sez. II, 8 febbraio 1952, imp. Longhi, in Giur. compl. Cass. pen. 1952. I, 547.

¹⁵² SANTONI ROGIU, *Il nuovo diritto costituzionale*, Roma, 1948, 100 e ss; G. SOLAZZI, *I decreti legge*, in *Commentario sistematico della costituzione italiana*, diretto da Levi – Calamandrei; P. BARILE, *Il soggetto privato della Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953, 112 - 114; V. ANDRIOLI, *Sequestro di giornali e libertà di stampa*, in Foro it., 1962, II, 138; G. LONGO, *Ordinanze di necessità e attività normativa: l'articolo 2 t.u.l.p.s. nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, in Foro it, 1957, IV, 25.

contenuto provvedimento¹⁵³, configurando, secondo alcuni, un fenomeno “dittatorio”¹⁵⁴.

A differenza della precitata dottrina, in quegli anni, la Corte di Cassazione¹⁵⁵ aveva invece patrocinato la tesi della costituzionalità dell'articolo in esame, respingendo le questioni di legittimità costituzionale che le erano state sottoposte ai sensi della VII disposizione transitoria e finale della Costituzione. Nell'argomentare la Suprema Corte confermava la natura amministrativa e non legislativa degli atti in esame, oltre che il conseguente sindacato del giudice ordinario e amministrativo sulle ordinanze di necessità e urgenza, sindacato che non sarebbe stato più ammissibile nei confronti degli atti aventi forza di legge (art. 134 Cost.).

La struttura della norma in esame aveva creato una grande incomprensione fra i giudici della Cassazione e la dottrina dominante. “Il confronto, a tratti aspro, aveva però offerto una chiara enunciazione dei punti critici del rapporto fra potere di ordinanza di necessità e urgenza e principio di legalità”¹⁵⁶. Trattasi di uno strumento extra ordinem, che sottoponeva a tensione fondamentali principi dell'ordinamento.

Per queste ragioni non pare affatto un caso che le prime sentenze della Corte costituzionale abbiano avuto a oggetto proprio la questione di dell'articolo 2 del R. d. n. 773 del 1931.

¹⁵³ Ad avviso di G. U. RESCIGNO, op. cit., p. 93 si tratterebbe di una norma sulla produzione giuridica, «giacché si limita a dire a chi, in che materia, con quale forma, eventualmente con quali limiti spetta emanare nuove disposizioni anche in deroga a norme preesistenti, mentre ogni altra norma attributiva di normali poteri amministrativi è anche e prevalentemente norma di produzione giuridica, giacché anzitutto prevede positivamente che cosa rispetto a una determinata fattispecie può disporre la pubblica amministrazione». Ad ogni modo, l'Autore conclude per il carattere amministrativo delle ordinanze (o della più parte di esse), stimando che la natura della norma di attribuzione del potere non sia decisiva per la sua qualificazione in termini normativi.

¹⁵⁴ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 324, poi ripresa da A. PIZZORUSSO, *Vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1977, I, 277.

¹⁵⁵ Cass. pen., sez. III, 25 gennaio 1951, imp. Durvilli, cit; Cass. pen., sez. Un. 31 marzo 1951, imp. Tabanelli; Cass. pen., sez. III, 23 giugno 1951, Fogliarino, in *Giur. compl. Cass., pen.*, 1951, 3, 601; Cass. pen., sez. un., 14 luglio 1951, imp. Zanaboni, in *Giust. pen.*, 1951, II, 688; Cons. di Stato, sez. IV, 27 giugno 1952, 616, cit.

¹⁵⁶ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, cit. pag. 91.

2.1 *Lo sviluppo storico della giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 8 del 20 giugno 1956*

L'abuso del potere prefettizio spinse la Corte costituzionale a rivedere i limiti dei possibili contenuti del potere di ordinanza che coinvolgeva libertà costituzionalmente garantite, ovvero, diritti soggettivi.

La Corte ebbe modo di pronunciarsi per la prima volta sulla legittimità dell'art. 2 T.u.l.p.s con la sent. 20 giugno 1956, n. 8, a seguito di ordinanze emesse da alcuni prefetti in materia di sicurezza e ordine pubblico. La Corte, pur interpretando la censurata disciplina alla luce del mutato ordinamento costituzionale, decise di valutarla comunque compatibile con la Costituzione repubblicana¹⁵⁷. Si tratta di una sentenza che nel lessico odierno verrebbe definita interpretativa di rigetto.

La pronuncia aveva ad oggetto le ordinanze prefettizie (ex art. 2 del R. d., n. 773 del 1931) che vietavano lo strillonaggio di giornali nelle pubbliche vie e nelle piazze e la vendita degli stessi a domicilio, a cui seguirono seguì le imputazioni ex art 650 del cod. pen. La difesa sollevò sia la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 650 cod. pen., sia quella dell'art. 2 del R. d. n. 773 del 1931 per contrasto con gli articoli 1, 76 e 77 Cost. ed in subordine con l'art. 21 Cost.

Accantonato il richiamo all'art. 1 la Corte costituzionale rilevò in ordine agli articoli 76 e 77 che: “la disposizione di cui trattasi (art. 2) deve essere interpretata (...) non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì nell'attuale in cui essa vive. Ora, la giurisprudenza, tanto della magistratura ordinaria che di quella amministrativa, nell'ultimo decennio può dirsi costante nel ritenere che i provvedimenti in questione -non i soli di questo genere previsti nel nostro ordinamento- hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico. Secondo questa interpretazione, che pone in risalto il significato attuale della norma, questa non appare in contrasto con i principi costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i provvedimenti amministrativi adottati dal Prefetto, anche se talvolta valgono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono

¹⁵⁷ Criticamente si veda E. PARISI, *Le ordinanze in generale e quelle contingibili ed urgenti*, in Nuova rass., 13-14, 1980, pp. 1132 ss.

da confondersi né con le leggi, né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti. Nel quadro della su esposta interpretazione, l'esercizio di queste facoltà del Prefetto non viene a sovvertire l'ordinamento dei pubblici poteri, restando tali provvedimenti nella legittima sfera delle attribuzioni dell'autorità amministrativa locale. Non è poi a parlare di violazione dell'articolo 21 della Cost. I provvedimenti emanati sulla base dell'art. 2 possono, in ipotesi, toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini, garantiti dalla Costituzione (libertà di pensiero, di religione ne, di circolazione, ecc.). Ma il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta in volta. dal giudice, ordinario o amministrativo, competente. In questa sede di legittimità costituzionale, in cui ciò che viene in esame è la norma legislativa e non il provvedimento amministrativo che la applica, un sindacato sulla costituzionalità dell'art. 2 in relazione ai casi concreti in cui tale applicazione potrebbe importare la violazione dei diritti statuari dei cittadini, non è ammissibile. Ed ecco perché questa Corte non può prendere in considerazione, ai fini del decidere, quella parte delle ordinanze del pretore di finale Emilia, con cui si denuncia la illegittimità costituzionale dell'ordinanza del Prefetto di Modena del 16 aprile 1950 (...). Non si può negare che la formula dell'art. 2 della legge di p. s., nella sua latitudine, potrebbe dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si affermassero interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte. Ma in tal caso l'odierna decisione non precluderebbe il riesame della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nel citato articolo. Certo è auspicabile che, nell'opera di revisione che è in corso presso gli organi legislativi, il testo dell'art. 2 trovi una formulazione che ponga, nella misura massima possibile, al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione. (. . .). I " canoni, che la Corte ritiene debbano essere presenti (nel testo legislativo), possono così riassumersi: 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. P.Q.M. La Corte Costituzionale Giudicando con unica sentenza (...) dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale nei riguardi dell'art. 2 t.u. delle leggi di p. s., approvato con r. d. 18 giugno 1931, n. 773, salva la opportuna revisione del testo della norma predetta, al fine di renderlo formalmente più adeguato al carattere dei poteri attribuiti al Prefetto”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ da Giur. cost., cit.

Invero, la Corte era consapevole del ruolo che le ordinanze in esame avevano avuto nel precedente ordinamento, tuttavia nel salvare l'istituto non negava che il contenuto dell'art. 2 "nella sua latitudine" avrebbe potuto dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si fossero affermate "interpretazioni diverse da quelle rilevate dalla Corte". Per tali ragioni il Giudice delle leggi concludeva la sentenza con un monito, auspicando l'intervento del legislatore volto a definire i confini del potere in esame attraverso una nuova formulazione dell'art. 2 che specificasse l'applicazione di alcuni "canoni" per l'esercizio del potere di ordinanza¹⁵⁹: "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".

Tuttavia, tali indicazioni né furono accolte dal legislatore né dalla giurisprudenza amministrativa nelle successive pronunce, la quale, aveva ammesso ordinanze in violazione di diritti costituzionali. Le Sezioni Unite della Cassazione avevano addirittura sostenuto che questa disposizione darebbe al Prefetto "il potere eccezionale di disporre temporaneamente di qualsiasi diritto dei cittadini"¹⁶⁰.

2.2 La sentenza n. 26 del 27 maggio 1961

Per tali ragioni, cinque anni più tardi, giunse sul tema un'ulteriore sentenza della Corte Costituzionale, la quale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 nei limiti in cui esso attribuiva ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico. La Corte, questa volta, con la pronuncia n. 26 del 27 maggio 1961 interveniva attraverso una sentenza interpretativa della fattispecie dell'art. 2, la quale è valsa come regola pretoria per tutta la disciplina delle ordinanze emergenziali.

Il fatto è anche qui occasionato dalla vendita a domicilio di giornali a scopo di propaganda politica in violazione di una ordinanza prefettizia ex art. 2 del R. d. n. 773 del 1931 cit. che vietava tale comportamento. Dal processo penale per imputazione ex art. 650 cod. pen. scaturì la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 per violazione degli articoli 1, 70, 76, 77, 117, e 138 della Costituzione. La difesa, riprendendo la

¹⁵⁹ G. MAZZARITA, *Le ordinanze di necessità dopo la L. 225/1992*, in *Giur. cost.* 1996, pag. 509.

¹⁶⁰ PIZZORUSSO, A., *Le fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja-Branca del Codice civile*, Bologna, Roma, 2011, 557.

sentenza n. 8 del 1956 della Corte costituzionale, fece rilevare espressamente che con la Cassazione, Sez. Un, 16 giugno 1958, n. 2068, si era affermata un'interpretazione diversa da quella rilevata dalla Corte costituzionale.

Il Giudice delle leggi riprendendo quanto statuito nella precedente decisione affermava che: “Nel tempo che è trascorso da quella sentenza il testo legislativo è rimasto inalterato e, come si rileva dalle numerose copie depositate nel presente giudizio, molti Prefetti hanno emesso provvedimenti che, per il loro contenuto, tendono ad avere carattere di permanenza. È, inoltre, sopraggiunta qualche pronuncia giurisprudenziale che non sembra conforme all'indirizzo della giurisprudenza della magistratura ordinaria e di quella amministrativa su cui si basò la sentenza del 1956 per dare all'art. 2 l'interpretazione sopra richiamata. 3. In ordine alla sentenza stessa occorre procedere ad una precisazione. Da qualche parte, nel giudizio attuale, è stato detto che secondo quella sentenza sarebbe possibile emanare provvedimenti in base all'art. 2 della legge di pubblica sicurezza destinati a menomare l'esercizio dei diritti dei cittadini, anche se garantiti dalla Costituzione. Si è aggiunto che la Corte avrebbe dichiarato che non sussisterebbe contrasto tra lo stesso art. 2 e l'art. 21 Cast. Ma non si è tenuto conto che quella sentenza dopo aver affermato il principio che le ordinanze in questione non possono in nessun caso violare principii dell'ordinamento giuridico, prospettò l'ipotesi che i provvedimenti prefettizi toccassero campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione: la sentenza affermò che in tale ipotesi spetta al giudice competente di accertare se nei singoli casi sussista la violazione di quei diritti. Ed in particolare la sentenza fece la stessa affermazione in ordine alla dedotta violazione dell'art. 21 Cost. È dunque da escludere che la precedente sentenza abbia dichiarato che le ordinanze prefettizie potessero menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione: dichiarazione che sarebbe stata in netto contrasto con l'affermazione che le ordinanze debbano essere vincolate ai principii dell'ordinamento giuridico”.

“4. L'art. 2 conferisce al Prefetto poteri che non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto alloro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengono nei limiti dei principii dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato all'attività degli organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli art. 70, 76 e 77 dell'art. 1, secondo comma, Cost. Difatti, anche

a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo, i provvedimenti prefettizi ex art. 2, ove contrastino con i principii dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimi quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni espresse sin dalla precedente sentenza. Non sarà del tutto superfluo soggiungere che l'art. 77 dello Statuto speciale per il Trentino Alto Adige richiama espressamente l'applicazione dell'art. 2 l. p. s.: dal che può dedursi che l'Assemblea Costituente ritenne che l'istituto non fosse in contrasto con la Costituzione”.

“5. Dai ripetuti richiami fatti ai principii dell'ordinamento giuridico si rileva che questo è il punto fondamentale della questione. “(...) I “provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principii, dovunque tali principii 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. È infatti ovvio che l'art. 2 l. p.s. non potrebbe disporre che, in campo in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario, intervengano provvedimenti amministrativi in senso difforme. Per quel che si riferisce alle riserve di legge, la Corte ritiene che si debba distinguere. Nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongono in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito. E, pertanto, nulla vieta che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità e urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere”.

“Si può concludere che la omessa prescrizione, nel testo dell'art. 2 del rispetto dei principii dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile – ed ha in realtà reso possibile

- un'applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomare la tutela giurisdizionale. " È dunque da ritenere che l'illegittimità dell'art. 2 sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, intesa questa espressione nei sensi sopra indicati. "P. Q. M. La Corte costituzionale (...) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 del t. u. l. p. s. approvato con r. d. 18 giugno 1931, n. 773, nei sensi e nei limiti indicati nella motivazione”.

Tale scelta interpretativa aveva quale intento la eliminazione di ogni teoria che ritenesse il potere di ordinanza capace, sia pure in situazioni di urgenza e necessità, di “menomare l’esercizio di diritti garantiti dalla Costituzione”. La pronuncia de qua si era resa necessaria soprattutto dopo che, la Corte di Cassazione aveva tentato, invece, (sez. un. 16 giugno 1958) di riaffermare una interpretazione del potere di ordinanza capace di incidere, senza limiti anche su diritti costituzionalmente garantiti¹⁶¹.

Invero, precitata sentenza suscitò non poche reazioni tra gli autori¹⁶² del tempo, i quali erano ancora impegnati a seguire le diverse tesi utilizzate nel confronto con i giudici di

¹⁶¹ Si veda, V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell’art. 2 leggi di pubblica sicurezza dinnanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 889) il quale ritenne che nemmeno con la seconda sentenza della Corte Costituzionale si potesse individuare una chiara interpretazione dell’efficacia derogatoria dell’art. 2, poiché la Corte continuò ad utilizzare la categoria dei principi dell’ordinamento.

¹⁶² L. MONTESANO, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 524; Io., *I provvedimenti prefettizi di urgenza e il giudizio costituzionale sui testi legislativi ambigui*, in *Foro it.*, 1961, I, 1283 e s.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, (con postilla di F. Carnelutti), in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351; C. MORTATI, *Effetti pratici*, 550; F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e l’attività maieutica*, in *Giur. it.*, 1961, N, 177; V. CRISAFULLI, *Questioni di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, I, 929 e s.; M. CAPPELLETTI, *Sentenze condizionali della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, II, (88 e s.) 14-23 dell’estr.; M. MAZZIOTTI, *Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. cast.*, 1960, 1100 e s.; G. AMATO, *La difficile agonia dell’articolo 2 t.u.l.p.s.*, cit., 307-308; N. JAGER, *La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua attività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 773 e s.; A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 345 e s.; A. M. SANDULLI, *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, *Raccolta di scritti in onore di A. C. JEMOLO*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1963, 641; P. NUVOLONE, *Appunti e spunti fra precetti e sanzioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 441 e s.; M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex articolo 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 379 e s.; I. FASO, *Ancora in tema di illegittimità costituzionali*

Cassazione e conseguentemente in tal corso di pensiero si attendeva una risposta della Corte Costituzionale più informata alle scelte dottrinali e non volta ad offrire concetti nuovi e non di “immediata fruibilità”¹⁶³.

In particolare, il riferimento della Corte ai limiti dei principi dell’ordinamento giuridico pareva lasciare ampi spazi interpretativi a favore dell’una o dell’altra tesi a confronto a seconda di quale delle diverse accezioni della nozione di principi dell’ordinamento si potevano ritenere accolta.

Secondo gli autori del tempo, infatti, la sentenza n. 26 del 1961 sembrava offrire più problemi che risposte¹⁶⁴. I giudici di merito e la dottrina avevano sollevato dubbi di costituzionalità anche in ordine allo sconvolgimento che l’art. 2 importava in ordine al rapporto tra la norma attributiva del potere (inteso quale atto amministrativo) e la legge. In quel tempo era considerata normale la predeterminazione in legge di tutti quegli atti che individuano l’affievolimento del diritto in interesse legittimo.

Senonché, sul punto la Corte non offriva alcuna risposta all’esigenza di creare limiti ai contenuti ammissibili del potere.¹⁶⁵

dell'articolo 2 del t.u. leggi di p.s., in *Giur. siciliana*, 1962, 155 e s.; M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cast.*, 1956, 902.

¹⁶³ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, cit. pag. 93.

¹⁶⁴ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, pagg. 97 ss.

¹⁶⁵ Sul punto di veda V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'articolo 2, cit.*, 889, il quale ritiene che la Corte con la sentenza n. 26 del 1961 pervenne a proporre nuovi, ove non maggiori, interrogativi di quelli preesistenti. In particolare, l’A. rivolge alla decisione alcuni rilievi critici. In primo luogo, fa notare come il ricorso al limite dei «principi dell’ordinamento giuridico» sia stato dalla Corte utilizzato senza dissipare i margini di ambiguità ed incertezza che si accompagnano alla locuzione: in tal senso, imprecisa risulterebbe la sentenza «laddove tra detti principi si fanno rientrare “quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell’ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria” (...) poiché, se è vero che molti principi dell’ordinamento sono, oggi, espressamente formulati od implicitamente desumibili da disposizioni della Costituzione, non è vera la reciproca, essendovi anche disposizioni del testo costituzionale che non pongono norme-principio, bensì norme particolarissime e addirittura a fattispecie esclusiva (...) e non vi ha dubbio che nessuna disposizione costituzionale, di principio o non, sia derogabile dalla legge ordinaria, e perciò, a fortiori, dall’esercizio di poteri di ordinanza». In secondo luogo, l’A. mette in luce l’ulteriore problema relativo alla deroga che gli atti di ordinanza comportano rispetto al principio di legalità. Quest’ultimo, infatti, sarebbe «certamente, un principio costituzionale, e non soltanto uno tra quei principi dell’ordinamento giuridico, alla cui osservanza, secondo la Corte, tutti gli atti amministrativi sono vincolati, e sono vincolate perciò anche le ordinanze ex art. 2»: sul punto,

Nonostante gli interrogativi lasciati irrisolti, le citate sentenze (n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961) espugnarono totalmente dall'ordinamento ogni dubbio circa la legittimità delle disposizioni attributive del potere di ordinanza, spostando, invece, l'attenzione sull'analisi dei limiti che il nuovo assetto costituzionale imponeva al potere in esame. Pertanto, si passò da una pretesa d'annullamento ad una ricerca di un'adeguata interpretazione al nuovo contesto istituzionale.

2.3 Le ordinanze libere. il modello definito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 4 del 4 gennaio 1977

Poco tempo dopo, con la sentenza n. 4 del 4 gennaio 1977 il Giudice delle Leggi tornava sulla materia¹⁶⁶.

nota l'A., «la risposta che si legge nella sentenza è alquanto oscura». In terzo luogo, una contraddizione viene rilevata anche in rapporto al passaggio che la sentenza fa sulle riserve di legge relative, nel momento in cui afferma che «nulla vieta che nelle materie coperte da riserva soltanto relativa, “una disposizione di legge ordinaria conferisca al prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti a questo potere”» (il corsivo è del Crisafulli). Come l'A. puntualmente fa notare, infatti, «quali debbano essere questi limiti, la stessa Corte ha cercato di dire più volte (...): non sarebbe conforme a Costituzione una legge che abbandonasse alla piena discrezionalità dell'amministrazione il contenuto (o, secondo un'altra terminologia, l'oggetto) dei provvedimenti adottabili sulle anzidette materie». A questo punto, ha gioco facile l'A. nell'evidenziare come «non occorre altro, per accorgersi che la formula dell'art. 2 t.u. di p.s. non soddisferebbe neppure lontanamente tali condizioni minime. L'art. 2, infatti, è poco più di una norma di competenza; prescrive chi può provvedere, ma non come, e neppure, almeno, in base a quali criteri, si dovrà o potrà provvedere; la stessa indicazione del fine risulta effettuata in termini estremamente generici, inidonei ad offrire una seria garanzia contro l'arbitrio». Sulla base dei rilievi critici svolti, l'A. conclude notando che «molto probabilmente, la prudenza della Corte nell'eliminare dal sistema quella pretesa “valvola di sicurezza” rappresentata dai poteri di ordinanza deve considerarsi eccessiva ed ingiustificata».

¹⁶⁶ La decisione fu, sul punto, oggetto di numerose critiche, tra cui L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, cit., p. 258 e ss. e P. POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, cit., p. 264 e ss., secondo i quali la sentenza de qua segnava un “passo indietro” della giurisprudenza costituzionale tanto rispetto al diritto di sciopero, quanto rispetto al tema dei poteri di ordinanza di necessità e di urgenza. Una ulteriore, più recente, osservazione si deve a A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004, p. 69, il quale ritiene che il caso avrebbe potuto essere risolto direttamente dal giudice a quo, senza sollevare questione di legittimità costituzionale, in quanto «nella vicenda di specie, la questione poteva ben essere circoscritta alla valutazione delle scelte discrezionali del prefetto, da effettuarsi sulla base del nucleo di principi già elaborato dalla Corte. Facendo leva sul principio di adeguatezza del mezzo allo scopo, in relazione alla necessità concretamente verificatasi, il Pretore avrebbe potuto sindacare la scelta della precettazione,

Questa volta la questione veniva sollevata dal pretore di Rieti e riguardava l'art. 20 del t.u. della legge comunale e provinciale del 1934, n. 383¹⁶⁷, che attribuisce al Prefetto il potere di adottare "ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica interessanti l'intera Provincia o più comuni della medesima". La causa¹⁶⁸ aveva ad oggetto l'ordine da parte del Prefetto di Rieti nei confronti di dodici unità del personale ausiliario di riprendere il servizio presso alcune scuole della provincia, nelle quali, essendo proseguita l'attività scolastica nei primi cinque giorni di uno sciopero a tempo indeterminato del personale non insegnante, le lezioni erano state sospese, poiché i servizi igienici erano del tutto inagibili, con pericolo di epidemie. In seguito, veniva esposta denuncia contro il Prefetto di Rieti da parte del sindacato del personale non insegnante per violazione l'art. 40 della Costituzione, poiché l'ordine del Prefetto incideva sul diritto di sciopero ivi garantito, nonché per violazione degli artt. 70,76 e 77 Cost., a norma dei quali la funzione legislativa è riservata esclusivamente al Parlamento ovvero, in particolari ipotesi (delegazione legislativa, decretazione d'urgenza), al Governo.

In particolare, l'ordinanza di rimessione, richiamando la sentenza della Corte n. 26/1961 relativa all'art. 2 del t.u. delle leggi di p.s., affermava che l'art. 20 del t.u. comunale e provinciale, attribuendo al Prefetto il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità e di sicurezza pubblica interessanti l'intera provincia o più comuni della medesima, contrastava con le sopra citate norme costituzionali poiché avrebbe consentito l'emanazione da parte dell'autorità amministrativa di provvedimenti assolutamente discrezionali aventi ad oggetto non solo la concreta limitazione di diritti fondamentali (nella specie, il diritto di sciopero) ma anche l'individuazione dei casi e delle situazioni

evidenziando la sua manifesta irrazionalità in presenza della possibile alternativa della chiusura temporanea delle scuole, più rispettosa dei principi costituzionali e idonea anch'essa a realizzare la piena tutela del fondamentale diritto alla salute». Tuttavia, è lo stesso A. che, in nota 144, osserva come tale soluzione fosse ostacolata dall'orientamento giurisprudenziale, all'epoca dominante, che negava al giudice penale (che, nel caso di specie, era giudice a quo) la possibilità di sindacare l'eccesso di potere dell'atto amministrativo.

¹⁶⁷ Oggi abrogato dall'art. 274 del dlgs. 28 agosto 2000, n. 267.

¹⁶⁸ Cfr. L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, cit. 258 ss; P. POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, 264. In entrambe le note a sentenza citate viene considerata un "passo indietro" della Corte Costituzionale, sia per quanto riguarda il diritto di sciopero, sia per quanto riguarda la materia dei poteri straordinari di ordinanza.

in cui tali limitazioni possono essere disposte, materia che la Costituzione stabilisce sia disciplinata dalla legge.

Intervenire in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocato generale dello Stato, il quale, dopo aver preliminarmente contestato l'equiparabilità dell'art. 20 del t.u. n. 383 del 1934 all'art. 2 del t.u. delle leggi di p.s. per la loro diversa finalizzazione (tutela dell'incolumità pubblica nel primo caso, tutela dell'ordine pubblico, nel secondo), osservava che il diritto alla salute è garantito in Costituzione come interesse fondamentale dell'individuo e dell'intera collettività. “Il problema del contemperamento tra diritto alla salute e diritto di sciopero deve, quindi, essere risolto alla stregua della giurisprudenza di questa Corte che, con sentenza n. 31 del 1969, ha affermato che lo sciopero non può essere esercitato in misura lesiva di altri principi costituzionali indirizzati alla tutela di beni pariordinati a quelli affidati all'autotutela di categoria oppure alle esigenze necessarie ad assicurare la vita stessa della comunità e dello Stato”.

“Ma, oltre che in relazione all'art. 40, la questione sarebbe infondata anche rispetto agli artt. 70, 76 e 77 Cost., ed ai principi generali dell'ordinamento costituzionale, in quanto la norma impugnata non attribuisce una potestà legislativa bensì una competenza ad emettere atti amministrativi di urgenza, sindacabili in sede giurisdizionale in situazioni né astrattamente né tempestivamente prevedibili con legge”.

La Corte confermava la costituzionalità della norma impugnata e la legittimità dell'esercizio del potere prefettizio in questione.

Preliminarmente, la Corte, dopo aver distinto le due disposizioni: “Mentre, (...) nell'art. 2 non si rinviene alcuna delimitazione di materie, autorizzandosi il Prefetto, "nel caso di urgenza e per grave necessità pubblica", ad adottare "i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica", l'art. 20 del t.u. del 1934, per un verso, circoscrive il potere prefettizio a materie determinate, ancorandolo, per altro verso, ai soli motivi di sanità o di sicurezza pubblica”; osservava che ciò che invece le accomuna, “e consente di ricondurre i provvedimenti rispettivamente previsti entro la più ampia categoria concettuale delle c.d. <<ordinanze libere>>” é, in primo luogo, che il contenuto dei provvedimenti stessi non é prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo richiesto dalle circostanze, diverse da caso a caso, che ne impongono l'emanazione; in

secondo luogo, che dette circostanze non sono, a loro volta, previste - né, di regola, sono prevedibili in astratto - da specifiche disposizioni di legge. Onde la distinzione, corrente nella dottrina, tra "atti" necessitati e "ordinanze" necessitate; i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni".

Ciò precisato, dev'essere qui ribadito (ed a fortiori), con riguardo all'art. 20 del t.u. comunale e provinciale, quanto la Corte ebbe a rilevare, nelle decisioni sopra ricordate, per l'art. 2 del t.u. di p.s., e cioè che 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. Le ordinanze ex art. 20 del t.u. comunale e provinciale, sia che si rivolgano (come nella specie é avvenuto) a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi.

Non sussiste pertanto la denunciata violazione del disposto degli artt. 70, 76 e 77 della Costituzione.

3. - Nemmeno é violato l'art. 40 Cost., che - com'è ovvio - viene qui in considerazione unicamente perché la questione va decisa nei limiti della rilevanza e della conseguente prospettazione fattane dal giudice a quo, essendo appena il caso di osservare che, di per sé, l'art. 20 del t.u. della legge comunale e provinciale non ha alcun necessario riferimento al diritto di sciopero, l'esercizio del quale può semplicemente rappresentare talora (come, appunto, nella specie) una delle svariatissime situazioni suscettibili di dare occasione all'adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente nelle materie dalla anzidetta disposizione indicate. Ora, in ordine all'art. 40 Cost., la giurisprudenza di questa Corte é costante, a partire dalla sentenza n. 123 del 1962 sino alla più recente sentenza n. 222 del 1976, nel senso che, non essendosi dal legislatore provveduto ad emanare le leggi

regolatrici previste dalla norma costituzionale, i limiti "coessenziali" al diritto di sciopero (non meno che a qualsiasi altro: sentenza n. 123 del 1962 cit.) vanno frattanto desunti dalla legislazione vigente, se ed in quanto compatibili, beninteso, con i principi del mutato ordinamento costituzionale, ed in particolare con la garanzia direttamente apprestata dallo stesso art. 40: giacché, se così non fosse, si perverrebbe all'"assurdo di un diritto suscettibile di svolgersi per un tempo indeterminato all'infuori di ogni limite" (sentenza n. 31 del 1969). Sempre alla stregua dei criteri in precedenza enunciati dalla Corte in numerose decisioni, la tutela della salute e dell'incolumità delle persone non può non limitare il concreto esercizio del diritto di sciopero, così come avviene per altri interessi, che trovano del pari riconoscimento nel testo costituzionale e "la cui salvaguardia, insieme a quella della sicurezza verso l'esterno, costituisce la prima ed essenziale ragion d'essere dello Stato" (sentenza da ultimo cit.). Interessi siffatti sono perciò tra quelli che devono considerarsi "assolutamente preminenti rispetto agli altri collegati all'autotutela degli interessi di categoria" (sentenza n. 123 del 1962) od a quelli che si riconnettono alle ulteriori e diverse finalità cui l'esercizio del diritto di sciopero può, in ipotesi, essere legittimamente rivolto. Conseguenze da quanto premesso che, nella perdurante assenza di nuova apposita normativa, i particolari limiti che all'esercizio del diritto di sciopero possono derivare dall'applicazione dell'art. 20 del t.u. comunale e provinciale del 1934 trovano il loro fondamento nell'art.32 Cost., a norma del quale "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività ", poiché tra i motivi legittimanti il Prefetto a provvedere con ordinanze contingibili e urgenti vi sono espressamente menzionati quelli "di sanità " (concretamente invocati nel caso de quo dall'ordinanza del Prefetto di Rieti). Ed a conclusioni analoghe deve giungersi altresì per i motivi "di sicurezza", che hanno riferimento alla integrità fisica ed incolumità delle persone e costituiscono perciò concetto diverso da quello di "ordine pubblico" (distintamente richiamato, infatti, nell'art. 2 del t.u. di p.s.): non potendosi dubitare che l'interesse alla tutela di quei beni rientri nel nucleo essenziale degli interessi generali, preminenti su ogni altro, sottostanti all'intera Costituzione e da questa perciò recepiti e garantiti (anche espressamente, attraverso l'ampia formulazione dell'art. 2 relativo ai "diritti inviolabili dell'uomo".

Orbene, si noti come la Corte mutava completamente orientamento rispetto alle diverse precedenti pronunce al fine di tutelare il diritto alla salute ex art. 32 della Costituzione¹⁶⁹.

Per tali ragioni, la sentenza in esame fu criticata dalla dottrina del tempo. Questa, infatti, veniva considerata “un passo indietro” sia per quanto concerne il diritto di sciopero, sia per quanto riguarda la materia dei poteri straordinari, operando in tal senso un “ribaltamento” della logica sottesa alla prima giurisprudenza costituzionale: se, infatti, quella giurisprudenza pareva porre anche agli atti ordinatori extra ordinem un vincolo di intangibilità dei diritti garantiti dalla Costituzione, che non potevano essere menomati pur in presenza di una situazione emergenziale, ora «l'impossibilità per il legislatore di tipizzare aprioristicamente il contenuto del provvedimento si traduce in un “ampliamento” della delega al giudice comune, al quale la Corte costituzionale suggerisce criteri di bilanciamento che non risultano in alcun modo ancorati alle fattispecie legislative ma che, al contrario, richiedono il diretto (nel senso, appunto, di non mediato) raffronto tra il contenuto del singolo atto di necessità ed urgenza e la dimensione attenuata che i diritti fondamentali possono assumere per effetto dell'emergenza costituzionale. (...) l'emergenza funziona all'interno del giudizio di costituzionalità da criterio interpretativo per giungere alla determinazione della misura ragionevole in cui le norme costituzionali tollerano di essere sostanzialmente violate per l'adozione di interventi necessari al superamento dello stato di crisi»¹⁷⁰.

La dottrina eccepiva alla Corte di avere allargato arbitrariamente i limiti al diritto di sciopero con l'introduzione di un nuovo elemento di bilanciamento: non può ritenersi ammissibile la tutela di un interesse costituzionale come limite generale ad ogni tipo di sciopero, ignorando il tipo di servizio esercitato dai lavoratori e il ruolo svolto in relazione all'interesse in gioco¹⁷¹. Sul punto Polacco¹⁷² affermava che, la tutela della salute potrebbe essere un limite al diritto di sciopero, nel caso di soggetti che abbiano a che fare direttamente con il bene oggetto della tutela (ad empio il personale ospedaliero), ma non

¹⁶⁹ Si veda la sentenza della stessa Corte n. 32 del 17 marzo 1969, in cui si affermava che “*per i soggetti non addetti alle funzioni essenziali debba riconoscersi pienezza di esercizio di sciopero, salva sempre la potestà del legislatore di regolarne le modalità*”. Secondo questo orientamento non sembra che il Prefetto possa adottare nuove e restrittive discipline del diritto di sciopero in assenza di una legge in materia.

¹⁷⁰ A. CARDONE, op. e loc. ult. cit.

¹⁷¹ L. CARLASSARE, *Ordinanze*, 260, 261.

¹⁷² P. POLACCO, *Legge*, cit., 278, 279.

in ogni caso, prescindendo da tale valutazione. Ancora, l'autore criticava il ruolo di eccessivo rilievo conferito al Prefetto, il quale può limitare un diritto costituzionalmente garantito in base ad una valutazione discrezionale delle circostanze di fatto. La critica mossa alla Corte Costituzionale era quella di essersi sbilanciata a favore del diritto alla salute, senza ridefinire la reale estensione dei poteri del Prefetto con la norma impugnata.

Secondo questa tesi, il diritto allo sciopero poteva essere limitato solo con leggi o atti aventi forza di legge.

La sentenza tocca il nodo fondamentale della coesistenza tra principi costituzionali, e la conseguente necessità di operare giudizi di bilanciamento fra i diversi valori tutelari¹⁷³.

Al contrario, altri autorevoli autori, condivisero il contenuto della sentenza de qua confermando quanto statuito dai giudici delle leggi. Secondo questi il contenuto delle ordinanze extra ordinem si caratterizzerebbe per essere libero nel contenuto, per cui si parla di <<ordinanze libere>> come un'apposita categoria concettuale di atti giuridici necessitati¹⁷⁴.

2.4 Le sentenze n. 100 del 03.04.1987 e n. 2021 del 28.5.1987

In seguito, la Corte è tornata a più riprese a pronunciarsi sul potere di ordinanza: tra le numerose pronunzie in proposito vanno richiamate le sentenze n. 100 del 03.04.1987 e n. 2021 del 28.5.1987¹⁷⁵.

Con la prima, la Corte giudicò della legittimità costituzionale dell'art. 4 D.L. 27 febbraio 1982 n. 57 (Disciplina per la gestione stralcio dell'attività del Commissario per

¹⁷³ F. MIGLIORESE, *Ordinanze di necessità*, in Enc. Giur., XXII, 3.

¹⁷⁴ Anche la Corte costituzionale (sent. n. 4 del 1977 cit.) parla di <<ordinanza libere>>. In termini specifici cfr. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., cit, che distingue le ordinanze in senso stretto rientranti nella categoria delle ordinanze libere. Decisamente contro tale definizione, cfr. TESAURO, *Ist. Dir. pubbl.*, vol. II, cit., 52. Cfr. specialmente M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in Giur. compl. Cass. civ., 1948, I, 388; Id., *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in Giur. it., 1950, III, 65; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, in Amm. it. 1954, 359; G.E. LONGO, *Ordinanza prefettizia di necessità* e art. 650 cod. pen., in Giur. compl. Cass. pen., 1953, 2, 133; VACCARO, *Le norme costituzionali sulla produzione giuridica e le ordinanze di necessità del Prefetto*, in Foro pad., 1953, IV, 73; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino 1954, I, 80.

¹⁷⁵ Decisione criticamente commentata da V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte ci ripensa?* in Le Reg., 1987, pp. 1572 ss., a causa della flessibile lettura dei presupposti di intervento.

le zone terremotate della Campania e della Basilicata), nel testo modificato dalla l. di conversione 29 aprile 1982 n. 187, il quale, nel contesto della complessa legislazione emanata in occasione dei due gravi terremoti che nel novembre 1980 e nel febbraio 1981 colpirono vaste zone della Campania e Basilicata, statuiva che «gli atti e i provvedimenti amministrativi adottati... fra il 23 novembre 1980 ed il 31 ottobre 1981, si considerano legittimi, anche se difformi dalle norme in vigore, incluse quelle che regolano la competenza o disciplinano le procedure, purché diretti a realizzare l'attività di soccorso, ad assicurare servizi necessari per la collettività o a soddisfare esigenze primarie dei cittadini nelle zone colpite dagli eventi sismici». La questione fu sollevata dal Tar Campania in occasione dell'emanazione di alcune ordinanze di requisizione di immobili (temporaneamente assegnati alle persone rimaste senza tetto a causa del sisma) in quanto: «a) esclude ogni tutela giurisdizionale, ponendosi pertanto in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost.; b) crea una irrazionale disparità di trattamento per le regioni considerate dalla suddetta legislazione (Campania e Basilicata) rispetto al rimanente territorio nazionale, con la conseguente violazione dell'art. 3 Cost.; c) disconosce la garanzia costituzionale della proprietà privata, violando in tal modo l'art. 42, secondo comma, della Carta fondamentale».

La Corte affermò l'infondatezza della questione in relazione a tutte le censure sollevate.

Innanzitutto, i Giudici delle leggi rispetto alla norma impugnata, poneva l'attenzione sul suo dimensionamento temporale, strettamente collegata all'emergenza conseguente agli eventi sismici¹⁷⁶ e, dall'altro, sulla circostanza che la sanatoria riguardava soltanto

¹⁷⁶ Cfr. Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 3. Considerato in diritto, in cui si legge: «*Relativamente alla prima censura, che involge una questione di particolare delicatezza, è opportuno chiarire il contenuto precettivo della norma impugnata anche sulla base della giurisprudenza amministrativa, la quale, se pure esigua, risulta tuttavia la sola esistente sulla materia. In proposito è bene rilevare anzitutto che la previsione legislativa non concerne l'intero arco di tempo relativo alla situazione di emergenza causata dalle due gravissime scosse telluriche che colpirono le regioni anzidette; né tanto meno riguarda il tempo necessario alla conseguente ricostruzione (la quale è ancora in corso, come si deduce dal recente D.L. 28 febbraio 1986 n. 48 convertito in l. 18 aprile 1986 n. 119). Essa venne invece dal legislatore limitata e circoscritta alla prima fase dell'emergenza stessa, ossia a quella fase in cui più acuto fu il dramma delle popolazioni colpite e più viva quindi la necessità di immediato soccorso. Coerentemente a ciò, gli atti considerati dalla disposizione in esame sono esclusivamente quelli adottati, nell'immediatezza dei due sismi, al fine di provvedere in via d'urgenza alle fondamentali e improcrastinabili esigenze di sussistenza dei cittadini sui quali si era abbattuto il disastro tellurico. La norma non concerne pertanto gli atti con effetti esplicanti oltre il periodo*

alcuni dei possibili vizi dell'atto amministrativo (con esclusione di quelli più gravi) e non implicante gli aspetti di tutela civilistica (in particolare, il diritto ad un congruo indennizzo) e penalistica della vicenda in esame¹⁷⁷.

In conseguenza di quanto premesso, la Corte passò ad esaminare le censure sollevate contro la costituzionalità della disposizione sottoposta al suo giudizio.

La questione più delicata riguardava la presunta violazione degli artt. «24, secondo comma, il quale solennemente proclama che la difesa è diritto inviolabile, e l'art. 113, primo comma, che ne costituisce sostanzialmente specifica applicazione, secondo cui contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi»¹⁷⁸. Sul punto, il giudice costituzionale, precisata la necessità di rigorosa applicazione dei suddetti principi a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari, ne chiarì l'esatta portata specificando che «ciò non significa che il cit. art. 113, interpretato nel suo complesso, intenda assicurare in ogni caso contro l'atto amministrativo una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile, essendo invece rimesso al legislatore ordinario, per l'esplicito disposto del terzo comma, di regolare i modi e l'efficacia di detta tutela (cfr. sent. nn. 87 del 1962, 161 del 1971)».

considerato e, in particolare, non è riferibile alle ordinanze emanate bensì tra il 23 novembre 1980 e il 31 ottobre 1981, ma dirette a produrre conseguenze permanenti o definitive».

¹⁷⁷ Cfr. Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 4. Considerato in diritto, in cui si legge: «Sotto altro profilo, la ricordata giurisprudenza ha rilevato come il legislatore abbia inteso operare nel pieno rispetto dei precetti costituzionali, sicché la norma stessa va interpretata al lume e secondo il contenuto di essi, fra i quali, trattandosi di requisizioni, assume particolare rilievo quello dettato dall'art. 42, secondo comma, sulla tutela della proprietà privata. Per di più, sempre secondo detta giurisprudenza, la disposizione in esame non comprende atti che importino violazione "dei principi fondamentali e inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici": del che è stata fatta applicazione in una delle fattispecie concrete esaminate, nella quale il giudice amministrativo ha pronunciato l'annullamento di un'ordinanza di requisizione, perché priva del termine finale. Occorre ancora aggiungere che la norma si riferisce agli atti viziati da "incompetenza", sicché la c.d. sanatoria non comprende i casi in cui il vizio è talmente grave da risolversi nel difetto di attribuzione, il quale si verifica non soltanto in caso di invasione della sfera di competenza di un altro Potere, ma anche in quello dell'esercizio di una potestà amministrativa non spettante al complesso organizzativo in cui l'autorità procedente è inserita. Va osservato infine che la norma stessa, concernendo soltanto la legittimità amministrativa dell'atto, non menoma affatto la tutela civilistica prevista in via generale dall'ordinamento, sicché la persona la quale ha subito la requisizione conserva inalterato il diritto al congruo indennizzo, il quale, com'è *ius receptum*, deve corrispondere a un serio ristoro del nocumento subito. Da quanto sin qui detto discende chiaramente come la norma de qua non operi per tutte le cause di illegittimità, ma soltanto nel circoscritto ambito superiormente delimitato con l'implicita ovvia esclusione, espressamente indicata anche nei lavori preparatori (vedasi la Relazione sulla legge impugnata), dei fatti penalmente illeciti».

¹⁷⁸ Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 5. Considerato in diritto.

Tale “flessibilità” del principio secondo la Corte deve essere accompagnata dalla ragionevolezza e dall’adeguatezza, in quanto «è indispensabile, però, affinché il ricordato precetto costituzionale possa dirsi rispettato, che la norma, la quale si discosti dal modello accolto in via generale per l’impugnazione degli atti amministrativi, sia improntata a ragionevolezza e adeguatezza. Da tale principio non si può prescindere neppure nei casi di pubbliche calamità, che non possono mai giustificare l’inosservanza dei precetti costituzionali: ciò importa, tra l’altro, che ai sensi dei citt. artt. 24 e 113 Cost., va assicurata al privato contro gli atti della pubblica amministrazione una tutela la quale, per quanto variamente strutturata in relazione all’eccezionalità degli avvenimenti, sia pur sempre idonea a fornire una congrua garanzia, indefettibile in uno Stato di diritto, contro abusi ed eccessi. Il problema presenta aspetti di particolare delicatezza quando, come nella specie, la legge eccezionale interviene ex post, ossia concerne atti già adottati dalla pubblica autorità. Qui, invero, il controllo di costituzionalità della norma (c.d. di sanatoria) deve essere effettuato con maggior rigore, in quanto, pur non potendosi negare in linea di principio la possibilità di un siffatto intervento legislativo, è pur sempre necessario che esso sia strettamente collegato alle specifiche peculiarità del caso, tali da escludere che possa risultare arbitraria la sostituzione della disciplina generale - originariamente applicabile - con quella eccezionale successivamente emanata: la quale, per intuitive ragioni logiche, non può non essere più restrittiva».

Detto ciò, secondo la Consulta nel caso di specie erano stati rispettati i citati principi di ragionevolezza ed adeguatezza, giustificando così la legittimità costituzionale della norma in esame, la quale non poteva, perciò, dirsi in contrasto con i precetti degli artt. 24 e 113 Cost.

In particolare, a sostegno dell’assunto, la Corte rilevò, da un lato, che «la considerazione che i provvedimenti de quibus sono soltanto quelli adottati in via di estrema urgenza nell’immediatezza dei due movimenti tellurici e diretti a soddisfare, con effetti temporali limitati alla fase più acuta dell’emergenza, le più elementari esigenze di sussistenza dei cittadini colpiti dal disastro (nei casi in esame: assicurare un tetto a chi ne era rimasto sfornito); ed è quindi comprensibile che la gravissima, indifferibile necessità di realizzare lo scopo possa avere indotto a qualche irregolarità nella scelta degli strumenti giuridici»; dall’altro, rilevò che la tutela giurisdizionale era comunque garantita rispetto agli elementi fondamentali dell’atto della pubblica amministrazione, in quanto

“il giudice amministrativo dovrà accertare nel giudizio principale: a) la sussistenza dell'attribuzione del potere di emettere i provvedimenti adottati; b) l'effettiva, reale coincidenza tra lo scopo tipico dell'atto (concernente l'opera di soccorso nei confronti delle persone rimaste senza tetto) e il suo concreto contenuto; c) il rispetto della proprietà privata secondo il disposto dell'art. 42, secondo comma, Cost.; d) l'insussistenza di un contrasto con i profili essenziali dei principali istituti giuridici, rimanendo in ogni caso ferma l'eventuale illiceità penale (nei lavori preparatori si parla appunto di vizi "formali").

Anche in questo caso, dunque, la pronuncia rimanda ad un giudizio di ragionevolezza «e, per questa via, mostra di voler applicare alle ordinanze contingibili ed urgenti le ordinarie categorie del bilanciamento dei valori costituzionali. La limitazione delle posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, infatti, è considerata dalla Corte frutto del dimensionamento contenutistico che il diritto subisce in concreto, per effetto della situazione di emergenza, a fronte di altre istanze ugualmente dotate di rilievo costituzionale»¹⁷⁹.

La pronuncia del 1987, inoltre, offriva uno spunto in ordine ai criteri a cui collegare il giudizio di bilanciamento e di ragionevolezza in relazione al potere di ordinanza, implicitamente richiamandosi all'adeguatezza dell'ordinanza alle dimensioni territoriali e temporali della situazione di fatto come criterio di valutazione dell'efficacia non innovativa, ma meramente derogatoria dell'atto emergenziale¹⁸⁰.

Lo spunto in discorso fu esplicitamente sviluppato con la successiva sentenza n. 201 del 1987, ove si ammetteva che le ordinanze extra ordinem (di protezione civile¹⁸¹, assieme alle ordinanze ex art. 2 T.u.l.p.s o ex art. 20 t.u.e.l.), potevano anche derogare alla legge, ma in presenza di alcune condizioni, ossia «1) che le ordinanze si fondino su una “specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto

¹⁷⁹ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 337.

¹⁸⁰ Sul punto, cfr. A. CARDONE, op. e loc. ult. cit., nota che «la Consulta fa di esso implicitamente uso per la prima volta proprio nella sentenza n. 100 del 1987, laddove (...) la limitazione temporale della sanatoria viene considerata prova in grado di “escludere che possa risultare arbitraria la sostituzione della disciplina generale – originariamente applicabile – con quella eccezionale successivamente emanata”».

¹⁸¹ Nello specifico alcune regioni lamentavano – con ricorsi in via principale nonché per conflitto di attribuzioni – la lesione delle proprie competenze attraverso le ordinanze del ministro per il Coordinamento della Protezione civile, emanate in forza dei poteri attribuitigli dal D.L. 12 novembre 1982 n. 829, conv., con modificazioni, dalla l. 23 dicembre 1982, n. 938, in materia di inquinamento e tutela della salute pubblica.

dell'atto ... indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata"; 2) che abbiano efficacia derogatoria e non abrogativa o modificativa della normativa primaria; 3) che rispettino il limite delle riserve di legge, assolute o relative, secondo la graduazione teorizzata nella sentenza n.26/1961; 4) che siano adeguate al fatto»¹⁸².

Per la Corte, "l'esercizio, da parte delle autorità amministrative, di potestà derogatorie rispetto alla normazione primaria presuppone una specifica autorizzazione legislativa, che indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata; inoltre il contenuto delle disposizioni derogatorie deve rispettare le garanzie costituzionali e non invadere la riserva assoluta di legge; se le disposizioni derogatorie sono estese ad una generalità di soggetti e a una serie di casi possibili, devono essere adeguate alle dimensioni territoriali e temporali della situazione di fatto da fronteggiare.(...) Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate, in via principale, nei confronti di ordinanze del ministro per il coordinamento della protezione civile in tema di rifiuti tossici e nocivi; il fatto che taglio ordinanze abbiano valore derogatorio di norme primarie non toglie infatti che esse costituiscano atto amministrativo e non legislativo";

Pertanto, si affermava che, nonostante la natura amministrativa delle ordinanze in esame vi erano dei casi (d'urgenza) in cui la legge consentiva, in via d'eccezione, di derogare alla legge. Una natura questa che accomuna tutte le ordinanze "libere" con finalità normative poiché "nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria (...) per motivi di necessità/urgenza (diverse, come è ovvio, sono le ipotesi di cui agli artt. 78 e 77 Cost.)", la legge può individuare singole ipotesi di ordinanze normative, che però dovranno essere soggette ai medesimi principi individuati dalla Corte Costituzionale.

La Corte assimila le ordinanze del Ministro per il coordinamento della protezione civile alle altre ordinanze contingibili ed urgenti emesse da autorità amministrative.

¹⁸² G. MARAZZITA, *L'emergenza*, cit., 440.

“L’emergenza, venendo a combaciare con l’urgente necessità, sarebbe pilotata sul binario di categorie consolidate nel diritto pubblico”¹⁸³.

Di fatto l’analogia si incentra, per la Corte sul carattere della provvisorietà, che nel caso delle ordinanze di protezione civile non discenderebbe dal rapporto con i mezzi giuridici tipici (come nel caso delle ordinanze contingibili e urgenti) ma deriverebbe dall’intrinseca provvisorietà di emergenza, quale si manifesta in fatto.

Ebbene, con la sentenza 201 del 1987 la Corte parrebbe abbandonare l’orientamento giurisprudenziale che aveva fatto dell’emergenza una generica esimente da vizi di incostituzionalità, dai confini fin troppo sfumati ed evanescenti, “il trapasso dal linguaggio dell’emergenza parrebbe semmai indicare un avanzamento della riflessione (...) sui poteri di urgente necessità e sui cambiamenti a cui essi vanno in incontro nell’odierna organizzazione costituzionale: “un’organizzazione costituzionale in cui, (...) sembra mano a mano accorciarsi il divario tra gli equilibri del sistema di normazione pubblicistico e l’effettività dei rapporti sociali”¹⁸⁴.

2.5 La sentenza della Corte Costituzionale n. 127 del 14 aprile 1995

Le considerazioni esposte dalla Corte nella sentenza n. 201 del 1987 venivano ulteriormente riprese e ribadite nella sentenza del 14.4.1995, n. 127, in occasione della riforma organica dell’ordinamento della protezione civile introdotta dalla l. 24 febbraio 1992, n. 225.

Prima di esaminare la sentenza de qua occorre porre l’attenzione sulla normativa citata, la quale «rappresenta senz’altro il tentativo più ambizioso – ancorché quello tutt’ora più controverso e discusso – di riportare al modello costituzionale, razionalizzandola alla luce dei principi e criteri enunziati dalla giurisprudenza costituzionale e comune, la prassi delle procedure d’intervento in caso di eventi eccezionali»¹⁸⁵.

¹⁸³ Cfr. V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte ci Ripensa?* in le Regioni, 1987, n. 6, 1579. ss.

¹⁸⁴ Cfr. V. ANGIOLINI, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte ci Ripensa?* in le Regioni, 1987, n. 6, 1571 ss.

¹⁸⁵ S. AGOSTA, *Il potere di ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in M. CARTABIA-E. LAMARQUE- P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, p. 197 e ss. In termini analoghi, già quindici anni prima, a testimonianza dei perduranti problemi di inquadramento nel sistema costituzionale che pongono i poteri di ordinanza *extra ordinem*, G.U. RESCIGNO,

L'art. 1, comma 1, della legge n. 225 del 1992 introduce le finalità a cui era volta l'istituzione del Servizio nazionale di protezione civile: la 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 e da altri eventi calamitosi. I commi 2 e 3, invece, individuavano nel Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega, nel Ministro per il coordinamento della protezione civile gli organi a cui erano attribuiti la promozione e il coordinamento delle attività di tutte le amministrazioni pubbliche funzionalizzate alle finalità di protezione civile. Il successivo art. 2 introdusse, poi, una suddivisione degli eventi giustificanti l'intervento del servizio di protezione civile, distinguendoli in tre categorie: a) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria; c) calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari.

Proprio in relazione a tali di eventi, l'art. 5 (rubricato "Stato di emergenza e potere di ordinanza") prevede la possibilità di emanare ordinanze emergenziali in deroga alla legge. In particolare, il comma 1 del citato articolo prevede che «al verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, lett. c), il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del Ministro per il coordinamento della protezione civile, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi. Con le medesime modalità si procede alla eventuale revoca dello stato di emergenza al venir meno dei relativi presupposti».

Il comma 2 dell'art. 5 dispone, che «per l'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione di cui al comma 1, si provvede (...) anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico», con l'ulteriore vincolo contenutistico di cui al comma 5, a tenore del quale «le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti devono contenere

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 Giurisprudenza Costituzionale, 1995, p. 2185 e ss.

l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate». Pertanto, la dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri costituisce il presupposto per l'attivazione del potere di ordinanza extra ordinem.

Sul punto, parte della dottrina accoglieva con favore tale normativa poiché distingue «sul piano anche esteriore e giuridico, tra dichiarazione del presupposto e ordinanze che, a causa del presupposto, fronteggiano la situazione di emergenza»¹⁸⁶ imponendo anzitutto «all'autorità di esaminare separatamente i due momenti, quello dell'accertamento dello stato di emergenza e quello dell'adozione delle misure necessarie per fronteggiare tale stato una volta accertato; poi consente agli interessati di difendersi più ordinatamente, ora aggredendo la dichiarazione (perché ad es. non conforme ai fatti), ora le ordinanze conseguenti; in terzo luogo, la distinzione aiuta anche i giudici nella loro opera di controllo»¹⁸⁷.

Al contrario, altra tra parte della dottrina, criticava la citata normativa poiché le generali previsioni contenute nell'art. 5, a loro dire, offrivano spazio a delicate questioni interpretative¹⁸⁸. Infatti, innanzitutto, secondo la citata dottrina, con riferimento all'instaurazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri, non era specificata la natura, dichiarativa o costitutiva, ed i conseguenti effetti, atteso il contraddittorio utilizzo del verbo «delibera», di cui al comma 1 dell'art. 5, e del sostantivo «dichiarazione», di cui al successivo comma 2, entrambi riferiti alla suddetta determinazione del Consiglio dei Ministri sullo stato di emergenza.

La differenza è importante, poiché «nel primo caso, il provvedimento consiliare assume una mera funzione ricognitiva e certificativa del ricorrere di alcuni presupposti di fatto, che da soli legittimano l'attivazione del potere di ordinanza. Nel secondo, invece, la deliberazione del Consiglio dei Ministri assume la diversa e più pregnante funzione di qualificare la situazione di fatto ai fini della costituzione degli effetti che l'ordinamento ad essa riconnette»¹⁸⁹.

¹⁸⁶ 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*, cit., p. 2191.

¹⁸⁷ G.U. RESCIGNO, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁸⁸ Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 176 e ss.

¹⁸⁹ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 177.

La dottrina proponente propendeva per la natura costitutiva dell'atto con cui il Consiglio dei Ministri delibera lo stato d'emergenza poiché l'art. 5, comma 1, nella sua formulazione «affida al Consiglio dei Ministri il compito di deliberare lo stato di emergenza “determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi” [corsivo dell'A.], lasciando intendere che l'adozione dell'atto impone la qualificazione dell'evento calamitoso in ordine alla necessità di fronteggiarlo mediante l'attivazione del potere di necessità e urgenza»¹⁹⁰. Inoltre, per quanto concerne gli effetti di predetta dichiarazione “Lo stato di emergenza, infatti, abilita il Governo ad incidere, attraverso le ordinanze contingibili e urgenti, non solo su quel qualificante aspetto dell'ordinamento costituzionale che è rappresentato dal principio di legalità, ma anche a comprimere (...) i diritti fondamentali e gli ambiti di autonomia costituzionalmente riconosciuti agli enti territoriali”¹⁹¹. Pertanto, la deliberazione dello stato di emergenza implica necessariamente una “valutazione sull'esistenza di una situazione tale da rendere necessaria una così profonda alterazione del sistema costituzionale”¹⁹², che sia frutto di “un processo di interpretazione della costituzionalità complessiva dell'ordinamento, teso ad accertare l'esistenza di una condizione emergenziale che (...) giustifichi la compressione degli stessi spazi di autonomia e libertà garantiti dalla Costituzione”¹⁹³.

In definitiva, concludeva la dottrina in discorso, “poiché (...) l'elemento centrale della qualificazione giuridica della situazione emergenziale risiede in un'operazione di ermeneutica costituzionale, il Governo, nell'effettuare il controllo sull'esistenza dei presupposti per l'attivazione del potere extra ordinem, non fa altro che farsi interprete – tra i vari possibili, in regime di costituzione pluralista – del suo modo di intendere la costituzionalità complessiva dell'ordinamento. La deliberazione dello stato di emergenza è, dunque, un atto politico nel senso più alto del termine, in quanto preordinato all'instaurazione di uno specifico modo di concepire e perseguire l'interesse

¹⁹⁰ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, pp. 177-178.

¹⁹¹ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 178

¹⁹² A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*, il quale prosegue precisando che «*poiché lo stato d'eccezione che la deliberazione dell'emergenza determina ha natura conservativa, non essendo preordinato all'instaurazione di un diverso ordine costituzionale, ma necessitato dalla difesa di quello esistente, ne deriva che le condizioni giuridiche per la sua ammissibilità devono essere rinvenute all'interno dell'ordinamento costituzionale*»

¹⁹³ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, pp. 178-179.

spersonalizzato alla conservazione dell'ordinamento costituzionale nelle situazioni emergenziali”¹⁹⁴.

Fatta questa breve premessa, passiamo all'analisi della sentenza n. 127 del 1995, avente ad oggetto il citato art. 5 della l. 225/1992. In particolare, decideva su un conflitto di attribuzioni sollevato dalla regione Puglia nei confronti dello Stato.

La pronuncia è di rilevante interesse non solo per l'ampio dibattito che suscitò (nuovamente) in dottrina¹⁹⁵ rispetto al potere emergenziale, ma anche perché oltre ad analizzare i principi che trovano applicazione in tema di ordinanza sembra ulteriormente specificarli, facendo un concreto esercizio di scrutinio sulle ordinanze oggetto di censura che in parte vengono annullate dalla Corte Costituzionale.

La sentenza de qua veniva occasionata dal ricorso presentato dalla Regione Puglia per conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri in relazione al decreto, emanato dallo stesso Presidente del Consiglio l'8 novembre 1994, con il quale il Governo dichiarava lo stato di emergenza ambientale nella Regione Puglia dal 27 ottobre 1994 al 31 dicembre 1995; e in relazione all'ordinanza emessa in pari data (Immediati interventi per fronteggiare lo stato di emergenza socio-economico-ambientale determinatosi nella Regione Puglia) che delega il Prefetto di Bari a predisporre il programma degli interventi.

In subordine, la Regione chiedeva che la Corte “sollevi innanzi a sè questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge n. 225 del 1992, con riguardo all'art. 97 della Costituzione; dell'art. 5, comma 2, della citata legge, per contrasto con gli artt. 1, 5, 11, 70, 76, 77, 117, 118 e 119 della Costituzione; e, ancora, degli artt. 3, comma 5, e 5, comma 1, della legge n. 225, in riferimento all'art. 97, agli artt. 5, 11, 117, 118 e 119 e agli artt. 1, 70, 76 e 77 della Costituzione”.

La Regione Puglia denunciava, innanzitutto, l'illegittimità del precitato decreto, per invasione delle sue attribuzioni protette dagli artt. 117, 118 e 119 della Costituzione, e per violazione e falsa applicazione dell'art. 2, lett. c), della legge n. 225 del 1992, non

¹⁹⁴ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 179.

¹⁹⁵ Critico sull'esito di tale pronuncia 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.*, 1995, pp. 2185 ss., per il quale la regione avrebbe dovuto chiedere in via preliminare l'incostituzionalità del potere di ordinanza come disciplinato dalla l. n. 225 e la Corte avrebbe dovuto accogliere tale richiesta di incostituzionalità, per l'ampiezza e l'indeterminatezza del potere amministrativo/normativo.

essendovi i presupposti per l'adozione del provvedimento. Non ricorreva, a suo avviso, la calamità naturale o catastrofe, di cui alla lettera c), dal momento che vi era stato solo un pericolo di contagio; nè ricorre l'ipotesi residuale degli <altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari> poiché nel territorio pugliese non si era sviluppata una vera e propria epidemia colerica, ma soltanto un pericolo di contagio dovuto a carenze strutturali di tipo endemico.

Secondo la Regione, il Governo avrebbe dovuto conferire alla stessa mezzi adeguati a fronteggiare la situazione di emergenza, per avviare una politica coordinata di risanamento del territorio, e non impiegare poteri straordinari. La situazione non rientrava, certo, nella fattispecie di cui alla lettera c) dell'art. 2, ma in quella prevista dalla lettera b) del medesimo articolo, in cui si parla di eventi che postulano l'intervento coordinato degli enti o amministrazioni competenti in via ordinaria. Non si sarebbe così espropriata la Regione delle attribuzioni garantite dagli artt. 117, 118 e 119 della Costituzione.

Orbene, la Corte confermava la legittimità dell'impianto e la complessiva opportunità dello stesso all'interno dell'ordinamento costituzionale enunciando il seguente principio: "Spetta allo Stato, e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri, ricorrere allo stato di emergenza a norma dell'art. 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, in ordine alla situazione socio- economico-ambientale determinatasi nella Regione Puglia, sulla base degli elementi evidenziati dai competenti organi statali e regionali. (...) non spetta allo Stato, e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri, introdurre prescrizioni per fronteggiare detto stato di emergenza che conferiscano ad organi amministrativi poteri di ordinanza non adeguatamente circoscritti nell'oggetto, tali da derogare a settori di normazione primaria richiamati in termini assolutamente generici, e a leggi fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale, senza prevedere, inoltre, l'intesa per la programmazione generale degli interventi; conseguentemente, annulla l'art. 1 dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri 8 novembre 1994, nella parte in cui non prevede l'intesa con la Regione per quanto attiene alla predisposizione, da parte del Commissario delegato, del programma degli interventi".

Nelle prime considerazioni in diritto la Corte riconsiderava la legittimità costituzionale della norma attributiva del potere di ordinanza e, confermando la propria giurisprudenza,

definiva ulteriormente i requisiti capaci di armonizzare la competenza straordinaria con il sistema costituzionale.

Di particolare interesse della sentenza in esame è il punto 2 delle considerazioni in diritto, in cui si affermava la legittimità costituzionale della legge n. 225/92 e segnatamente dell'art. 2.

Sul punto la Corte, specificava i limiti a cui devono attenersi le ordinanze in esame: a) il potere di deroga ha carattere eccezionale, sulla base di specifica autorizzazione legislativa; b) sono ammesse deroghe limitate nel tempo e non abrogazioni o modifiche delle norme vigenti; c) i poteri devono essere ben definiti dalla legge per quanto riguarda il contenuto, i tempi e le modalità di esercizio; d) le ordinanze non possono incidere su settori indicati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la provvisoria sospensione; e) ci deve essere proporzionalità fra la portata dell'evento cui fare fronte e il contenuto dei provvedimenti; f) l'emergenza non potrebbe ledere l'autonomia regionale, garantita dalla Costituzione, in quanto il richiamo al raggiungimento di un fine di interesse generale, non specifica di per sé, il sacrificio di una sfera di interessi garantiti.

Nel confermare la legittimità delle ordinanze, affermava che “La legge n. 225 si fa carico di siffatte esigenze, delimitando lo stato d'emergenza con riguardo alla <qualità e natura degli eventi> (art. 5, comma 1): in ciò segue l'insegnamento di questa Corte sulla necessaria proporzione tra <evento> e <misure> (sentt. nn. 201 e 100 del 1987, 4 del 1977). La legge stabilisce la partecipazione della Regione all'organizzazione e all'attuazione delle attività di protezione civile (art. 12, richiamato dall'art. 5, sullo stato di emergenza e il potere di ordinanza); e si preoccupa, poi, di fissare precisi limiti, di tempo e di contenuto, all'attività dei commissari delegati (come questa Corte ha affermato, vagliando la legittimità costituzionale della legge n. 225, nella sentenza n. 418 del 1992, considerato in diritto, n. 5)”. Alla luce del principio di proporzionalità, la Corte, molto brevemente, sosteneva che affinché le misure sono legittime è necessario che le stesse siano proporzionali rispetto alla situazione da fronteggiare. In conseguenza di ciò, il Giudice delle leggi evidenziava l'esistenza “di un rapporto di proporzionalità tra la portata dell'evento cui far fronte e il contenuto dei provvedimenti: tra le misure adottate e la qualità e la natura degli eventi deve sussistere un nesso di congruità e proporzionalità”.

Ancora, viene apprezzato lo sforzo fatto dal legislatore all'art. 5, comma 5, nella parte in cui ha imposto che le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti contenessero l'indicazione delle principali norme a cui si intendesse derogare nonché l'espresso dovere di motivare il provvedimento.

In ogni caso, il Giudice delle leggi afferma: «Nell'ipotesi di dubbi applicativi, la legge sulla protezione civile deve essere comunque interpretata *secundum ordinem* in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti, riconducendo l'attività del commissario delegato e il potere di ordinanza ai principi già richiamati».

Ciò chiarito, in continuità con la sua precedente giurisprudenza, la Corte procedeva alla verifica del rispetto dei citati limiti, annullando tutte quelle che non individuavano puntualmente le deroghe alle fonti primarie, prevedendo invece generici elenchi di fonti derogabili.

La sentenza de qua rappresenta un punto di arrivo di una evoluzione quarantennale che ha ritenuto conforme alla legge fondamentale il potere di ordinanza, nella quale, con qualche correttivo, si definisce lo «statuto»¹⁹⁶ delle ordinanze normative attuabile da qualsiasi giudice amministrativo.

Ed infatti, successivamente, anche i Giudici di Palazzo Spada richiamando il principio di proporzionalità stabilivano che il citato principio “di cui si fa applicazione in materia di ordinanze di necessità ed urgenza, rientra tra i principi generali dell'ordinamento ed implica che la Pubblica Amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti. Di conseguenza le autorità amministrative non possano imporre con atti amministrativi straordinari obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria alla tutela del pubblico interesse che l'autorità è tenuta a perseguire, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da realizzare, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile”¹⁹⁷.

Un modello che stessa la Corte Costituzionale sembra aver ripreso e applicato con la sent. 7 aprile 2011, n. 115, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 54, comma 4, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, con riferimento al potere di ordinanza del sindaco.

¹⁹⁶ E. C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, pagg. 60 ss.

¹⁹⁷ Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, cit.

Con la sentenza de qua, i Giudici delle leggi furono chiamati a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 54 del decreto legislativo n. 267 del 2000, come sostituito dall'art. 6 del D.L. n. 92/2008, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della L. n. 125/2008, in particolare per la presenza della congiunzione “anche”, prima delle parole “contingibili e urgenti”.

L'art. 54 stabiliva 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”. Tale disposizione normativa intendeva conferire uno strumento in più al sindaco, in qualità di ufficiale del Governo e, dunque, sotto la direzione e l'indirizzo del Prefetto e del Governo.

La controversia era originata da un'ordinanza sindacale (n. 91 del 19/11/2009), emessa dal primo cittadino di Selvazzano Dentro (Padova), che vietava, nel territorio comunale, l'accattonaggio, anche non molesto. Con Ordinanza n. 160/100, il Tribunale Amministrativo Veneto, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'ordinanza, sospendeva il provvedimento del Sindaco e rimetteva la questione alla Corte Costituzionale, in quanto riteneva l'art. 54 in contrasto con i precetti costituzionali.

Orbene, la Corte, preliminarmente, nel dichiarare l'illegittimità di tale articolo, nella parte in cui comprende la locuzione “anche” prima delle parole “contingibili ed urgenti”, operava una distinzione tra ordinanze ordinarie ed ordinanze “contingibili e urgenti”: le prime non possono derogare norme giuridiche, le seconde possono, invece, rifarsi anche ai soli principi generali dell'ordinamento giuridico, proprio perché legate a situazioni eccezionali. Nel caso di specie, veniva chiarito come l'ordinanza sindacale sull'accattonaggio non fosse quella “contingibile e urgente”, *praeter* o *contra legem*, poiché tali ordinanze possono essere solo espressamente previste dalla legge, motivate e il loro ambito di normazione può essere esclusivamente limitato al tempo in cui dura l'emergenza. Pertanto, la congiunzione si rifarebbe alle sole ordinanze sindacali di ordinaria amministrazione, il cui potere normativo non può derogare a “leggi o regolamenti vigenti”.

Per il secondo punto, riguardante la discrezionalità del sindaco, la Corte si chiede se sia legittimo attribuire all'amministrazione un potere, se non in deroga alla legge, comunque normativo ordinario quale “esercizio di una discrezionalità praticamente senza

alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell'esigenza di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana".

Sul punto la Corte stabiliva che il potere amministrativo del sindaco è conferito secondo il principio di legalità sostanziale: "l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto"¹⁹⁸. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982)". Secondo il Giudice delle leggi "non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa".

Pertanto, se l'ordinanza incide, come in questo caso, sulla libertà dei singoli, deve rispettare l'art. 23 della Costituzione che recita "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

Il terzo punto, su cui si esprimeva la Corte, si basava sul principio della imparzialità della pubblica amministrazione sancito all'art. 97 della Costituzione, che introduce un'altra riserva relativa per evitare il verificarsi di discriminazioni all'interno del territorio dello Stato dovute, appunto, ad una libertà eccessiva degli organi amministrativi. In questo caso l'art. 97 era violato poiché l'art. 54 del d.lgs. n. 267/2000 introduceva solo dei limiti finalistici, senza garantire ab initio l'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

A conclusione delle motivazioni citate la Corte dichiarava l'incostituzionalità di tale potere affermando la violazione dei principi richiamati dal Giudice amministrativo.

¹⁹⁸ Sulla nozione di "Stato di diritto" si vedano A. BARATTA, *Stato di diritto*, in A. NEGRI (a cura di), *Enciclopedia Feltrinelli – Fisher*, Milano, 1970, 509-523; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1975, 140 ss.; F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 808 ss.; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1979, 68; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 1992, 20 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2008, 895 ss.

In sostanza, la giurisprudenza costituzionale nel corso degli anni ha elaborato un insieme di limiti al potere in esame, quali il rispetto dei principi dell'ordinamento, la proporzionalità tra evento e misura adottata, il carattere meramente provvisorio delle ordinanze, la capacità solo derogatoria, anziché abrogativa o modificativa, delle norme di legge, l'indicazione adeguata dei settori dell'ordinamento derogati e la strumentalità della deroga alla soluzione della emergenza¹⁹⁹.

3. Dalla costituzionalità all'incostituzionalità delle ordinanze emergenziali: le contrapposte tesi in dottrina.

Nei paragrafi che precedono si è posta l'attenzione sull'ampio dibattito, giurisprudenziale e dottrinale, in merito alla legittimità delle ordinanze extra ordinem in epoca statutaria, problema poi accentuatosi nell'ordinamento repubblicano della Costituzione del 1948, potendosi oggi distinguere una pluralità di posizioni contrapposte sul punto. In particolare, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana sono stati sollevati dubbi sulla legittimità di poteri riconosciuti ad autorità amministrative, quali il Prefetto, il Sindaco circa l'adozione di provvedimenti di carattere straordinario, nei casi di urgenza; oltre che dubbi con l'intero impianto costituzionale²⁰⁰.

L'attenzione della dottrina (e della giurisprudenza costituzionale) si è posta da prima sul citato art. 2 delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con r.D.L. 18 giugno 1931 n. 773, rappresentando questo il primo tentativo di cristallizzazione del potere in esame in epoca fascista.

Come evidenziato la norma (e in generale il potere di ordinanza) è stata oggetto di frequenti esami (soprattutto dopo l'entrata in vigore della Costituzione) sotto i due principali profili della compatibilità della norma con i principi informatori del nuovo ordinamento costituzionale e della natura giuridica del provvedimento prefettizio.

Il problema si pone poiché, a differenza dell'ordinamento pre-repubblicano, in cui era consentito alla pubblica amministrazione adottare tutti quegli atti che non le fossero esplicitamente vietati, nel sistema vigente i poteri dell'amministrazione devono essere

¹⁹⁹ C. MARZUOLI., *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 12 ss.

²⁰⁰ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, p. 424; nello stesso senso 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*, cit., pp. 2185 ss.

vincolati in modo intrinseco dalla legge. Conseguentemente le ordinanze emergenziali oggi spingono parte della dottrina ad una scrupolosa verifica circa la costituzionalità delle norme attributive.

Tra le diverse tesi contrapposte, vi è chi²⁰¹ ha sostenuto che le ordinanze in esame hanno natura di “ordinanze libere”, includendo in detta categoria tutti i provvedimenti di autorità amministrative capaci di introdurre (per espressa disposizione legislativa) una disciplina derogatoria rispetto all’ordine normativo risultante dalle fonti legislative, considerandole quali fonti del diritto quando contengono statuizioni generali ed astratte. Negli altri casi sono individuate come provvedimenti amministrativi²⁰².

La dottrina in esame, nell’attribuire natura sostanzialmente normativa al provvedimento prefettizio, lo ha considerato, per tale ragione, incompatibile con l’ordinamento costituzionale ed in particolare con la rigorosa determinazione delle competenze in tema di produzione legislativa da essa cristallizzata²⁰³.

Anche dopo le citate sentenze della Corte Costituzionale - le quali chiariscono i termini di costituzionalità dell’art. 2 T.U.L.P.S. (e in generale delle ordinanze emergenziali) - non

²⁰¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovane, 1969, 67 ss; G. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, I, 388; Id., *Le ordinanze dispositive della proprietà privata*, in *Giur. it.*, 1950, III, 65; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, in *Amm. it.*, 1954, 359; G.E. LONGO, *Ordinanza prefettizia di necessità e art. 650 cod. pen.*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1953, 2, 133; VACCARO, *Le norme costituzionali sulla produzione giuridica e le ordinanze di necessità del Prefetto*, in *Foro pad.*, 1953, IV, 73; C. VITTA *Diritto amministrativo*, Torino 1954, I, 80.

²⁰² Di segno contrario era Bartolomei, secondo il quale la teoria delle “ordinanze libere” risulta sensibilizzata da una concezione panpositivistica del diritto. “*Ciò che non è statuito e, quindi, prevista dalla norma attributiva del potere, sfuggirebbe ad essere individuato e classificato. È vero che il diritto è istitutivo, ma a questo significato se ne aggiungano anche altri, da cui non si può prescindere se si vuole pervenire ad un concetto storico giuridico di positività. Secondo la comprensione che la scienza giuridica ha della positività del diritto, quest’ultima è, al tempo stesso dogmatizzata, cioè statuita sulla base di se stessa. Ciò, evidentemente, non può soddisfare il giurista, il quale cerchi costantemente di non perdere di vista i processi fattuali riscontrabili nella realtà del vivere quotidiano e, in definitiva, riconducibile alla normazione, o, forse, meglio, alla normatività dell’ordinamento positivo. Ciò tanto più va affermato, allorché il discorso sulla normazione implica ed investe il problema della compiutezza dell’ordinamento giuridico, come da alcuni autori e dalla costante giurisprudenza amministrativa si ritiene a proposito delle ordinanze di necessità*”.

²⁰³ Cfr. A. SANTONI RAGIU, *Il nuovo diritto costituzionale*, Roma, 1948, 100; C. MORATI, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1949, 307; G. SOLAZZI, *I decreti – legge*, in *Commentario sistematico della Costituzione*, Firenze 1950, II, 112, n. 4; VACCARO, *Le norme costituzionali sulla produzione giuridica e le ordinanze di necessità del Prefetto*, in *Foro pad.*, 1953, IV, 73.

sono mancate tesi volte a considerare, in generale, le ordinanze emergenziali, o per meglio, le fonti che le prevedono incostituzionali²⁰⁴.

Giuseppe Mazzarita discute di una vera e propria “antinomia fra il potere “libero” di ordinanza e il sistema costituzionale”. Soprattutto a seguito della massiccia diffusione nel tessuto normativo delle ordinanze di protezione civile e per grandi eventi, si è posta l’attenzione al problema della legittimità costituzionale della norma attributiva della competenza (tesi radicale)²⁰⁵ ma soprattutto a quello della legittimità del suo esercizio e cioè delle singole ordinanze (tesi mediana)²⁰⁶.

G. Mazzarita pone l’attenzione sull’esame delle norme primarie attributive del potere in esame, le quali sarebbero in acuta antinomia con le disposizioni costituzionali in tema di decretazione d’urgenza, di forza di legge e forma di governo.

La conclusione radicale, (la quale riguarda solamente la competenza amministrativa che, in nome della necessità, è abilitata a superare la forza di legge in assenza di una vincolante predeterminazione da parte della norma primaria attributiva del potere) 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.

²⁰⁴ Tra gli studi monografici si vedano L. Degli Occhi, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico e le ordinanze d’urgenza*, cit., L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, cit., U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, cit., F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, cit., V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, G. RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell’emergenza*, cit., e M. BROCCA, *L’altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012.

²⁰⁵F. 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».

²⁰⁶ 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.; 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.

L'art. 77 della Costituzione individuerrebbe già una disciplina costituzionale dell'urgenza emergenziale, prevenendo in ogni caso l'intervento del Parlamento in fase preventiva di autorizzazione o successiva di conferma con la conversione. La ratio della norma sarebbe proprio quella di escludere che nelle situazioni di emergenza possano verificarsi sovvertimenti del sistema delle fonti e, per l'effetto, della forma di Governo. Pertanto, l'art. 77 Cost, nel più generale quadro dei rapporti tra poteri dello Stato, non lascerebbe spazio ad altri istituti previsti dalla legge²⁰⁷.

La seconda ragione di contrasto fra le norme attributive del potere "libero" di ordinanza e la Costituzione starebbe nella lesione della "forza" della legge, in particolare del lato passivo, consisterebbe 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).

Conseguentemente, secondo la dottrina proponente, le ordinanze "libere", in quanto atti non disciplinati dalla legge nei presupposti e nel contenuto, oggi imporrebbero una attenta verifica della costituzionalità delle norme attributive.

Si pone l'attenzione, inoltre, sul sistema chiuso delle fonti primarie, osservando che "la disciplina delle ordinanze in deroga alla legge" sarebbe incompatibile con il principio per cui "nessuna fonte può creare altre fonti aventi efficacia maggiore o anche eguale a quella propria, ma solo fonti di efficacia minore". Pertanto, le ordinanze violerebbero il sistema delle fonti, poiché limiterebbero le norme derogate, sospendendo la loro efficacia attraverso una fonte né pari ordinata né superiore, non bastando la giustificazione resa dalla Corte Costituzionale che si tratterebbe di una sospensione a effetto temporaneo.²⁰⁸,

²⁰⁷ G. MAZZARITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, www.forumvostituzionale.it.

²⁰⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 5. Nello stesso senso si veda anche A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, II ed., Bologna, 2011, pp. 564 ss. Tuttavia, qualche tempo prima lo stesso A. Pizzorusso, *Le fonti scritte. Le fonti del diritto italiano*, Torino, 1998, vol. I, p. 160, diversamente aveva sostenuto: «in attesa di una improbabile razionalizzazione della loro regolamentazione, è giuoco forza cercare di applicare anche a queste dubbie forme di attività normativa i principi generali che sono stati elaborati in materia di regolamenti». Sembra propendere per l'incompatibilità delle ordinanze *extra ordinem* con il sistema delle fonti anche G. Silvestri, «*Questa o quella per me pari sono...*». *Disinvoltura e inquietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, pp. 173

non correrebbe una differenza qualitativa tra gli effetti della deroga temporanea e quelli dell'abrogazione. Le ordinanze limitano l'efficacia delle norme sospese, e la constatazione che si tratta di un effetto temporaneo non escluderebbe che anche in questo caso si assista ad una riduzione d'efficacia della norma recessiva ad opera di una fonte non pariordinata né superiore²⁰⁹.

G. Mazzarita rileva come l'ordinanza impedisce che, per un certo lasso temporale, sia osservata la legge sia dai cittadini che dai giudici che dalla pubblica amministrazione, che su di essa possano essere sollevate questioni di costituzionalità (mancando il requisito della rilevanza), avendosi una forte incisione sull'efficacia della legge; e nonostante tutto questo si verifica solamente per un limitato periodo di tempo, "La parentesi non sarà però indolore poiché residueranno comunque degli effetti permanenti".

Pertanto, la legge subisce un'acuta limitazione ad opera delle ordinanze e ciò, non sarebbe compatibile con il sistema costituzionale non essendo consentito ad un atto amministrativo di limitare, seppure temporaneamente, l'efficacia della legge. Non può essere consentito, nell'attuale sistema costituzione ad un atto di fonte secondaria la possibilità di superare la stessa forza di legge, arrecandosi un danno agli atti primari non previsto dalla Costituzione. "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"²¹⁰.

Di contro, vi è invece chi ha ritenuto il problema superato (tesi conservativa), sul piano pratico, dalla giurisprudenza costituzionale consolidata, ritenendo le ordinanze compatibili con l'ordinamento vigente. Gli argomenti addotti a sostegno della conformità a Costituzione includono una varietà di elementi, solo in parte sovrapponibili a quelli del

ss., per il quale l'«introduzione di un nuovo tipo di legge – di delegificazione – avente effetti peculiari e diversi da quelli delle altre leggi ordinarie», sulla base del principio del «numero chiuso delle fonti primarie» è preclusiva della legge di delegificazione. In tal senso, applicando questo schema logico, altresì, non potrebbero essere ammesse leggi che autorizzino le ordinanze a derogare alle fonti primarie.

²⁰⁹ M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2010, vol. I, pp. 735 ss.

²¹⁰ G. MARAZZITA, "Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza", www.forumcostituzionale.it.

giudice delle leggi: l'esistenza di un'autorizzazione legislativa che manterrebbe la deroga alla legge all'interno del principio di legalità²¹¹ e delle riserve di legge relative²¹²; la mancanza di natura normativa che escluderebbe una antinomia diretta con le leggi derogate²¹³; la mancanza di forza di legge²¹⁴; la necessità quale fonte del diritto capace di legittimare gli interventi che sono necessari in presenza di lacune ordinamentali²¹⁵.

In particolare, così come avviene per i regolamenti di delegificazione, anche nel caso delle ordinanze il potere di deroga alla legge stessa non è in capo all'ordinanza, ma alla legge che la prevede, rispettandosi così il principio di legalità e della riserva di legge²¹⁶. Seconda parte della dottrina, infatti, così come per il regolamento delegificante, in cui la

²¹¹ 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».

²¹² F.S. 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».

²¹³ F. 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»

²¹⁴ L. PALADIN, *Commento all'articolo 77*, cit., pag. 69-70, che esclude che alle ordinanze di necessità possa essere riconosciuta l'efficacia della 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.

²¹⁵ CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit. pagg. 70 e ss.

²¹⁶ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura amministrativa*, *De Jure*, diritto amministrativo, fasc. 1, 1° giugno 2016, pag. 33; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2001, pp. 341 ss;

legge autorizza il Governo a regolare materie coperte da disposizioni legislative, le quali però vengono ad essere abrogate per effetto dell'entrata in vigore del regolamento stesso; anche per le ordinanze non si modifica la legge, bensì si pongono i presupposti perché la legge non venga applicata e di rimando sostituita da previsioni di natura secondaria. “In altri termini è la stessa legge abilitativa che contiene una “autorottura” o meglio una rottura della fonte cui appartiene (e delle fonti subordinate) consentendo espressamente o per implicito la deroga. Sicché il principio di legalità degli atti amministrativi è rispettato in quanto il potere della Pubblica Amministrazione è comunque fondato su una autorizzazione legislativa”.²¹⁷

Anzi, poiché le ordinanze di necessità e di urgenza sono esplicitamente previste dalla legge, non solo non derogherebbero al principio di legalità, ma al contrario vi si conformerebbero. In sostanza, le norme derogate con provvedimento amministrativo vanno intese come norme cedevoli “per effetto di procedimento”, e la cedevolezza ha fonte nella legge.

Invero, non può essere taciuto come in molti casi le ordinanze emergenziali siano autorizzate solo in nome dell'emergenza, della necessità e dell'urgenza posta dal caso concreto e rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione che interviene, così individuandosi fattispecie molto più generiche rispetto a quelle delle leggi di autorizzazione che dispongono i regolamenti di delegificazione. Invero, però, al fine di giustificare la normativa emergenziale e l'istituto delle ordinanze extra ordinem, la dottrina, oltre che la giurisprudenza costituzionale, hanno posto l'attenzione sulla efficacia assai limitata nel tempo (al contrario dei regolamenti di delegificazione) delle ordinanze, ovvero per il tempo strettamente necessario a risolvere l'emergenza, censurandosi qualsiasi emergenza perdurante²¹⁸.

Nonostante il contenuto generico e ampio delle leggi che prevedono il potere di ordinanza, il principio di legalità e di confinamento della discrezionalità, vengono rispettati attraverso l'obbligo di osservare i principi generali tra cui quello di proporzionalità, di adeguatezza, di completezza istruttoria, nonché, e soprattutto,

²¹⁷ M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2010, vol. I, pagg. 735 ss. cit.

²¹⁸ S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Id. (a cura di), Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*. Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005, Torino, 2006, pp. 648 ss.

attraverso una indicazione del campo di applicazione, e dunque per tale tramite delle norme interessate alla deroga, così come osservato dalla Corte nelle sentenze esaminate.

Affinché sia rispettato il principio di legalità l'amministrazione deve rispettare i presupposti fondati del potere in esame e, soltanto al verificarsi contestuale degli stessi l'amministrazione è legittimata a regolare il caso e derogare alla normativa che "rallenta" la soluzione dell'emergenza. La sola situazione di rischio non consente alle ordinanze di derogare a fonti primarie²¹⁹. I presupposti devono tutti concorrere, intervenendo per risolvere situazioni di necessità ed urgenza.

Sicché, fermo restando che l'ordinanza analogamente ai regolamenti di delegificazione, non può riguardare materie coperte da riserva assoluta, in entrambi i casi è la legge a predetermina la perdita di efficacia che poi coincide con l'entrata in vigore dell'ordinanza, configurandosi, in tal modo, la cedevolezza della fonte-legge attraverso la stessa legge a fronte dell'entrata in vigore dell'ordinanza, la quale ha da parte sua la tipica forza attiva e passiva delle fonti secondarie.

4. La controversa natura giuridica delle ordinanze emergenziali

Secondo l'opinione oggi condivisa²²⁰ in dottrina il problema relativo all'individuazione del fondamento e della natura del potere in esame deve essere inserito all'interno della più ampia questione relativa alla completezza o non completezza dell'ordinamento giuridico. In altre parole, la questione concerne la mancanza di strumenti giuridici capaci di fronteggiare situazioni non prevedibili secondo una valutazione ex ante²²¹.

Invero, non potendosi definire lacunoso l'ordinamento giuridico occorre porre lo sguardo all'ordinamento normativo, formato dalle leggi promulgate dal Parlamento al fine di disciplinare le diverse situazioni e necessità che le singole leggi sono chiamate a regolare. In ciò, l'ordinamento normativo potrebbe essere definito lacunoso, essendo impossibile prevedere e disciplinare ogni eventuale fattispecie concreta. Tale mancanza normativa viene colmata attraverso l'applicazione di principi generali dell'ordinamento giuridico, attraverso criteri di risoluzione di antinomie oppure interpretazione estensiva o

²¹⁹ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

²²⁰ L. GALATERIA, i provvedimenti amministrativi di urgenza: le ordinanze, pag. 13 ss.

²²¹ F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, n Enc. Giur. Treccani, XXII, Roma, 1990.

analogica. In particolare, il procedimento di eterointegrazione si presenta come uno strumento eccezionale, poiché le lacune non vengono colmate dalla legge ma attraverso l'attività – creativa – dello stesso soggetto preposto all'individuazione di una soluzione al conflitto di interessi non risolto dalla norma. Secondo L. Galateria, in tali casi l'amministrazione perde il suo carattere di attività amministrativa (prestabilita dal legislatore) per assurgere al valore di attività creativa e dispositiva²²². A tal proposito l'autore precisa che "il conflitto viene deciso non più attraverso l'attuazione di una norma posta dal legislatore, ma attraverso una normazione particolare, originaria, diretta, occasionale, posta dallo stesso amministratore", con la conseguenza che "l'organo amministrativo non svolge la funzione che gli è propria di perseguire i fini di pubblico interesse, attraverso l'attuazione della norma amministrativa, ma svolge una funzione di creazione del diritto"²²³.

Secondo l'autore, l'attività dispositiva dell'amministrazione rappresenterebbe una deroga alla normale attività vincolata o discrezionale che attua la P.a. e proprio per questo, essa sarebbe esercitabile nei solo casi tassativi previsti dalla legge; attività che in quanto straordinaria verrebbe esercitata attraverso l'esercizio del potere di ordinanza, ossia attraverso la possibilità per alcuni organi amministrativi individuati ex ante dal legislatore di creare diritto per il singolo caso, nelle situazioni di necessità ed urgenza per le quali nessuna norma sia in grado di provvedere.

Le peculiarità del potere in esame hanno indotto la dottrina giuspubblicistica ad interrogarsi sulla natura giuridica delle ordinanze extra ordinem: normativa o amministrativa? La questione posta, come precisato da R. Cavallo Perin, non è soltanto formale poiché da essa dipendono gli effetti delle stesse all'interno dell'ordinamento giuridico oltre che i limiti alla loro applicabilità. Infatti, è dalla individuazione della natura giuridica delle ordinanze extra ordinem che parte la Corte Costituzionale per poter affermare la loro compatibilità con la nuova Costituzione repubblicana.

Nonostante la giurisprudenza costituzionale, di volta in volta, nelle pronunce testè richiamate oltre che la dottrina maggioritaria²²⁴, ne abbiano affermato la natura

²²² L. GALATERIA, i provvedimenti amministrativi di urgenza: le ordinanze, pag. 13 ss.

²²³ L. GALATERIA, i provvedimenti amministrativi di urgenza: le ordinanze, cit. pag. 17.

²²⁴ La dottrina maggioritaria considera le ordinanze come atti aventi natura amministrativa. In tal senso, già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, pp. 270 ss., e G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza* (dir. cost. e amm.), cit., spec. pp. 93 e 94; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., passim,

amministrativa²²⁵, non sono mancate²²⁶ e non mancano²²⁷ tesi volte a considerare il loro valore normativo²²⁸ e di conseguenza a porre ancor più dubbi di incostituzionalità e di compatibilità con il principio di legalità.

La tesi proponente la natura normativa (s'intende secondaria), delle ordinanze in esame fa leva, tra l'altro, sulle caratteristiche delle ordinanze, le quali sarebbero connotate da generalità, astrattezza, ripetibilità e innovatività²²⁹.

Infatti, secondo quanto affermato da G. Morbidelli, i richiamati caratteri sono presenti nelle ordinanze in esame. Sul punto per quanto concerne la generalità a nulla rileverebbe l'efficacia limitata allo spazio e nel tempo poiché «la disposizione normativa è sempre

L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 53, A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, cit., pp. 172 ss., e Id., *Fonti normative*, cit., p. 217.

²²⁵ In tal senso, già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, pp. 270 ss; G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza* (dir. cost. e amm.), e Id., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile*, cit., pp. 2185 ss; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 53, escludeva la normatività delle ordinanze a causa della «loro temporaneità e anzi della loro inattitudine a produrre effetti permanenti»; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, cit., pp. 172 ss., ha rilevato la difficoltà di conciliare la deroga alla legge disposta tramite atto amministrativo con i principi in tema di rapporti tra fonti. Più di recente Id., *Fonti normative*, cit., p. 217, ha qualificato le ordinanze emergenziali come «atti amministrativi».

²²⁶ Si veda C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 317 ss. specificamente alle ordinanze, egli rilevava come non avesse senso distinguere tra «ordinanze giuridiche» e «ordinanze amministrative», poiché «ogni tipo di ordinanza è giuridica, nel senso che compone l'ordinamento» (ibidem, p. 355). La medesima impostazione volta a valorizzare gli effetti sostanziali, del resto, sembra essere a fondamento dell'altra, connessa, celebre tesi dell'autore, esposta in Id., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, cit., spec. pp. 73 ss. e 93 ss., volta ad assegnare ad alcuni tipi di regolamento lo stesso trattamento processuale riservato alle leggi.

²²⁷ F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, cit., pp. 82- 83: «in quanto pongono prescrizioni ripetibili o che incidono su prescrizioni già di per sé dogmaticamente considerate normative». Quest'ultimo A. sostiene anche che le ordinanze hanno forza di legge, per la loro capacità di incidenza sulla legge per quanto non abbiano valore di legge. In particolare, M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, cit., notava la loro funzione di integrazione del sistema normativo. Più di recente si è già sostenuta tale tesi in E.C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, cit.; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit.

²²⁸ La normatività secondaria delle ordinanze è stata argomentata da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, pp. 54 ss., spec. p. 610, F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, pp. 82-83, e G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit. In particolare, M. Scudiero, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.*, 1962, pp. 105 ss., notava la loro funzione di integrazione del sistema normativo. Più di recente, in senso adesivo a tali orientamenti, sia consentito richiamare E.C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2017, pp. 1-61

²²⁹ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit.

tale anche se ha un'efficacia circoscritta (es.: le zone colpite dal terremoto), fermo restando che non mancano ordinanze rivolte all'intero territorio nazionale”. Così come non rilevarebbe l'effetto limitato nel tempo: “la temporaneità non lede la generalità e l'astrattezza, tanto più che sovente talune ordinanze sono state prorogate per anni ed anni o con altre ordinanze o anche con legge (v. ad es. art. 3 D.L. 26 aprile 2013, 43, conv. in l. 24 giugno 2013, n. 71)”.

Quanto alla innovatività, nonostante le ordinanze non possono abrogare le norme derogate, si evidenzia che anche la disapplicazione avrebbe effetti innovativi (tra l'altro con conseguenze che possono essere permanenti), se pur non definitivi. Inoltre, si tratterebbe di una caratteristica presente in tutti gli atti che contengono delle statuizioni non totalmente predeterminate dall'ordinamento, quali ad esempio. i negozi giuridici e i provvedimenti amministrativi discrezionali.

Infine, quanto alla ripetibilità, indica che l'atto non deve esaurirsi in un solo episodio di applicazione: la tesi proponente la natura normativa osserva che la ripetibilità, “se presentata come non riducibilità della parte descrittiva della statuizione alla indicazione di una fattispecie determinata, ci riconduce alla caratteristica dell'astrattezza talché valgono le considerazioni appena svolte in proposito. Se invece viene intesa come persistenza degli effetti dell'atto nell'ordinamento, si finisce per elevare la conseguenza di una classificazione a criterio di classificazione, nel senso che si finisce per considerare normativo un atto per le conseguenze che l'ordinamento gli assegna in quanto lo ha riconosciuto come atto normativo (ma in base a quale criterio?). Se poi la ripetibilità è riferita all'effetto precettivo, avremo l'effetto di escludere dal novero degli atti normativi gli atti di abrogazione (che da questo punto di vista hanno un contenuto puntuale) e gli atti di organizzazione, ad esempio istitutivi di organi e di soggetti, anch'essi a contenuto puntuale”.

A distinguerla dalla generalità e dalla astrattezza, starebbe il fatto che le ordinanze nel periodo di loro vigenza avrebbero continua e ove necessario, reiterata applicazione.

Invero, a prospettare l'eventualità del carattere normativo delle ordinanze emergenziali, secondo la tesi in esame, sarebbe proprio la Corte Costituzionale²³⁰.

²³⁰ E. C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, pagg. 248 ss.

La Corte, nelle sentenze esaminate, nel qualificarle quali <<atti amministrativi >>, non escluderebbe la possibilità che le ordinanze possano avere effetti normativi, ciò nondimeno rifiutando che esse possano essere considerate fonti del diritto²³¹. A tal fine si riprende la sentenza n. 4 del 1977 ove la Corte rileva <<anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico>>. Ciò in quanto, il giudice costituzionale le considera atti amministrativi, sia che si rivolgano a soggetti determinati, sia che si rivolgano a una generalità di soggetti <<per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare>> rimando soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Ebbene, secondo la tesi in esame, nella sentenza de qua, la Corte non negherebbe che, potrebbe esserci anche casi in cui gli effetti dell'atto amministrativo (ossia dell'ordinanza emergenziale) siano normativi, configurando una di quelle ipotesi di <<dissociazione tra la forma e la sostanza degli atti>>²³². Ciò in quanto, l'ordinanza emergenziale nonostante non possa derogare alla legge, viene sempre adottata dalla pubblica amministrazione per rispondere all'emergenza attraverso atti non solo a contenuto provvedimentale ma <<per lo più regolatori di previsioni finalizzate alla gestione dell'emergenza. In tale senso, dunque, presentando effetti normativi>>. In tal senso l'ordinanza apparirebbe come la fonte di regolazione dell'emergenza, sempre limitata nel tempo e legata al territorio interessato dall'emergenza, ma con effetti normativi. Ovviamente l'autore fa riferimento ad un'efficacia di rango secondario, prevista e legittimata dalla legge, che in talune occasioni può derogare a norme di rango primario (come avviene per i bandi di gara e di concorso).

²³¹ Conclusione questa fortemente criticata da G. Morbidelli e A. Morrone, <<sia per l'ossimoro rappresentato dalla negazione della natura di fonte ad un atto pur qualificato normativo, sia in considerazione degli effetti derogativi del diritto oggettivo, tanto più quando l'ordinanza contiene regole generali ed astratte. Semmai questa affermazione della Corte, indubbiamente intrisa di perplessità, è la conferma della difficoltà di conciliare la deroga alla legge disposta tramite atto amministrativo con i principi in tema di rapporti tra fonti>>.

²³² A. RUGGERI, *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, cit., pp. 179 ss., anche in *Dir. soc., cit.*, pp. 141 ss., spec. p. 164; C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, pagg. 250 ss.

L'ordinanza così intesa non porrebbe problemi con riferimento al controllo dei limiti e delle garanzie, poiché, in ogni caso, in presenza di abusi in violazione alla legge o ai principi dell'ordinamento, il giudice amministrativo potrebbe annullarlo²³³.

Come sopra evidenziato, riconoscendo una natura normativa alle ordinanze emergenziali si pone però il problema della compatibilità delle stesse con l'ordinamento costituzionale con riferimento a due principali argomenti. Il primo, per le situazioni di necessità è previsto l'art. 77 della Costituzione, il quale normativizza i poteri del Governo in situazioni di emergenza, tramite lo strumento del decreto-legge, introducendo così una riserva di legge. Sul punto, la tesi proponente la natura normativa nega la previsione di una riserva di decreto-legge per le misure d'urgenza, in quanto ciò contrasterebbe con la necessaria interpositio di una istruttoria e indi di una risposta a livello amministrativo. Il secondo argomento è fondato sul fatto le ordinanze non possono avere forza di legge, non rientrando nel *numerus clausus* previsto in Costituzione, pertanto, non possono abrogare una legge bensì sospenderla o derogarla. Sul punto si è obiettato che non vi sarebbe una differenza qualitativa tra gli effetti della deroga temporanea e quelli dell'abrogazione.

Ricostruzione opposta, e maggiormente sostenuta in dottrina e giurisprudenza afferma che le ordinanze devono essere ricomprese nel *genus* dei provvedimenti amministrativi²³⁴, non potendo le ordinanze essere equiparate ad atti aventi forza di legge per il sol fatto di essere autorizzate a provvedere in deroga alla stessa.

²³³ Sul punto occorre evidenziare che, vi sono due diversi orientamenti opposti: Un primo e minoritario (T.A.R. Catanzaro, sez. I, 3 ottobre 2001, n. 1497), secondo il quale, un'ordinanza adottata in violazione di legge, sarebbe un atto privo dei requisiti legittimanti della necessità e dell'urgenza, creando così un'ipotesi di carenza di potere che determinerebbe la radicale nullità dell'atto emergenziale, con conseguente competenza del giudice ordinario. Al contrario, l'orientamento maggioritario, (T.A.R. Latina, sent. n. 317/2015) qualifica l'ordinanza adottata in violazione di legge come un atto solo annullabile, pertanto sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo.

²³⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 270 ss; G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, cit., e Id., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile*, cit., pp. 2185 ss. Sulla natura amministrativa delle ordinanze emergenziali in rapporto con il principio di legalità si veda R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., *passim*. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 53, escludeva la normatività delle ordinanze a causa della «loro temporaneità e anzi della loro inattitudine a produrre effetti permanenti»; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, cit., pp. 172 ss., ha rilevato la difficoltà di conciliare la deroga alla legge disposta tramite atto amministrativo con i principi in tema di rapporti tra fonti. Più di recente Id., *Fonti normative*, cit., p. 217, ha espressamente qualificato le ordinanze emergenziali come «atti amministrativi»; A. ANDROINO, *Le ordinanze di necessità e urgenza dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 42 – 55.

Sulla natura delle ordinanze emergenziali la Corte costituzionale, per prima, anzitutto, le ha qualificate come «atti amministrativi».

A partire dalla capostipite sentenza n. 20 giugno 1956, n. 8, la Corte ha qualificato le ordinanze come «atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico», in tal modo, per la loro natura di atti amministrativi, ha superato così le obiezioni allora prospettate di contrasto con la Costituzione per sovrapposizione con i decreti-legge, «che hanno altro carattere ed altri effetti».

Gli argomenti a favore della tesi che nega la natura normativa delle ordinanze di necessità ed urgenza sono molteplici.

Anzitutto, la dottrina²³⁵ pone l'attenzione sulle caratteristiche delle ordinanze extra ordinem: queste hanno un contenuto "libero", non previsto ex ante dal legislatore, ma dallo stesso individuati soltanto i presupposti ed i limiti. Di conseguenza non può ritenersi normativo un provvedimento che si caratterizza per l'assenza di disciplina tipizzante del proprio contenuto. Al pari dei provvedimenti amministrativi le ordinanze devono essere individuate dalla legge, la quale, anche senza disciplinare il contenuto, deve descriverne il presupposto, la materia, la finalità dell'intervento e l'autorità legittimante. Tali limiti sono stati più volte ribaditi nelle sentenze costituzionali esaminate.

A sostegno di questa tesi vi è quale argomento principale quello secondo cui le ordinanze sono emanate da autorità amministrative nell'esercizio di compiti attribuiti agli stessi. Oltre a ciò, le ordinanze possiedono il carattere della concretezza, in quanto devono essere strettamente collegate alla situazione d'emergenza. Queste, inoltre, hanno una capacità innovativa delimitata nel tempo, circoscritta al periodo di tempo in cui persiste l'emergenza. Infine, come chiarito nelle sentenze costituzionali esaminate, le ordinanze non possono avere forza di legge, ossia non possono innovare l'ordinamento, né possono abrogare leggi anteriori o abrogare atti equiparati alla legge.

R. Cavallo Perin pone l'attenzione proprio su tale ultimo punto: "l'assenza del carattere "sostanzialmente" legislativo delle ordinanze può essere constatato attraverso l'impossibilità per la pubblica amministrazione di pervenire autonomamente ad una limitazione dei diritti soggettivi definiti dalla legge in forza della sola disposizione

²³⁵ Fra gli altri, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. 1, 579.

attributiva del potere di ordinanza. In ciò e per ciò la differenza dal decreto - legge appare evidente, poiché in tali casi si ritrovano forza, valore (sindacato della Corte costituzionale) e contenuti propri degli atti di esercizio della funzione legislativa"²³⁶.

Oltre alle tesi appena descritte se ne rinviene una intermedia la quale afferma che le ordinanze emergenziali possono essere definite come “atti proprio al limite tra fonte e provvedimento”²³⁷. Le stesse nonostante possiedano i caratteri della generalità e dell’astrattezza, sono volte a disciplinare soltanto la situazione concreta.

5. Le ordinanze emergenziali nella giurisprudenza amministrativa. Limiti e presupposti

Un ruolo fondamentale nell’evoluzione dell’istituto in esame è stato svolto soprattutto dal giudice amministrativo il quale, chiamato a decidere sull’annullabilità delle ordinanze emergenziali, ha meglio individuato i presupposti necessari per la loro applicabilità assicurando il rispetto di tutti i principi generali dell’ordinamento.

Così, anzitutto, la giurisprudenza amministrativa formatasi negli anni ritiene che le ordinanze in esame debbano considerarsi come atti dal contenuto libero che le Amministrazioni possono adottare nel caso di situazioni eccezionali, anche derogando alle fonti primarie dell’ordinamento, pur dovendosi necessariamente inscrivere nei limiti della Costituzione, dei principi generali dell’ordinamento, nonché della normativa comunitaria di principio. “Come è noto, i caratteri della contingibilità e dell’urgenza stanno ad indicare che tali tipi di provvedimenti possono essere congruamente posti in essere nei soli casi di eventi imprevedibili, eccezionali, straordinari e nell’imminenza di un pericolo.

Inoltre, avendo il carattere di provvedimenti extra ordinem, le citate ordinanze si imporrebbero in tutti quei casi in cui gli ordinari mezzi predisposti dall’ordinamento non risultassero attivabili o efficaci. Da questo punto di vista, il potere di ordinanza, si estrinseca nella possibilità (...) di far fronte ad emergenze per le quali non è possibile intervenire mediante provvedimenti tipici o attraverso le procedure ordinarie previste normativamente, così da ravvisare in esso un potere idoneo a colmare le possibili lacune dell’ordinamento giuridico in fatto o, più raramente, in diritto.

²³⁶ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, cit. pag 116 e ss.

²³⁷ V. CRIFULLI, *Lezioni di diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 2000, p. 29, cit.

Le ordinanze de qua sono altresì subordinate al “principio di proporzionalità”, dovendosi ritenere le stesse illegittime in tutte le ipotesi in cui l’Amministrazione procedente avrebbe potuto raggiungere gli stessi risultati con misure ordinarie diverse e con un minore sacrificio degli interessi coinvolti. Lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che il rispetto del principio di proporzionalità si traduce nel potere di sacrificare anche degli interessi giuridicamente protetti, entro ragionevoli limiti temporali ed oggettivi e con il rispetto di rigorose garanzie sostanziali e formali.²³⁸”

È stato ritenuto, ad esempio, illegittimo il ricorso da parte del Sindaco al potere di ordinanza contingibile e urgente quando il provvedimento, in relazione al suo scopo, rivesta il carattere della continuità e stabilità degli effetti, eccedendo le finalità della disciplina dell’urgenza del momento ed essendo destinato a regolare stabilmente una situazione o un assetto di interessi consolidato²³⁹. Non è quindi legittimo adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia l’urgenza di provvedere “intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità”²⁴⁰.

Tali garanzie si traducono nell’obbligo di motivare adeguatamente il provvedimento posto in essere²⁴¹ nella circostanza per la quale detto potere è esercitabile solo in mancanza di strumenti ordinari idonei ad affrontare l’emergenza, ed infine nel limite intrinseco di durata dello stesso, dovendo i relativi provvedimenti avere una efficacia necessariamente temporanea²⁴².

Invero, non è necessario che tali presupposti siano conosciuti al momento in cui si adotta l’ordinanza. Infatti, i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che l’ordinanza è legittima anche se la causa dell’emergenza sia già nota all’amministrazione, poiché ciò che davvero giustifica l’intervento sono la necessità e l’urgenza: “presupposto per l’adozione dell’ordinanza contingibile ed urgente è la sussistenza e l’attualità del pericolo, cioè del rischio concreto di un danno grave e imminente per l’incolumità

²³⁸ cfr. Cons. Stato, sent. n. 4812/2008

²³⁹ cfr. T.A.R. Lombardia, ord. n. 717/2008; T.A.R. Campania, sent. n. 2216/2006.

²⁴⁰ cfr. Cons. Stato, sent. n. 774/2017; T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 09/12/2020, n.2463.

²⁴¹ cfr. Cons. Stato, sent. n. 3490/2012.

²⁴² cfr. Cons. Stato, Sez. III, 29.5.2015, n. 2697.

pubblica e per l'igiene, a nulla rilevando neppure che la situazione di pericolo sia nota da tempo”²⁴³.

Sul punto, anche la dottrina concorda nell'affermare che il potere di ordinanza “presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo”²⁴⁴, la cui sussistenza deve essere provata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione che, in ragione della contestuale sussistenza dei predetti requisiti, giustificano la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale di tale tipologia provvedimento²⁴⁵.

Il difetto dei precitati requisiti è idoneo a compromettere il superiore principio di legalità dell'azione amministrativa, prefigurando l'uso sviato di poteri per definizione extra ordinem e, come tali, assoggettati ad un rigoroso e stretto scrutinio di necessità²⁴⁶.

In ogni caso, pur in presenza di tali presupposti le situazioni caratterizzate da eccezionale urgenza, devono valutarsi caso per caso secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, tali da non consentire l'utile e tempestivo ricorso alle alternative ordinarie offerte dall'ordinamento. Per il giudice amministrativo il “principio di proporzionalità” opera anche nel caso di ordinanza contingibili ed urgenti come principio generale dell'ordinamento, implicando che la p.a. debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per le posizioni soggettive dei destinatari dell'atto²⁴⁷. Pertanto, risulteranno illegittime le ordinanze che adottino misure sproporzionate, imponendo un sacrificio ingiustificato, ad esempio alla proprietà privata,

²⁴³ cfr. TAR Piemonte, sez.I, 8 aprile 2011, n.376; Tar Puglia, Lecce, I, n.2085/2011; TAR Veneto, sez.II, 18 marzo 2013, n.406; in senso analogo, C.d.S., V, n.7411/2010; Cons. Stato, Sez. V, 19.09.2012, n. 4968.

²⁴⁴ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., pp. 37 ss.; concorde anche la giurisprudenza amministrativa sul punto Cfr. ex multis Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189; 25 maggio 2015, n. 2967; 25 maggio 2012, n. 3077; T.A.R. Piemonte (Torino), sez. II, 21 aprile 2017, n. 535; T.A.R. Campania (Napoli), sez. V, 9 novembre 2016, n. 5162; T.A.R. Emilia Romagna (Bologna), sez. II, 18 gennaio 2016, n. 79; T.A.R. Puglia (Bari), sez. I, 24 marzo 2015, n. 479; Cons. di St., sez. II, 22 luglio 2019, n. 5150; Cons. di St., sez. V, 12 gennaio 2017, n. 774; Cons. di St., sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369; Cons. Stato, sez. III, 29 maggio 2015, n. 2697; T.A.R. Campania (Napoli), sez. V, 24 marzo 2017, n. 621, 9 novembre 2016, n. 5162 e 17 febbraio 2016, n. 860; T.A.R. Puglia (Lecce), sez. I, 12 gennaio 2016, n. 69;

²⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 321 febbraio, n. 774.

²⁴⁶ Cfr. T.A.R. Salerno, (Campania) sez. II, 21/08/2017, n.1304.

²⁴⁷ Sul punto, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 62;

senza che vi sia una causa di giustificazione nella salvaguardia del pubblico interesse, raggiungibile con misure alternative²⁴⁸.

A questo punto possiamo meglio comprendere la distinzione citata nei primi paragrafi, fra le ordinanze in oggetto e la più generale categoria degli c.d. atti necessitati che, nonostante abbiano in comune il presupposto dell'urgente necessità, differiscono in quanto atti tipici e nominati, previsti e disciplinati in ogni loro elemento dalla legge, ferma restando la discrezionalità della Pubblica Amministrazione in ordine alla scelta del tipo di provvedimento da adottare nel caso concreto; le ordinanze extra ordinem, invece, non hanno un contenuto predeterminato, in quanto le norme attributive del relativo potere lasciano all'Amministrazione ampia discrezionalità in ordine ai contenuti del provvedimento, per poterlo opportunamente adattare a quanto le circostanze di volta in volta richiedono²⁴⁹.

In altre parole, la possibilità di ricorrere allo strumento dell'ordinanza emergenziali è legata alla sussistenza di un pericolo concreto che imponga di provvedere in via d'urgenza, con strumenti extra ordinem, per fronteggiare emergenze sanitarie o porre rimedio a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile di pericolo attuale e imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, non fronteggiabili con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento²⁵⁰.

Fine dell'ordinanza è solo quello di rispondere all'emergenza senza che l'amministrazione abbia oneri nel comprendere le cause della stessa o le eventuali responsabilità del privato. Pertanto, il giudice amministrativo esclude che la P.a. debba farsi carico di verificare i fatti che hanno portato all'emergenza di mostrandoli ed eventualmente sanzionare il responsabile. Le ordinanze, infatti, non hanno carattere sanzionatorio ma devono esclusivamente preoccuparsi di rispondere all'emergenza e solo eventualmente, verificare le cause della stessa, che pertanto potrebbero anche essere ignorate dall'amministrazione che interviene. Sul punto i giudici Partenopei hanno chiarito che «ai fini dell'emanazione delle ordinanze contingibili e urgenti da parte del

²⁴⁸ Si veda Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2003, n. 1990, nella quale viene dichiarata «illegittima un'ordinanza contingibile e urgente, emessa dal sindaco a tutela dell'incolumità pubblica, nella parte in cui dispone la demolizione di opere, qualora, pur essendovi situazione di rischio, non vi sia un comprovato pericolo di crollo immediato»

²⁴⁹ GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, p. 949, ora in *Scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 2004, p. 952.

²⁵⁰ Tar Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza n. 549 del 17 luglio 2020.

Sindaco ex art. 54, T.U.E.L., volte a prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini, stante l'indispensabile celerità che caratterizza l'intervento, si può prescindere dalla verifica della responsabilità di un determinato evento dannoso provocato dal soggetto interessato. L'ordinanza de qua, infatti, non ha carattere sanzionatorio, non dipendendo dall'individuazione di una responsabilità del proprietario, non solo ripristinatorio, per essere diretta solamente alla rimozione dello stato di pericolo e a prevenire danni alla salute pubblica²⁵¹.

Orbene, i giudici amministrativi hanno fornito un vero e proprio "statuto" delle ordinanze emergenziali, individuano precisi requisiti e limiti per la loro applicabilità.

Tuttavia, nonostante quanto chiarito dalla giurisprudenza maggioritaria resta ancora (oggi) da definire quale sia lo spazio discrezionale dell'amministrazione nel valutare l'esistenza dei presupposti necessari dell'urgenza e della necessità, oltre che il tipo di invalidità che colpisce l'atto privo dei presupposti: nullo o annullabile?

Precitati interrogativi derivano dall'analisi di diverse pronunce del Consiglio di Stato, le quali sul punto registrano orientamenti oscillanti.

Infatti, secondo parte della giurisprudenza, nonostante "l'amministrazione debba limitarsi ad imporre misure tali da comportare il minor sacrificio possibile per il destinatario" ciò non toglie che, in relazione alla natura del pericolo da fronteggiare, possa emanare ordinanze contingibili e urgenti dalla portata più ampia. Tale scelta è rimessa alla sua "valutazione discrezionale non sindacabile in sede di legittimità se non sotto il profilo della manifesta illogicità". Pertanto, allorché un sindaco emani ordinanze contingibili e urgenti l'individuazione delle opere necessarie a fronteggiare situazioni di pericolo obiettivamente esistenti deve intendersi rimessa alla valutazione discrezionale dello stesso sindaco, censurabile dal giudice amministrativo solo sotto il profilo della manifesta illogicità²⁵². Secondo l'orientamento in esame, dunque, la valutazione circa la necessità di emanare l'ordinanda emergenziale ovvero "la scelta dell'Amministrazione di fronteggiare immediatamente una situazione di pericolo attuale con l'emanazione di una ordinanza contingibile ed urgente a tutela della igiene e sanità pubblica, nonché della sicurezza dei cittadini, impinge nel merito dell'azione amministrativa che sfugge al

²⁵¹ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 6 marzo 2018, n. 1409.

²⁵² Fra le tanti si richiama il Consiglio di Stato sez. V, 31/07/1998, n.1128.

sindacato di legittimità del giudice amministrativo, ove non risulti manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, oltre che da travisamento dei fatti”²⁵³.

Questo orientamento sembra adottare un atteggiamento remissivo in merito alla valutazione dell’esistenza dei presupposti necessari per l’esercizio del potere in esame, individuando in capo all’amministrazione un’ampia discrezionalità.

Occorre però rilevare che la citata discrezionalità nell’ambito delle scelte amministrative non debba essere intesa in senso assoluto e indeterminato soprattutto quando aventi conseguenze sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrative, così come chiarito dalla Corte costituzionale (cfr. sent. n. 115 del 7 aprile 2011). Sicché i poteri extra ordinem del Sindaco possono essere utilizzati solo quando sussistano i presupposti per l’emanazione di ordinanze contingibili e urgenti a tutela dell’incolumità pubblica e della sicurezza urbana.

Invero, analizzando le diverse sentenze del Consiglio di Stato vi sono orientamenti più o meno restrittivi nel valutare l’illegittimità dell’ordinanza, spesso legati al caso concreto e al tipo di leggi a cui l’amministrazione può derogare.

Infatti, altra parte della giurisprudenza amministrativa classifica il potere emergenziale della P.a. di natura residuale, poiché presuppone la “la necessità di provvedere in via d’urgenza con strumenti extra ordinem per far fronte a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile di pericolo attuale ed imminente per l’incolumità pubblica, cui non si può provvedere con gli strumenti ordinari apprestati dall’ordinamento; i provvedimenti in parola sono perciò connotati da provvisorietà e temporaneità quanto agli effetti e da proporzionalità rispetto al pericolo cui ovviare; è pertanto illegittimo adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia “urgenza” di provvedere, cioè l’assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile a tutela della pubblica incolumità”²⁵⁴.

Sul punto, il Tar Venezia ha annullato un’ordinanza emessa dal Sindaco ex art. 54, comma 4 e 4 bis del D.lgs. 267/2000 rilevando che ai fini del legittimo esercizio del potere in esame è “necessario che la scelta di adottare un provvedimento extra ordinem, quale è l’ordinanza contingibile ed urgente, rispetti i presupposti e le condizioni, nonché le modalità con le quali tale potere può essere legittimamente esercitato.

²⁵³ Consiglio di Stato sez. V, 28/09/2009, n.5807.

²⁵⁴ Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5239; Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369; T.A.R. Parma, (Emilia-Romagna) sez. I, 11/11/2020, n.199;

Invero, la possibilità di ricorrere allo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente è legata alla sussistenza di un pericolo concreto che impone di provvedere in via d'urgenza con strumenti extra ordinem, per fronteggiare emergenze sanitarie o porre rimedio a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile di pericolo attuale e imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, non fronteggiabili con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento (cfr. TAR Lazio-Roma, Sez. II Ter, 18 febbraio 2015, n. 2773; Cons. Stato, Sez. V, n. 904/ 2012 e n. 820/2010).

Il presupposto indefettibile per l'adozione di siffatte ordinanze sindacali è la necessità di intervenire urgentemente con misure eccezionali di carattere "provvisorio" e a condizione della "temporaneità dei loro effetti" (Corte Cost., sentenze 7 aprile 2011, n. 15 e 1° luglio 2009, n. 196 e Consiglio di Stato, Sez.IV, 31 ottobre 2013, n. 5276, cfr. TAR Toscana, Sez. 1, 13 aprile 2015, n. 576).

Il ricorso all'ordinanza di necessità ed urgenza si configura quale extrema ratio dell'ordinamento, ossia quale rimedio straordinario che l'amministrazione ha a disposizione per fronteggiare situazioni eccezionali ed imprevedibili, non altrimenti governabili. Questa fisionomia peculiare dell'ordinanza rende necessaria la fissazione di un termine finale di efficacia del provvedimento allo scopo evidente di non istituzionalizzare situazioni emergenziali (TAR Puglia, Lecce, con sentenza n. 797 del 12 maggio 2016)²⁵⁵.

Dall'analisi sin qui svolta è evidente una oscillazione dei giudici amministrativi spesso legata al caso concreto e al tipo di norme a cui l'amministrazione ha potuto derogare²⁵⁶: come in materia costituzionale o delle fonti del diritto europeo.

5.1 L'ordinanza emanata dal Prefetto di Genova in occasione del G8

Dall'esame della giurisprudenza amministrativa testé richiamata si rinviene come la stessa ammetta l'emanazione di ordinanze emergenziali soltanto in situazioni di necessità ed urgenza, qualora non vi siano mezzi ordinari utili al raggiungimento dei fini di interesse pubblico. Ciò, secondo la dottrina, deve essere inteso secondo l'ovvio significato che nel concetto (atipico) di necessità non debbano essere ricomprese quelle

²⁵⁵ T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. III, 24/07/2019, n.872.

²⁵⁶ E. C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, pagg. 72 ss.

“situazioni storico – ambientali di specie che sono presupposto per l’esercizio degli atti necessitati tipici”.²⁵⁷ Quando una situazione di necessità può essere affrontata con atti ordinari (di diritto pubblico o privato) l’esercizio del potere di ordinanza è illegittimo²⁵⁸.

Ne consegue che, il potere di ordinanza rappresenta un’alternativa subordinata ai poteri ordinari, potendo essere ammesso soltanto quando l’amministrazione si trova nell’impossibilità di raggiungere il fine che era proposta con i mezzi previsti in via normale dell’ordinamento²⁵⁹.

In presenza dei precitati presupposti le ordinanze possono disciplinare anche ambiti che interessano libertà costituzionali: dalla circolazione, alla libertà d’iniziativa economica, alla salute. Più grave è l’emergenza, più evidente è il potenziale «sconfinamento».

In tal senso, di particolare interesse è l’ordinanza del Prefetto di Genova, adottata in occasione del G8, ossia l’incontro tra gli Stati economicamente più sviluppati, tenutosi nel capoluogo ligure tra il 18 e il 22 luglio 2001²⁶⁰. Il provvedimento de quo limitava non

²⁵⁷ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, cit. pag. 323.

²⁵⁸ Si vedano: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 28 agosto 1986, n. 129, in Cons. Stato., 1986, I, 1367; T.A.R. Piemonte 18 maggio 1984, n. 141, in TA.R., 1984, I, 2051; T.A.R. Sicilia, sez. Catania, 16 maggio 1984, n. 510, in TA.R., 1984, I, 2405; T.A.R. Sicilia, sez. Palermo, 20 giugno 1984, n. 1124, ivi, 2894; T.A.R. Sicilia, sez. Catania, 17 febbraio 1982, n. 82, in TA.R., 1982, I, 1102; T.A.R. Sicilia, 2 giugno 1982, n. 483, in Rass. giur. Enel, 1982, 661; T.A.R. Lombardia 22 aprile 1982, n. 135, in Confronti, 1982, fase. 3, 142; Cons. di Stato, sez. IV, 10 giugno 1981, n. 871, in Foro amm., 1981, I, 2275; T.A.R. Campania, 6 giugno 1978, n. 593, in Foro napoletano, 1979, I, 313; Cons. di Stato 18 novembre 1977, n. 1041, in Cons. Stato, 1977, I, 1694; T.A.R. Lazio, sez. III, 15 luglio 1974, n. 13, in Foro amm., 1974, I, 1, 896; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 10 luglio 1970, n. 449, in Cons. Stato, 1970, I, 1364; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 25 febbraio 1960, n. 155, in Cons. Stato, 1960, I, 306; Cons. di Stato, sez. V, 4 dicembre 1954, n. 1187, in Giur. it., 1955, III, 100; Cons. di Stato, sez. IV, 20 ottobre 1953, n. 900, in Foro amm., 1954, I, 1, 78; Cons. di Stato, sez. V, 2 febbraio 1952, n. 132, in Cons. Stato, 1952, I, 167; Cass. pen., sez. III, 28 febbraio 1955, Baldini, in Giust. Pen., 1955, II, 505. Afferma sul punto la giurisdizione del giudice amministrativo Cass. civ., 17 febbraio 1983, n.1195, (ined.) ma in massima Foro it., Mass., 1983.

²⁵⁹ Cons. di Stato, sez. IV, 10 novembre 1981, n. 82, in Foro amm., 1981, I, 2275; T.A.R. Campania, 11 luglio 1979, n. 325, in TA.R., 1979, I, 2906; 6 giugno 1978, n. 593, cit alla nota che precede; T.A.R. Emilia Romagna, 9 ottobre 1974, n. 253, in TA.R., 1975, I, 313; 9 ottobre 1974, n. 128, in Foro amm., 1974, I, 1228; T.A.R. Lazio, sez. III, 10 giugno 1974, n. 1, in Foro amm., 1974, I, 2767; Cons. di Stato, sez. V, 24 ottobre 1969, n. 1071, in Cons. Stato, 1969, I, 1688; sez. V, 22 ottobre 1968, n. 1281, in Riv. giur. ed., 1968, I, 1475; sez. V, 1 luglio 1961, n. 318, in Cons. Stato, 1961, I, 1207; sez. V, 27 settembre 1960, n. 657, in Cons. Stato, 1960, I, 1521; sez. V, 26 novembre 1955, n. 1421, Cons. Stato, 1955, I, 1252.

²⁶⁰ Si veda Pref. Torino, ord. 26 marzo 2019, che, nel concludere che «la presente ordinanza ha vigore dal 1° aprile al 30 settembre 2019», avverte «la possibilità, con successivo provvedimento, a seguito del mutamento della situazione dell’ordine e della sicurezza pubblica o dell’assetto

semplici interessi protetti dalla legge, bensì dalla Costituzione: dalla libertà di circolazione alla manifestazione del pensiero, dalla libertà di riunione al diritto al lavoro e all'iniziativa economica. Se ne riportano i passaggi fondamentali.

La Prefettura genovese, al fine di garantire il regolare svolgimento del G8 ed a dichiarata tutela dell'ordine pubblico istituiva le cd. zone rosse e gialle nelle quali venivano interdette una serie di attività: nella c.d. «Zona rossa» – corrispondente al centro della città – l'ordinanza vietava l'accesso pedonale, il transito e la sosta veicolari, compreso il fermo dei trasporti pubblici; nella c.d. «Zona gialla» - più esterna al centro e circostante la Zona rossa – erano fissati ulteriori divieti, tra i quali il divieto di manifestazioni pubbliche, di attività di volantinaggio, di transito e di sosta di veicoli.

Tali restrizioni provocarono la reazione di alcuni privati residenti all'interno delle zone oggetto delle prescrizioni limitative (oltre che di alcune associazioni), contro la menzionata ordinanza. Quest'ultimi negavano che il Prefetto potesse emanare ordinanze contingibili in grado di comprimere o sospendere diritti costituzionali, poiché tale attività sarebbe affidata al solo esclusivamente al legislatore e non ad organi amministrativi. In particolare, lamentavano la mancanza del requisito dell'urgenza poiché il vertice tra Capi di Stato denominato G8 era stato programmato da tempo ed oggetto di appositi interventi legislativi.

Mancherebbe, inoltre, qualsiasi giustificazione in relazione alla durata del provvedimento assunto che inizia a svolgere i suoi effetti due giorni prima dell'inizio del vertice vero e proprio. Ancora, difetterebbe la proporzionalità tra il sacrificio imposto e l'interesse pubblico che si è voluto tutelare con l'ordinanza ed una congrua motivazione risultando insufficiente a dire dei privati la motivazione di evitare disordini o turbative all'ordine ed alla sicurezza pubblica.

In entrambi i gradi il T.A.R. Liguria, prima²⁶¹, e il Consiglio di Stato²⁶², poi, rigettarono tutte le censure. I giudici amministrativi respingevano i ricorsi, enfatizzando che le supposte limitazioni alle libertà costituzionali erano giustificate dall'eccezionale rilievo dell'evento e dalle incontrovertibili ragioni di sicurezza, date, in particolare, dalla presenza di frange estreme e antisistema in talune zone della città, che imponevano di

dell'area, di modificare o revocare le prescrizioni imposte, in attuazione del principio di proporzionalità»

²⁶¹ Si veda T.A.R. Liguria, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

²⁶² Si veda Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 85.

regolare (non sopprimere) le libertà costituzionali. «Il provvedimento nasceva cioè dalla necessità istituzionale, costituzionalmente prevista e disciplinata, di assicurare un'efficace protezione della sicurezza collettiva e dell'incolumità personale dei singoli, e traeva quindi legittimo fondamento nelle disposizioni legislative che tale potere attribuiscono al Prefetto, quale rappresentante del Governo».

In particolare, con riferimento alla possibilità per il Prefetto di emanare ordinanze contingibili in grado di comprimere o sospendere diritti costituzionali, il T.a.r. Liguria, preliminarmente, osservava che “l'art. 2 del TULPS ha superato più volte il vaglio di costituzionalità ed ogni volta il giudice costituzionale ha riconosciuto la legittimità del potere prefettizio a condizione che l'esercizio del potere avvenga nel solco tracciato da norme primarie, che sia congruamente motivato e che il sacrificio imposto ai cittadini rispetti un principio di proporzionalità che dimostri la prevalenza dell'interesse pubblico perseguito.

" (...) le ordinanze prefettizie di ordine pubblico e di urgenza ai sensi dell'art. 2 t.u.p.s. 18 giugno 1931 n. 773 sono utilizzabili soltanto nei casi di riserva relativa di legge ma in tali casi possono incidere anche nei riguardi di diritti costituzionalmente garantiti (i quali ultimi non possono essere tutelati oltre i limiti ad essi coesenziali, tali da consentire l'esplicarsi delle esigenze necessarie ad assicurare la vita stessa della comunità e quindi anche l'adozione di misure d'urgenza prefettizie). Pertanto le ordinanze prefettizie in parola sono emanabili anche in materia di libera iniziativa economica e di diritto di proprietà, salvo il riscontro in concreto del rispetto dei limiti posti all'esercizio del relativo potere, fra i quali quello dell'adeguatezza del provvedimento ed i presupposti dell'urgenza e della grave necessità ed urgenza, considerati sotto il profilo della sicurezza e dell'ordine pubblici ai quali, cioè, in mancanza della ordinanza di urgenza, stia per venire un pericolo (T.A.R. Lazio sez. I, 11 gennaio 1989 n. 1).

I giudici amministrativi, dopo aver affermato con certezza che si fosse in presenza di diritti soggetti ad una riserva relativa, procedevano alla verifica dell'uso del potere in relazione alla compressione dei diritti costituzionali.

A tal fine, il tribunale amministrativo utilizzava quale parametro fondamentale del giudizio la ragionevolezza del provvedimento calibrato nel temperamento della pluralità di interessi coinvolti. “Nel caso di specie le preoccupazioni per l'ordine pubblico, divenute sempre più pressanti, anche in considerazione delle violenze verificatesi in

analoghi vertici precedenti (si pensi, in particolare, a quello di Goteborg) e notizie di intelligence circa il pericolo attentati, hanno indubbiamente spostato l'interesse generale dell'Amministrazione verso misure di polizia, quali appunto le zone interdette al pubblico (zona rossa) o nelle quali erano vietate sia le manifestazioni sia il volantinaggio (zona gialla)".

Con riferimento, poi, alla presunta mancanza del requisito della proporzionalità, "va considerato, dal punto di vista della proporzionalità del sacrificio richiesto e del contemperamento degli interessi pubblici posti a confronto che la limitazione dei diritti sopra accennati nei confronti dei soggetti giunti a Genova per testimoniare la loro opposizione al vertice dei Paesi più industrializzati ed alle politiche dagli stessi perseguite, trova il proprio contraltare nella possibilità per i rappresentanti politici dei Paesi partecipanti di poter svolgere la funzione politica per la quale avevano ricevuto l'investitura popolare attraverso il voto dei propri cittadini. Inoltre, nessuno dei diritti in questione risulta soppresso, potendo svolgersi pienamente i diritti di circolazione e di riunione in tutte le altre zone di Genova non interdette, ove potevano essere altresì svolte le attività di manifestazione del pensiero. Inoltre, l'evento è stato coperto con dirette televisive e seguito da tutti i mezzi di comunicazione (radio, televisioni, giornali, internet) che hanno consentito l'amplificazione e la diffusione del dissenso al vertice ufficiale. Complessivamente considerate, pertanto, le misure assunte risultano proporzionate e ragionevoli nella doverosa comparazione tra sacrificio imposto alle associazioni ricorrenti nel manifestare il proprio dissenso al vertice G8 e la tutela dell'incolumità pubblica di tutti i cittadini genovesi coinvolti". Infine, riconosciuta la legittimità dell'attività occorre verificare, se le ordinanze prefettizie ex art. 2 TULPS abbiano avuto efficacia limitata nel tempo, in coerenza con l'urgenza che ne giustifica l'adozione ed abbiano comportato il minor sacrificio possibile per i privati destinatari del provvedimento stesso, oltre ad essere congruamente motivate. "L'istituzione delle zone, rossa e gialla, hanno avuto efficacia per cinque giorni, cioè non solo durante i tre giorni del vertice, ma anche nei due giorni precedenti. Questo termine viene contestato dai ricorrenti perché ritenuto troppo esteso. Tuttavia, va osservato che l'attività di prevenzione e controllo legata alla sicurezza delle zone della città oggetto del vertice e la materiale realizzazione della delimitazione delle

zone stesse imponeva l'estensione temporale dell'ordinanza ad un tempo che risulta comunque contenuto (due Giorni).

La giurisprudenza penale (Cass.pen.I sez. 9\10\1985) in tema di ordinanze del prefetto, ex art. 2 t.u.l.p.s. ha affermato che " il requisito della provvisorietà va interpretato nel senso che le restrizioni devono essere proporzionate alla necessità e devono cessare con il venir meno della stessa. Ne consegue che non è richiesto che la durata del provvedimento debba essere predeterminata in modo esplicito, anche in considerazione della discrezionalità ampia del prefetto di apprezzamento in ordine alle esigenze dello stato di necessità".

Il Collegio ritiene che questa affermazione debba essere temperata dalla necessità di indicare espressamente la durata del provvedimento in considerazione della delicatezza ed importanza dei diritti costituzionali sui quali l'ordinanza oggi in discussione incide, ma la massima giurisprudenziale è condivisibile nell'affermazione secondo la quale la durata del provvedimento non debba essere rigidamente legata all'evento che lo ha determinato, purchè appaia ragionevole rispetto all'interesse pubblico ritenuto prevalente".

Nelle diverse pronunce esaminate, si noti come, i giudici amministrativi sfruttando la flessibilità dei parametri citati di illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, spesso adottano un sindacato più o meno restrittivo nel valutare l'illegittimità dell'ordinanza.

CAPITOLO TERZO

LE ORDINANZE EMERGENZIALI NEL RAPPORTO CON I PRINCIPI DI LEGALITÀ, TIPICITÀ E TASSATIVITÀ

Sommario: 1. I tratti distintivi delle ordinanze emergenziali. Il rapporto con i principi di tipicità e tassatività. – 2. Le ordinanze emergenziali e il rispetto del principio di legalità.

1. I tratti distintivi delle ordinanze emergenziali. Il rapporto con i principi di tipicità e tassatività

Le numerose sentenze amministrative e costituzionali, oltre che le diverse tesi dottrinali citate, ci consentono di individuare le caratteristiche distintive delle ordinanze emergenziali.

Per quanto, come meglio vedremo nei successivi paragrafi, ancora oggi le ordinanze emergenziali non trovano una precisa definizione, (poiché previste da numerose normative) è possibile circoscrivere le loro principali caratteristiche, soprattutto, nel rapporto con i principi di legalità, tipicità e tassatività, propri dei provvedimenti amministrativi.

Innanzitutto, le ordinanze in esame si pongono quale fine quello di rispondere in via d'urgenza ad un'emergenza²⁶³ imminente, che impone la necessità dell'intervento²⁶⁴. Lo stesso deve apparire come non rinviabile e tale da non consentire di ricorrere agli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento per regolare l'evento emergenziale. Pertanto, la P.a. potrà utilizzare il potere in esame soltanto in via <<residuale>>; in caso contrario l'ordinanza diviene illegittima, in particolare, quando viene emessa per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti, o quando non vi sia «urgenza» di provvedere. Affinché l'ordinanza non presenti vizi di legittimità, vi deve essere l'assoluta necessità di attuare un intervento non rinviabile a tutela della pubblica incolumità.

²⁶³ Si veda A. PIZZORUSSO, voce Emergenza (stato di), cit., p. 551, come «Una compiuta classificazione dei vari tipi di fattori che possono determinare situazioni di emergenza non è seriamente proponibile, anche perché l'evoluzione storica presenta continuamente nuove ipotesi di questo genere».

²⁶⁴ Si veda L. GIANNITI, P. STELLA RICHTER, voce Urgenza (dir. pubbl.), in Enc. dir., vol. XLV, Milano, 1992, p. 902, per cui la nozione di «urgenza» ha sempre ingenerato confusione anche «sovrapponendosi con le nozioni di necessità, eccezione, emergenza, cui è spesso associata ed intrecciata negli enunciati legislativi».

Altro importante tratto distintivo dell'istituto è la mancanza di specificazione - da parte della normativa primaria - del suo contenuto, poiché la legge si limita ad invocare concetti giuridici indeterminati²⁶⁵, senza indicare le misure che l'ordinanza emergenziale deve contenere. Le misure da adottare sono dalla fonte primaria semplicemente autorizzate e rimesse alla scelta discrezionale dell'organo agente²⁶⁶, che di volta, in volta, dovrà individuarle.

Sul punto, così come evidenziato da G.U. Rescigno, «quello che caratterizza il potere di ordinanza non è già il fatto che esso sia libero nel contenuto, ma che esso non abbia un contenuto predeterminato. Esistono infatti atti della pubblica amministrazione liberi nel contenuto che però non sono ordinanze: ad es., gli atti politici. Caratteristica di questi atti non è quella di poter liberamente scegliere il proprio oggetto, ma quella di poter liberamente disporre nei confronti dell'oggetto loro assegnato dalle norme che legittimano; viceversa, caratteristica delle ordinanze è che il contenuto di cui constano viene di volta in volta determinato con lo stesso atto di ordinanza, restando il relativo potere di ordinanza virtualmente libero di scegliere qualunque oggetto entro quella materia e per quei certi fini. Questa considerazione spiega perché ogni tentativo di differenziare le ordinanze dagli altri amministrativi sia destinato al fallimento se non si fonda la distinzione sulla peculiare natura delle norme attributive dei poteri di ordinanza»²⁶⁷.

Secondo E. Raffiotta trattasi di un provvedimento amministrativo "atipico" dal contenuto elastico, caratterizzato²⁶⁸ dall'indeterminatezza e l'elasticità contenutistica in deroga alla regola della tipicità degli atti amministrativi²⁶⁹.

²⁶⁵ Sul Punto, S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.

²⁶⁶ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit.

²⁶⁷ G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, cit., p. 92.

²⁶⁸ RAFFIOTTA E., *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2021

²⁶⁹ Sul punto si vedano S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, pp. 231 ss.; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, pp. 799 ss; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, pp. 35 ss..

Invero, tale indeterminatezza (del concetto giuridico), come evidenziato da S. Perongini²⁷⁰, pone il problema della conformità della norma primaria, attributiva del potere, al principio di tipicità e tassatività dei poteri amministrativi e di compatibilità con le situazioni giuridiche soggettive del privato di rango sovraordinato rispetto allo stesso potere amministrativo.

La soluzione al problema de quo implica alcune considerazioni preliminari.

La indeterminatezza del concetto giuridico (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) “può essere superata solo utilizzando termini con una valenza semantica specifica, idonei a indicare rispetto al *genus* una *species*, oppure una locuzione idonea a esprimere un concetto specifico, preciso e definito”²⁷¹.

Sul punto, sono concetti giuridici indeterminati (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) le locuzioni di “interesse pubblico”, di “pubblica sicurezza”, di “ordine pubblico” e di “buon costume”, le quali descrivono termini che abbracciano una pluralità di fenomeni, che fanno riferimento a una categoria generale, idonea ad assumere diversi significati e che non hanno caratteri specifici, definiti e precisi²⁷².

L’elaborazione della nozione di concetti giuridici indeterminati si deve soprattutto alla dottrina tedesca, che, inizialmente, l’ha distinta - per quanto concerne il piano strutturale della norma²⁷³ - dalla nozione di discrezionalità: la discrezionalità tocca gli effetti giuridici²⁷⁴ e ricorre quando la legge devolve all’amministrazione il potere di stabilire la regola del proprio agire, consentendole di determinare le conseguenze giuridiche. Invece, i concetti giuridici indeterminati venivano stati collocati nell’ambito della fattispecie normativa²⁷⁵. Nel primo caso si suole parlare di *Handlungsspielraum*, ovvero spazio di

²⁷⁰ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, pagg 231 ss.

²⁷¹ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, cit. p. 290 ss.

²⁷² La questione della difficoltà interpretativa del concetto di principi generali viene evidenziata da V. CERULLI, *Principi di legalità e poteri straordinari di amministrazione*, in dir. pubb, 2007, pag. 360.

²⁷³ Sulla struttura della norma si veda K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, (trad it. Introduzione al pensiero giuridico), Milano, 1970, 13 ss.

²⁷⁴ C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in Nuovo dig. it., X, 1939, 77 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1989, 591.

²⁷⁵ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, cit. p. 283 ss.

azione; nel secondo caso si utilizza l'espressione Beurteilungsspielraum, ovvero spazio di valutazione e di apprezzamento.

Nella prima specifica trattazione²⁷⁶ dedicata alla nozione di unbestimmte Rechtsbegriffe, si afferma che, quando il legislatore utilizza nella norma primaria volutamente un concetto indeterminato, attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale²⁷⁷; invece, quando l'incertezza non è voluta, il legislatore attribuisce all'amministrazione, unicamente, il potere di interpretare la legge²⁷⁸, ovvero la possibilità di scegliere fra diverse soluzioni, dovendo scegliere l'unica determinazione giuridicamente corretta.

Altra parte della dottrina affronta il dibattito sul carattere attributivo di discrezionalità compreso nei concetti giuridici indeterminati distinguendo fra discrezionalità di azione o volitiva, che ricorre quando la legge conferisce all'amministrazione libertà di azione; e discrezionalità sussuntiva, che ricorre quando la legge attribuisce un certo margine di valutazione dei presupposti per l'azione²⁷⁹. Ciò al fine di ricavare uno spazio, insindacabile per i giudici, diverso da quello occupato dalla discrezionalità vera e propria²⁸⁰. Sul punto, la tesi de qua indaga sul significato dei termini "indeterminato" e "giuridico": sotto il primo profilo, i diversi concetti indeterminati rappresentano la base per verificare se la norma primaria vuole conferire all'amministrazione uno spazio di valutazione insindacabile; mentre, rientrano nell'ambito della giuridicità e, pertanto, sono sindacabili dal giudice l'attività di interpretazione, ovvero quella di definizione del contenuto del concetto indeterminato, e l'attività di accertamento del fatto. "Invece, secondo la tesi in esame, quando l'amministrazione procede all'applicazione di un concetto giuridico indeterminato a un caso concreto, vale a dire sussume il fatto nella fattispecie legislativa astratta, il suo giudizio rimane insindacabile"²⁸¹. Precisamente, il

²⁷⁶ Si fa riferimento al lavoro di W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 36 ss.. Sul tema dei concetti giuridici indeterminati si veda anche W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, 30 ss.

²⁷⁷ W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., 1913, 39 ss.

²⁷⁸ W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., 1913, 30 ss.

²⁷⁹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 65.

²⁸⁰ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum*, cit., in J.Z., 1955, 99 ss.

²⁸¹ PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, cit. p. 286 ss

sindacato del giudice è limitato, soltanto, alla verifica che l'amministrazione abbia rispettato i limiti individuati dalla legge²⁸².

La tesi de qua si pone anche il problema di verificare la conformità costituzionale di una disciplina limitativa del sindacato giurisdizionale, evidenziando che si tratta di una limitazione del tutto eccezionale, poiché resta sindacabili il rispetto, da parte dell'amministrazione, dei limiti indicati dalla legge, inoltre sussiste l'onere per la stessa di motivare la sua scelta, con conseguente controllo giurisdizionale sulla motivazione stessa.

Predetta tesi è stata condivisa e ulteriormente sviluppata dalla contemporanea teoria denominata dottrina della rappresentatività o sostenibilità (*Vertretbarkeitslehre*)²⁸³, secondo la quale i concetti di valore o normativi non sono applicabili se non integrati da un giudizio di valore²⁸⁴, poiché vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali che conducono a una sola interpretazione e altri, i concetti normativi, che legittimano soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide²⁸⁵. I primi sono sindacabili dal giudice amministrativo rispetto al procedimento di sussunzione del fatto nella fattispecie normativa perché si tratta di una pura attività interpretativa²⁸⁶; viceversa, in presenza di concetti normativi, è sindacabile unicamente l'interpretazione che l'amministrazione abbia fatto del concetto giuridico indeterminato e la sussunzione fra fatto concreto e fattispecie normativa, ma si deve astenersi dall'incidere sul giudizio di valore formulato dall'amministrazione²⁸⁷.

Senonché, successivamente, la giurisprudenza tedesca²⁸⁸, ha perseguito la strada della sindacabilità dei provvedimenti emanati sulla base di concetti giuridici

282 O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum*, in *J.Z.*, 1955, 99 ss.

283 La dottrina della sostenibilità si riassume alla teoria elaborata da PH. HECK, *Gesetzesjurisprudenz*, Tübingen, 1914, e successivamente sviluppata da D. JESCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungrechtlicher Sicht*, in *A.ö.R.*, 1957, 171 ss.

284 La tesi in esame è stata formulata per la prima volta da C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 1955, 309 ss., 318 ss., e, poi, è stata sviluppata in C.H. ULE, *Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht*, in *D.V.Bl.*, 1973, 756 ss.; C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., 1983, 9; C.H. ULE, *Rechtsstaat und Verwaltung*, in *Verw. Arch.*, 1985, 1 ss., 9 ss.

285 C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., 1983, 9 ss.

286 C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 1955, 324 ss.

287 C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 1955, 326 ss.

²⁸⁸ Sull'elaborazione della giurisprudenza tedesca si vedano D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 95 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione*, cit., 2004, 19 ss.

indeterminati, poiché le norme costituzionali non ammettono limitazioni al sindacato giurisdizionale, inoltre, la strada è stata perseguita sulla convinzione che in sede di applicazione degli “unbestimmte Rechtsbegriffe” sia prospettabile “un’unica decisione giusta”.

La dottrina italiana, pur privilegiando l’approfondimento della contrapposizione fra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, ha richiamato la nozione di concetto giuridico indeterminato²⁸⁹, superando, come succitato, il problema del rapporto tra i concetti giuridici indeterminati e il principio di tipicità e tassatività dei poteri amministrativi attraverso l’indicazione di una locuzione idonea a esprimere un concetto specifico, preciso e definito.

Così come avviene nel caso del potere di ordinanza emergenziale, autorizzato attraverso concetti giuridici indeterminati, tanto da richiedere, in alcuni casi, l’intervento del legislatore volto a precisarne il significato.

Per esempio, l’originaria versione del succitato art. 54, secondo comma, d.lgs.vo n. 267/2000, stabiliva che “il sindaco (...) adotta provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità dei cittadini”. La norma, così formulata, poneva, un problema di conformità al principio di legalità perché si risolveva nell’attribuzione al sindaco di un potere atipico.

Come succitato, l’art. 54, secondo comma, T.u.e.l. è stato modificato dalla l. n. 125/2008, la quale ha precisato che predette ordinanze sono finalizzate a eliminare “gravi pericoli a livello locale che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana”. Ancora, la sicurezza urbana è stata definita dal decreto del Ministero dell’Interno 5.08.2008, come bene pubblico da tutelare in ambito locale, attraverso attività poste a

²⁸⁹ Per la dottrina italiana sui concetti giuridici indeterminati, si vedano F. LEVI, *L’attività conoscitiva*, cit., 1967, 244 ss., 248 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità*, cit., 1969, 150 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note, cit., in Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione*, cit., 1987, 303 ss., 310 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità*, cit., 1989, 347 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 136 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., 1993, 41 ss., 69 ss., 246 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 44 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 220 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione*, cit., 2004, 15 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma*, cit., 2006, 362 ss. Di recente, PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, pp. 280 ss.

difesa del rispetto delle norme che regolano la convivenza civile al fine di migliorare le condizioni di vivibilità dei centri urbani, la convivenza civile, e la coesione sociale.

In altri termini, come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, il potere in questione attiene alla tutela della sicurezza pubblica, e alla prevenzione dei reati e alla tutela dei primari interessi pubblici sui quali si regge l'ordinata convivenza civile nella comunità nazionale ²⁹⁰.

In particolare, secondo i giudici amministrativi: "Il potere in questione può essere legittimamente esercitato quale immanente prerogativa sindacale di provvedere in via d'urgenza e contingibile alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, nonché quando la violazione delle norme che tutelano i beni previsti dal d.m. 5.08.2008 (situazioni di degrado e isolamento, tutela del patrimonio pubblico e della sua fruibilità, incuria e occupazione abusiva di immobili, intralcio alla viabilità o alterazione del decoro urbano) non assuma rilevanza solo in sé stessa (poiché in tal caso soccorrono gli strumenti ordinari), ma possa costituire la premessa per l'insorgere di fenomeni di criminalità, suscettibili di minare la sicurezza pubblica, dato che, in tal caso, vengono in rilievo interessi che vanno oltre la normale competenza di polizia amministrativa locale"²⁹¹.

In definitiva, il legislatore è intervenuto al fine di specificare in maniera più precisa un concetto giuridico indeterminato (*unbestimmte Rechtsbegriffe*)²⁹².

Quando tutto questo manchi, vale a dire quando il legislatore conferisce un potere amministrativo configurandone i presupposti sulla scorta di un concetto giuridico indeterminato, è evidente che intende devolvere all'amministrazione il potere di individuare i presupposti del potere amministrativo stesso.

In presenza di un concetto giuridico indeterminato, la specificazione devoluta all'amministrazione si articola in due momenti. Innanzi tutto, l'amministrazione deve specificare la norma, generica e indeterminata, utilizzando le disposizioni di rango sovraordinato, quali principi generali dell'ordinamento, norme costituzionali e norme comunitarie. In altri termini, fra tutte quelle astrattamente possibili, deve scegliere una fattispecie e riferirla al caso di cui essa si occupa. Si è in presenza di una tipica attività

²⁹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 31.10.2013 n. 5276.

²⁹¹ Cons. Stato, sez. VI, 31.10.2013 n. 5276.

²⁹² Critiche avverso le tecniche legislative che pongono concetti imprecisi in C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München, 1955, 309 ss.*

interpretativa, analoga a quella svolta dal giudice in sede giurisdizionale²⁹³. In secondo luogo, gli elementi di indeterminatezza che dovessero residuare all'esito della già menzionata attività interpretativa, vanno puntualizzati sulla scorta di una attività valutativa, che può avere natura comparativa degli interessi in gioco, oppure natura valutativa di altri profili.

Il concetto giuridico indeterminato implica il conferimento all'amministrazione del potere discrezionale di specificarne la fattispecie di riferimento, in sede di esercizio del potere stesso. L'amministrazione, fra le varie soluzioni che dovessero residuare all'esito dell'esercizio dei poteri ermeneutici, avrà il dovere di optare per quella che, al termine di una comparazione fra i vari interessi inerenti alla vicenda oppure di una mera comparazione, appaia maggiormente conforme all'interesse pubblico.

L'attività interpretativa sarà sindacabile dal giudice, negli stessi termini in cui è sindacabile l'interpretazione svolta in sede giurisdizionale.

L'uso corretto dei canoni ermeneutici consentirà all'amministrazione di evitare soluzioni che violino il principio di legalità, optando per una ipotesi interpretativa conforme all'impianto normativo sovraordinato.

L'ulteriore specificazione, effettuata scegliendo fra le varie soluzioni possibili quella conforme a (e derivante da) una valutazione comparativa degli interessi, integrerà un tipico esercizio di un potere discrezionale o valutativo di altra natura, sindacabile nei limiti dell'eccesso di potere.

In conseguenza di quanto evidenziato, si ritiene più corretto discutere di provvedimento a bassa tassatività e non di provvedimento atipico.

“In virtù del principio di tipicità sono provvedimenti amministrativi solo quelli indicati come tali dal legislatore. Invece, per il principio di tassatività il contenuto del provvedimento è prefigurato dalla norma la quale, prevedendo limiti e divieti o

²⁹³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma*, cit., 2006, 362 ss., sostiene che i concetti imprecisi riguardano fattispecie eterogenee e che tutto ciò che attiene al predicato fattuale è in linea di principio concepibile come questione interpretativa e di accertamento di presupposti legali. “Nell'identificazione dei tre momenti logici dell'azione amministrativa reinterpretazione e determinazione del Tatbestand, applicazione dei concetti così ricavati ai fatti del caso, ed apprezzamento e determinazione di determinati effetti giuridici (Rechtsfolge) – soltanto quest'ultimo riguardante il conseguente della norma, si ritiene possa avere riguardo alla discrezionalità amministrativa. I primi due momenti atterrebbero a tipiche manifestazioni della giurisdizione”. In termini analoghi, Y. ARAI TAKAHASHI, *Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited*, in *European Public Law*, 2000, 73 ss.

imponendo obblighi, stabilisce quale determinazione può assumere l'amministrazione con il provvedimento”.

La legge individua il grado di tassatività prevedendone una diversa intensità a seconda delle finalità che la norma vuole perseguire con il provvedimento.

“La legge, nell'intrecciare profili vincolati e profili discrezionali dell'esercizio del potere, modula il rapporto fra nucleo intangibile della determinazione provvedimento e sfera riservata all'amministrazione”.

Nel nostro ordinamento la competenza ad emanare un provvedimento amministrativo è riservata alla legge, così come sono le norme positive a stabilire modalità di esercizio del potere e di stabilire i contenuti del provvedimento; all'amministrazione residua un potere discrezionale nella scelta del contenuto del provvedimento ma sempre nell'ambito predeterminato dalla legge.

Nel caso delle ordinanze emergenziali, la norma primaria attribuisce il potere all'autorità amministrativa, stabilisce la tipologia di provvedimento da adottare, ovvero una ordinanza, specifica i presupposti della necessità e dell'urgenza, lasciando all'amministrazione stessa il compito di individuare in concreto le misure da adottare per fronteggiare, temporaneamente, l'emergenza.

Ne deriva che il contenuto del provvedimento emergenziale è caratterizzato da quella che potremmo definire “bassa tassatività”, poiché non è ex ante prestabilito dalla legge; la stessa si limita a individuare la tipologia del provvedimento da adottare in caso d'urgenza (e dunque trattasi di un potere tipico), attribuendo all'amministrazione un potere discrezionale nella scelta del contenuto del provvedimento.

Come già evidenziato, proprio tale caratteristica, ovvero la bassa tassatività dell'ordinanza emergenziale, ci consente di distinguere le stesse dagli atti necessitati che sono sempre atti amministrativi emanati in casi di necessità per disciplinare eventi eccezionali, ma che il cui contenuto è determinato dalla legge.

Nel caso delle ordinanze emergenziali, il legislatore si limita - unicamente - a individuare i presupposti di emanazione del provvedimento, che risiedono nella necessità e nell'urgenza di fornire una rapida risposta a fatti emergenziali non previsti, né prevedibili, né elencabili o classificabili²⁹⁴.

²⁹⁴ Si veda B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, pp. 797 ss.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., pp. 73 ss.

La norma primaria, nell'indicare i limiti di utilizzo del potere in esame (i quali variano a seconda della materia ambientale o sanitaria) non cataloga la tipologia di interventi ammissibili²⁹⁵. Come vedremo, nel prossimo paragrafo, è proprio questa la caratteristica principale delle ordinanze emergenziali che meglio ci consentirà di distinguerle dalle ordinanze emanate nel corso dell'attuale emergenza COVID – 19.

Altro requisito caratterizzante le ordinanze emergenziali è l'adeguata motivazione in ordine ai presupposti di azione e agli elementi costitutivi del provvedimento e che consente di collegare l'atto all'emergenza che si intende prevenire²⁹⁶. Tra l'altro, trattasi di un requisito comune a tutti i provvedimenti amministrativi - e dunque anche alle ordinanze emergenziali - che consente di manifestare le ragioni per le quali l'atto stesso è stato adottato²⁹⁷.

Tale obbligo è codificato nell'art. 3 della legge n. 241/1990 il quale prevede un generale obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi ad esclusione degli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

2. Le ordinanze emergenziali e il rispetto del principio di legalità

Nell'individuare le caratteristiche principali delle ordinanze in esame, ai fini della loro legittimità, è necessario soffermarci sul rispetto del principio di legalità.

Nell'attuale sistema costituzionale,²⁹⁸ superata l'impostazione liberale, non è possibile annoverare le ordinanze emergenziali tra le fonti del diritto. Trattasi di un sistema rigido, il quale prevede l'esistenza di un numero chiuso di fonti primarie, che introduce strumenti

²⁹⁵ G. Morbidelli, Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703 ss

²⁹⁶ E. C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, pagg. 240 ss.;

²⁹⁷ R. JUSO, *Motivi e motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1963; G. FAZIO, *Sindacabilità e motivazione degli atti discrezionali*, Milano, 1966; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1595 ss.; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990, 3 ss.

²⁹⁸ Si ritiene ormai superata l'impostazione della dottrina liberale, che inquadrava la necessità nell'ambito delle fonti del diritto, sul punto S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p.a. in Italia*, 1909, 220: "La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate"; V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1917, 224 ss.

specifici per far fronte a casi straordinari di necessità ed urgenza (decreto – legge)²⁹⁹. Non potrebbe essere ammessa, nel nostro ordinamento, un'azione amministrativa senza una previsione di legge che la legittimi³⁰⁰. Il potere amministrativo è soggetto al principio di legalità³⁰¹ il quale sancisce il primato della legge nei confronti di ogni potere, sia di quello amministrativo che giurisdizionale.

Inoltre, il primato della legge si traduce nella prevalenza dei diritti civili (diritto di circolazione, di proprietà, di libertà) in essa affermati, su ogni altro potere, i quali rappresentano veri e propri limiti all'esercizio dei pubblici poteri³⁰².

Detta sottoposizione del potere amministrativo alla legge è stato oggetto di diverse interpretazioni in dottrina. Vi è una tesi più permissiva la quale consente all'amministrazione di agire liberamente quando una norma manca³⁰³; l'altra tesi, invece,

²⁹⁹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 4, il quale, nell'evidenziare che “la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione”, afferma che “ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo, e se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale, intesa come consapevole rimozione della forza normativa di alcune disposizioni costituzionali da parte delle istituzioni di vertice (la *Verfassungsdurchbrechung* nel senso di Jacobi e di Schmitt), destinata a legittimarsi (se vi riuscisse!) in virtù del fatto, non della piana applicazione di una (pretesa) fonte di diritto”.

³⁰⁰ Sul principio della tipicità e del numero chiuso degli atti di diritto pubblico si veda G. BERTI, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, Padova, 2001, pp. 199 ss

³⁰¹ Sul principio di legalità si vedano E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, München, 1950, 265; M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1952, 425 ss.; C. EISENMAN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in Conseil d'Etat, *Etudes et documents*, 1957, 29 ss.; G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1961, 162 ss.; L. CARLASSARRE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 113 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 157 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 10 ss., 237 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1973, 659 ss.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1974, 197 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 124 ss.; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981, 315, 338; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 27 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1999, 111; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 61 ss.; L. MEZZETTI, *Manuale breve Diritto costituzionale*, Milano, 2006, 269 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 708 ss.; R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2013, 338 ss.; A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. COCCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 190 ss.; S. VILLAMENA, *La pubblica amministrazione e i suoi principi*, in S. COGNETTI-A. CONTIERI-S. LICCIARDELLO-F. MANGANARO-S. PERONGINI-F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 51 ss.

³⁰² P. COSTA, *Diritti fondamentali*, cit., in *Enc. dir.*, ann., II, 2, 2008, 288 ss.

³⁰³ In tal senso, O. RANELLETTI, *Principi*, cit., 1912, 143.

più radicale afferma che il potere amministrativo sia predeterminato dalla legge e che l'amministrazione possa agire solo in presenza di una legge che la legittimi a fare³⁰⁴.

Anche dopo l'emanazione della Costituzione repubblicana nel 1948, la dottrina ha oscillato tra queste due tesi, discutendo, per lungo tempo se l'amministrazione fosse soggetta al principio di legalità.

Si deve all'autorevolezza di una dottrina³⁰⁵ la convinzione secondo la quale anche la P.a. è soggetta al principio di legalità.

Tuttavia, il problema si è posto con riferimento alle ordinanze emergenziali, poiché le stesse - emanate per far fronte ad eventi e calamità naturali e connotate dai tratti della straordinarietà e dell'imprevedibilità – comportano, secondo parte della dottrina, una contrazione del principio di legalità, poiché verrebbero autorizzate da una generica previsione di legge.

Orbene, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale esaminata, il principio di legalità è da intendere oltre che in senso formale, anche in senso sostanziale³⁰⁶, ponendo lo sguardo verso la fonte primaria "intermedia" e alla sua legittimità costituzionale, non potendo il Governo adottare provvedimenti eccezionali contrastanti con le leggi vigenti, ovvero senza un'intermediazione legislativa che li preveda, la quale, nello specifico, dovrà indicare la finalità della materia, il presupposto, l'autorità legittimante, rimanendo a contenuto libero e per altro verso non potrà conferire a tali provvedimento la medesima forza di legge, poiché della forza di una fonte può disporre solo la fonte sovraordinata³⁰⁷.

³⁰⁴ In tal senso, R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931, 17, 29 ss.

³⁰⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1962, 291. Il riferimento al principio di legalità non era presente nelle edizioni precedenti. Lo si trova poi sviluppato successivamente, per esempio, in A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, edizione del 1982, 515 ss

³⁰⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 2011.

³⁰⁷ In tal senso, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 5, che individua in ciò il fondamento degli effetti delle ordinanze de quibus, cui "non può essere consentita l'abrogazione, ma solo la deroga temporanea delle fonti primarie, in armonia con il principio – pacifico, perché implicato dall'extra-ordinarietà – della temporaneità dello spatium temporis della loro applicazione".

CAPITOLO QUARTO

IL POTERE DI ORDINANZA NELLA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Le ordinanze emergenziali in ambito sanitario. - 2.1 Le ordinanze in materia di protezione civile. - 2.2 Le ordinanze emergenziali del Sindaco. - 3. Gli atti normativi adottati durante l'emergenza Covid-19. - 3.1. Fase 2 e 3 della pandemia: il nuovo ruolo delle Regioni nella gestione dell'emergenza. - 3.2. Fase 4. Nuovo ruolo delle Regioni. - 3.3. Nuove misure: la ripresa delle principali attività lavorative, concorsuali e didattiche in Italia. 4. Uso e abuso dei D.P.C.M. - 4.1 Le ordinanze emergenziali e i dd.P.C.M.: affinità e differenze. La sentenza della Corte Costituzionale n. 98 del 22 ottobre 2021.

1. Considerazioni introduttive

L'emergenza nel diritto amministrativo è stata ampiamente ricostruita da dottrina³⁰⁸ e giurisprudenza al fine di poter individuare nella stessa una «valvola di sicurezza»³⁰⁹ dell'ordinamento, per sfuggire alla rigidissima legge, ponendosi come «una sorta di zona di limite del diritto pubblico, nella quale si trovano ad operare forze contrapposte»³¹⁰. Tali «forze contrapposte» si legano a eventi imprevedibili i quali, all'esito di un complessivo bilanciamento di interessi, impongono di prescindere dall'emanazione di atti

³⁰⁸ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 4/2005, 778; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008, 13 ss.; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Giuffrè, Milano, 1979; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003; AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA 2005, Giuffrè, Milano, 2006; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. Vignudelli, Giuffrè, Milano, 2009, 133 e ss.; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit.; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012; P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

³⁰⁹ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 102.

³¹⁰ In tali termini, F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, 27 ss. febbraio

ordinari a favore di strumenti speciali ed extra ordinem, in ragione dell'esigenza di assicurare la cura immediata di taluni interessi ritenuti prevalenti³¹¹.

Sul punto, si è soliti parlare di un «diritto dell'emergenza»³¹², che emerge al verificarsi di eventi imprevedibile – epidemie, terremoti, o anche solo grandi eventi, ad esempio di natura sportiva o religiosa³¹³, e si sviluppa attraverso l'esercizio del potere di ordinanza da parte degli organi preposti della Pubblica Amministrazione. Trattasi di un potere tipico dell'amministrazione dell'emergenza, attribuito da «una serie di previsioni legislative che disciplinano in modo eterogeneo e sporadico il potere di emanare ordinanze di necessità ed urgenza, cioè di una serie di provvedimenti di dubbia collocazione nel sistema delle fonti e che segnano una deroga ai principi di tipicità e nominatività degli atti amministrativi»³¹⁴.

Nei paragrafi che precedono si è posta l'attenzione sull'evoluzione storica del potere di ordinanza demandato ad organi amministrativi, nonché sulla compatibilità dello stesso con il sistema costituzionale e per ciò che rileva nel diritto amministrativo con il principio di legalità³¹⁵ nei suoi risvolti sostanziali e procedimentali. Sul punto, come esposto, significativo è stato l'impegno della dottrina e della giurisprudenza che hanno rimodellato l'istituto, introducendo precisi limiti e rendendolo compatibile con l'impianto costituzionale.

La ricostruzione storica della natura, dei limiti e dell'evoluzione del potere di ordinanza si è resa necessaria per meglio comprendere il dibattito oggi in corso concernente la presunta illegittimità delle ordinanze emanate dai Presidenti delle Regioni e dai Sindaci a seguito dell'emergenza sanitaria instauratasi con l'epidemia da Covid-19, le quali, spesso, hanno inciso (e incidono) sulle libertà fondamentali dell'uomo nel tentativo di

³¹¹ Tra le diverse sentenza sul punto, si veda: Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 953.

³¹² C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2006, 12 ss.

³¹³ Si pensi alle esequie di Giovanni Paolo II e l'elezione del pontefice, la beatificazione di Maria Teresa di Calcutta, l'incontro mondiale delle famiglie a Milano del 2012; i campionati del mondo di ciclismo su strada del 2008, i mondiali di nuoto «Roma 2009», i giochi olimpici invernali «Torino 2006».

³¹⁴ F. F. PAGANO, *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile. Ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra-ordinem del Governo*, in Rivista AIC, 2011, 4

³¹⁵ Su cui si veda il recente lavoro monografico di E.C. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna 2020.

contenere il contagio. La disamina dottrinale e giurisprudenziale affrontata evidenzia maggiormente il contrasto tra ciò che sembrava essere il punto d'arrivo di una riflessione giuridica e quello che avviene oggi.

L'emergenza sanitaria in corso, definita Pandemia dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, ha determinato il proliferarsi, anche giornaliero, di strumenti eccezionali da parte della Pubblica Amministrazione per la gestione dell'emergenza epidemiologica COVID-19, facendo sorgere, nuovamente, secondo parte della dottrina, forti dubbi sulla compatibilità di queste misure "emergenziali" con l'attuale sistema costituzionale. Da strumenti eccezionali, utilizzati sporadicamente dall'amministrazione, si è passati ad atti utilizzati quotidianamente per limitare la diffusione del contagio.

Sul punto, osservando l'ordinamento speciale sorto per contrastare la pandemia da Covid-19, colpiscono i diversi provvedimenti adottati da parte di Regioni e Comuni (ex art. 32 legge n. 833/1978, art. 117 d.lgs. n. 122/1998, art. 50 d.lgs n. 276/2000)³¹⁶, i quali hanno inciso (e incidono) su diritti e libertà.

La tesi che si cercherà di argomentare è la distinzione tra le ordinanze emergenziali ex art. 32 della L. 833/1978 e le ordinanze presidenziali emanate nel corso dell'attuale emergenza sanitaria in forza dei decreti – legge n. 6, 19, 33 del 2020, individuando una peculiare e autonoma specie di ordinanze sanitarie che trovano i propri presupposti e limiti nella legislazione di emergenza.

A tal fine, ai fini del presente studio, verranno prese in considerazione le ordinanze emanate nel corso della crisi epidemiologica dai Presidenti di Regione e da Sindaci, ponendo l'attenzione sulle pronunce dei giudici amministrativi, chiamati più volte a decidere sulla validità delle stesse, inquadrate quali provvedimenti amministrativi, soprattutto quando hanno introdotto limitazioni dei diritti fondamentali ben più pregnanti rispetto a quelle decise attraverso i D.P.C.M. del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei decreti legge.

Provvedimenti questi che hanno suscitato l'interesse di molti, e che sono state oggetto di impugnazione anche da parte dello Stato, quasi a voler individuare, secondo alcuni teorici del diritto, una degradazione dell'interesse pubblico ad interesse legittimo,

³¹⁶ Si v. il completo Dossier di C. Drigo, A. MORELLI, Dossier "*l'emergenza sanitaria da covid-19. normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina*", su www.dirittiregionali.it.

facendo emergere così un fenomeno nuovo: il fenomeno dello Stato ricorrente in primo grado.

In particolare, nei capitoli che seguono ci soffermeremo da prima, sugli strumenti normativi previsti nel nostro ordinamento per fronteggiare le emergenze sanitarie, per poi analizzare la sequenza normativa con il quale il Governo ha affrontato l'emergenza epidemiologica da COVID-19, con specifico riguardo al D.L. n. 6 e al D.L. n. 19 del 2020 e, infine, verranno esaminate alcune delle ordinanze comunali e regionali emanate nella lotta al Covid – 19, ripercorrendo, anche, lo svolgimento del contenzioso amministrativo sviluppatosi, per poi interrogarci sulla qualificazione delle stesse.

2. Le ordinanze emergenziali in ambito sanitario

La disciplina delle ordinanze emergenziali in ambito sanitario è contenuta in diverse disposizioni legislative, tutte, accomunate dal fine di prevenire un'emergenza che pone a rischio la salute delle persone, valore questo costituzionalmente garantito dall'art. 32 della Costituzione.

La principale disciplina delle ordinanze in materia sanitaria è oggi contenuta, innanzitutto, nell'art.32 della legge 23 dicembre 1978 n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale) il quale prevede in capo al Ministro della Salute il potere «di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni», nonché assegna - in chiusura - ai Presidenti di Regione e ai Sindaci il potere di emanare ordinanze nelle medesime materie, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. La norma de qua qualifica il potere attribuito in capo alle citate autorità quale "contingibile e urgente" che può anche intervenire in deroga a disposizioni legislative, individuando quali limiti il rispetto del principio di legalità, ovvero l'emanazione delle stesse nei limiti della materia, oltre che la temporaneità della loro vigenza.

Nella seconda parte, la norma sembra introdurre una disciplina di chiusura dei poteri emergenziali in materia sanitaria, attribuendo in capo ai Presidenti di Regione e ai Sindaci, un potere, il quale sembra sovrapporsi - per alcuni aspetti - a quello già cristallizzato nell'art. 261 del T.U.L.S che conferisce poteri emergenziali in capo al

prefetto, al sindaco e al ministro della Sanità per specifiche questioni attinenti alla tutela della salute.

Invero, proprio tale sovrapposizione con la legge 833/1972, nonché con altre disposizioni normative emanate successivamente, induce a ritenere le norme del t.u.l.s. probabilmente abrogate³¹⁷.

Il Testo unico delle leggi sanitarie, agli artt. 258³¹⁸ e 261³¹⁹ disciplina (o per meglio dire disciplinava) misure contro la diffusione delle malattie infettive dell'uomo che possono essere adottate dal sindaco nel caso in cui in un comune «si sia manifestata una malattia infettiva di carattere epidemico». Poteri analogamente assegnati al ministro dell'Interno nei casi in cui «una malattia infettiva a carattere epidemico» interessi il territorio nazionale. Poteri, in questo caso, espressamente definiti «di ordinanza» (“ordinanze speciali” da pubblicare sulla Gazzetta ufficiale), aventi a oggetto «la visita e disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa» (art. 261³²⁰).

Orbene, i poteri emergenziali previsti dalle citate disposizioni trovano oggi apposta regolamentazione in diverse disposizioni legislative adottate dopo l'entrata in vigore della Costituzione; come nella legge n. 112 del 31 marzo 1998, in cui all'art. 117³²¹ riconosce

³¹⁷ G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., p. 19, ha sostenuto come 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.».

³¹⁸ ART. 258: Qualsiasi cittadino, dimorante in un comune in cui si sia manifestata una malattia infettiva di carattere epidemico, è tenuto, nell'interesse dei servizi di difesa contro la malattia stessa, alle prestazioni conformi alla sua condizione, arte o professione, delle quali venga richiesto dal podestà. Il provvedimento del podestà è preso su parere dell'ufficiale sanitario e contiene le condizioni di assunzione. Il contravventore è punito con l'arresto fino a tre mesi con l'ammenda da lire duecento a duemila.

³¹⁹ ART. 261: Il Ministro per l'interno, quando si sviluppi nel Regno una malattia infettiva a carattere epidemico, può emettere ordinanze speciali per la visita e disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa. Le ordinanze sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del Regno e possono aver vigore il giorno stesso della pubblicazione

³²⁰ ART. 261: Il Ministro per l'interno, quando si sviluppi nel Regno una malattia infettiva a carattere epidemico, può emettere ordinanze speciali per la visita e disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa. Le ordinanze sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del Regno e possono aver vigore il giorno stesso della pubblicazione

³²¹ La disposizione continua prevedendo: «Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti di 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

la possibilità di emanare ordinanza extra ordinem in ambito sanitario al Sindaco, in qualità di rappresentante della comunità locale, «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale» secondo il disposto previsto (Recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato e delle Regioni agli Enti locali in attuazione del Capo 1 della legge 15 marzo 1997, n. 59). Così come nell'art. 50 del TUEL (Testo Unico degli Enti locali) in cui, al V comma, si riconosce il potere al sindaco, quale rappresentante della comunità locale, di adottare ordinanze extra ordinem “in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale”. Tuttavia, come anticipato, la disposizione più importante che rende tacitamente abrogate le disposizioni del T.u.l.s. (o almeno desuete) è quella già richiamata dell'art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833, frequentemente utilizzato sin dalla sua emanazione, e ancora oggi, come meglio vedremo, a seguito dell'emergenza epidemiologica Covid – 19.

2.1 Le ordinanze in materia di protezione civile

Tra le ordinanze emergenziali in ambito sanitario occorre, ancora, evidenziare che il Nuovo Codice della Protezione Civile, così come approvato con Decreto legislativo n.1 del 2018 - che ha integralmente abrogato la l. 24 febbraio 1992, n. 225 - prevede all'art. 25 che “Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate”.

Prima di esaminare la nuova normativa, appare utile soffermarci sulla precedente disciplina, la quale spesso ha creato forti tensioni tra i poteri dello Stato, superando i confini entro i quali si giustifica il potere di ordinanza extra ordinem³²².

di più ambiti territoriali regionali. 2. 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».

³²² Sul punto scriveva G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., p. 25: oggi «il quadro pare chiaro e, forse, allarmante: il potere di ordinanza –

L'art. 5 l. n. 225 del 1992 è stato adottato con lo scopo di «normalizzare» la disciplina dell'emergenza, anche in ossequio ai principi enucleati dalla Corte costituzionale nelle sentenze nei precedenti paragrafi.

Tuttavia, rispetto al testo originario, l'articolo de quo successivamente è stato modificato ben tredici volte, anche attraverso interventi che ne hanno sostanzialmente mutato la disciplina del 1992.

Nella sua formulazione iniziale, l'art. 5 in caso di emergenza, ovvero al verificarsi di eventi straordinaria, attribuiva al presidente del Consiglio dei ministri o al ministro da esso delegato al coordinamento della protezione civile, i quali avrebbero potuto anche «avvalersi di commissari delegati», la titolarità del potere di ordinanza (ex art. 5, commi 2 e 3). Inoltre, ex art. 14, comma 3, il prefetto, «a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza [...], oper[ava] quale delegato del Presidente del Consiglio di Ministri [...] con i poteri di cui al comma 2 dell'art. 5», ovvero adottava ulteriori ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza.

Le emergenze sono state definite nella precedente disciplina dal legislatore come «calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza di intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo» (art. 2, lett. c). Al verificarsi di tali eventi il Consiglio dei ministri, su proposta del presidente del Consiglio dei ministri, «delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi» (art. 5, comma 1).

Pertanto, la delibera dello stato di emergenza veniva inquadrata quale limite generale entro la quale in modo proporzionale, all'interno di uno spazio e di un tempo definiti, veniva gestita l'emergenza, attraverso il potere di ordinanza.

Ancora, nel rispetto delle sentenze della Corte Costituzionale, la legge specificava che le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti dovessero essere « motivate » e « contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare » (comma 5).

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»

Infine, dal punto di vista della pubblicità, le ordinanze emanate con d.p.c.m. erano pubblicate sulla Gazzetta ufficiale e trasmesse ai sindaci interessati per la pubblicazione sugli albi pretori.

Dunque, nella sua versione di partenza tale disciplina appariva complessivamente in armonia con l'ordinamento costituzionale e con i principi enucleati dalla Corte Costituzionale.

Senonché, successivamente, vi sono state importanti modifiche alla citata norma, le quali hanno portato alla graduale distorsione del potere di ordinanza in esso cristallizzato.

Senza voler citare tutti gli interventi normativi intervenuti nel corso degli anni e fino alla riforma del 2012, si ricorda, in particolare la riforma adottata dal d.l. 7 settembre 2001, n. 343, conv., con modificazioni dalla l. 401/2001, la quale introduceva un ulteriore potere di ordinanza contingibile e urgente - in aggiunta a quello già previsto – adottabile nel caso in cui si verificassero i c.d. «grandi eventi», appositamente regolato dall'art. 5-bis, rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza» (art. 5-bis, comma 5). Così, si autorizzava il ricorso al potere di ordinanza da parte dell'Esecutivo o di suoi delegati, anche nei casi in cui l'evento era già noto, e, in alcuni casi, voluto o programmato dallo stesso Governo. Inoltre, i tempi non erano più necessariamente contingentati, bensì tendenzialmente estesi a seconda della necessità, ovviamente rimessa alla sola valutazione discrezionale del Governo.

Dalla lettura della norma è facile intuire come la riforma stravolge l'istituto così come ideato dal legislatore, offrendosi ad un facile utilizzo distorsivo nella prassi. Si pensi al peculiare caso della disciplina adottata in occasione dell'Expo 2015, in cui la prima dichiarazione di “grande evento” è stata emanata nel 2007 in occasione della candidatura del Comune di Milano, quando non era neppure certo che l'evento si sarebbe svolto in Italia, attuando così un potere i cui canoni si allontanava dal potere di ordinanza extra ordinem.

I molteplici abusi, così come già esaminato, sono stati oggetto della Corte Costituzionale. Ancora prima, lo stesso legislatore è intervenuto ad abrogare la discussa disciplina, in particolare a seguito dell'indagine della procura della repubblica di Firenze sull'attività del dipartimento della Protezione civile in occasione del G8 di luglio 2009 a La Maddalena; nonché a seguito dei richiami dell'Autorità nazionale anticorruzione, che

aveva segnalato come tale disciplina potesse in taluni casi favorire fenomeni corruttivi, attraverso l'ampia concentrazioni di potere in capo ai commissari che gestivano l'emergenza³²³.

Così, prima dell'abrogazione avvenuta con il codice del 2018, già nel 2012 con il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, il legislatore che ha abrogato l'intero comma relativo alla disciplina dei «grandi eventi»; abrogando anche l'originario comma 3 dell'art. 5 l. n. 225, che assegnava al Governo poteri eccezionali di ordinanza in casi di particolare urgenza senza rispettare la procedura ordinaria dell'art. 1, comma 2 della stessa legge³²⁴.

Tuttavia, questo non è bastato a limitare l'utilizzo distorsivo del potere di ordinanza da parte del potere esecutivo.

Tutto questo ha portato, poi, alla importante riforma attuata con il d. L. 1/2018.

Con specifico riferimento alle ordinanze, il codice della protezione civile disciplina l'istituto tra gli artt. 24, 25 e 26³²⁵. Anzitutto, l'art. 24 prevede e regola la «dichiarazione

³²³ «Segnalazione al Governo e al Parlamento (ai sensi dell'Art. 6, comma 7, lett. E ed F, del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163) del 2 aprile 2008, avente a oggetto le "Ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza; deroga alle disposizioni di cui agli Art. 6 e 7 del D.L.vo n.163/2006 in tema di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture"».

³²⁴ Comma abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. c, n. 5, D.L. 15 maggio 2012, n. 59.

³²⁵ S. AGOSTA, *Il potere di ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte Costituzionale e giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Torino, 2011; A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2012; A. CARDONE, *IL baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *osservatoriosullefonti.it*, Fascicolo speciale, 2020; A. G. P., DOLSO, *Sul principio cooperativo tra Stato e Regioni in situazioni di «emergenza»*, in *Le Regioni*, n. 3, 1996, 557 ss.; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; L. GIAMPAOLINO, *Il Servizio Nazionale di Protezione Civile*, Milano, 1993; F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statalistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Diritto e Società*, 2001, 137 ss.; C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione extra ordinem*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1, 2021; M. MALO, *La nuova legge sulla protezione civile*, in F. S. SEVERI (a cura di), *La protezione Civile*, C. n. r., Roma, 1995, 20; 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, 506 ss.; G., MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003; A. MORRONE, *I poteri di ordinanza contingibili e urgenti: l'integrazione del «diritto eccezionale» nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*, in *Riv. giur. amb.*, 1997; F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 189 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, spec.

dello stato di emergenza di rilievo nazionale», a cui è subordinata l'adozione di ordinanze in deroga alla legge. Tale dichiarazione è deliberata dal «Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa». Essa deve altresì specificare la durata e l'estensione territoriale dell'emergenza nazionale «con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25». Per quanto concerne la durata, l'art. 24, comma 3, specifica che lo «stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi», e che, ovviamente, l'ordinanza può essere revocata in anticipo.

L'art. 25 del codice della protezione civile, come già esposto, disciplina nello specifico le ordinanze, individuando, come in passato, nella deliberazione dello stato di emergenza il quadro dei limiti e delle modalità di esercizio del potere. Tale deliberazione, a sua volta, è chiamata a rispettare, sia i principi generali dell'ordinamento giuridico, sia le norme dell'Unione Europea, per la prima volta espressamente menzionate dalla normativa in materia. Inoltre, nel quadro del principio di sussidiarietà al quale è ispirato il sistema, le ordinanze devono essere emanate «acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate».

La titolarità del potere viene attribuita al presidente del Consiglio dei ministri, salvo non diversamente stabilito dalla deliberazione dello stato di emergenza che, pertanto, può assegnare tale potere ad altri soggetti, come il capo del dipartimento della Protezione civile, o altri ad altri commissari delegati.

Come notato³²⁶, tali ordinanze intervengano in un contesto emergenziale, ma non per un'urgenza, bensì per la gestione in via straordinaria di eventi già noti e programmati.

2.2 Le ordinanze emergenziali del Sindaco

Come noto, anche al Sindaco è attribuito il potere di ordinanza emergenziale, oggi regolato dal T.u.e.l. (d.Lgs 18 agosto 200, 267), e previsto nel nostro ordinamento già prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

³²⁶ E. C. RAFFIOTTA, Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative, pagg. 16 ss.

Il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali contiene due norme attributive del potere di ordinanza extra ordinem al Sindaco, sia in qualità di capo dell'amministrazione comunale, sia quale ufficiale di governo. Secondo il consolidato indirizzo del Giudice amministrativo, presupposti del potere di ordinanza contingibile e urgente attribuito dalla legge al Sindaco sono: l'esistenza di una situazione di carattere eccezionale non fronteggiabile con gli strumenti ordinari, sicché la sua adozione presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da un'istruttoria adeguata e da una congrua motivazione, in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente - stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimento; la necessità di provvedere nell'immediatezza per il pericolo per la pubblica incolumità anche se non imminente, quando sussiste una ragionevole probabilità che possa verificarsi, se non interviene prontamente, avendone constatato il deteriorato stato dei luoghi; la contingibilità intesa come impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi e l'urgenza come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile; la temporaneità dei loro effetti³²⁷.

Specificamente, ai sensi dell'art. 50, comma 5, il sindaco, quale rappresentante della comunità locale può utilizzare il potere straordinario di ordinanza «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale»³²⁸, nonché al fine di «superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana»³²⁹. La clausola generale della “necessità ed urgenza” lascia alla discrezionalità del sindaco la scelta delle

³²⁷ Cons. di Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; 24 luglio 2016, n. 3369; 22 marzo 2016, n. 1189.

³²⁸ In precedenza, l'art. 36 della legge n. 142 del 1990, n. 142 non prevedeva alcun potere sindacale di 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, il quale aveva il compito – nell'ambito della sua attività generale di vigilanza sulle pubbliche amministrazioni – di adottare «in caso di urgente necessità, i provvedimenti indispensabili nel pubblico interesse nei diversi rami di servizio» (art. 19, comma 3), nonché di «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» (art. 20).

³²⁹ L'articolo è integrato dal D.L. 20 febbraio 2017, n. 14.

ipotesi in cui utilizzare il potere in esame. Soltanto il Sindaco, quale capo della comunità locale, può meglio conoscere i pericoli che coinvolgono i propri cittadini e, dunque, decidere quando intervenire con misure straordinarie. D'altronde come potrebbe la legge, nella sua applicazione statica, conoscere i bisogni di ogni singola comunità? Cercheremo di rispondere a tale interrogativo nei successivi paragrafi.

Una seconda tipologia di ordinanze – che ha un più ampia rilevanza, anche in virtù della sensibilità degli interessi coinvolti – è quella prevista dall'art. 54 del T.U.E.L. che, nell'individuare le attribuzioni spettanti al Sindaco nelle funzioni di competenza statale, al quarto comma prevede che esso «quale ufficiale del Governo» può adottare «con atto motivato provvedimenti» contingibili e urgenti «al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»³³⁰. I poteri conferiti appaiono anche in questo caso assai ampi, tanto nei presupposti legittimanti, quanto nelle relative modalità di esercizio.

Anche in questo caso si tratta di atti temporanei strettamente legati all'emergenza, «contingibili e urgenti», che devono rispettare i principi generali dell'ordinamento. Il potere de quo è esteso dall'art. 54, comma 6, ai «casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico».

Tale potere di ordinanza ex art. 50 è stato oggetto della recente riforma apportata dal c.d. «decreto Minniti» in materia di pubblica sicurezza. In particolare, limitatamente ai casi delle ordinanze emergenziali, l'art. 8, comma 1, lett. a, punto 1, D.L. 20 febbraio 2017, n. 1430, ha esteso il potere di ordinanza sindacale, anche in deroga alla legge, «in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche». Si noti come in questo caso il sindaco operi come «rappresentante della comunità locale»,

³³⁰ Sul potere di ordinanza e, più in generale, sul sistema integrato di sicurezza urbana si veda la completa opera di G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, pp. 33 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Il problematico ruolo del Sindaco «garante» della «sicurezza urbana»: tra istanze locali e competenze statali*, in N. Gallo, T.F. Giupponi (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Roma, 2014, pp. 62 ss.

dunque ne consegue – in tale specifica ipotesi – la sua non subordinazione alla gerarchia del Governo³³¹.

Si noti come dopo la riforma, il potere di ordinanza del sindaco appare come un potere assai generale e ampio che, a livello locale, spesso si affianca a quello del prefetto, in grado di gestire le emergenze anche in deroga alla legge.

3. Gli atti normativi adottati durante l'emergenza Covid-19

Esaminati i principali strumenti extra ordinem previsti nel nostro ordinamento per fronteggiare le emergenze sanitarie, si proverà ora ad analizzare la reazione del Governo all'emergenza sanitaria Covid – 19, caratterizzata dall'impiego di molteplici misure, con una stratificazione normativa alluvionale³³²: atti derogatori a disposizioni costituzionali; atti derogatori a fonti primarie; fonti secondarie; ordinanze contingibili e urgenti; atti interni all'amministrazione, specie di carattere interpretativo, come circolari e note esplicative; ponendo l'attenzione sulle ordinanze del Presidente di Regione.

L'emergenza sanitaria, a partire dal gennaio 2020 (e ancora oggi) ha reso necessaria in Italia l'adozione di molteplici ordinanze emergenziali da parte dei Presidenti di Regione e dei Sindaci per contenere, quanto più possibile, il numero dei contagi. Tali provvedimenti extra ordinem si sono aggiunti e sovrapposti ai provvedimenti di carattere normativo e amministrativo adottati a livello centrale dal Governo (si pensi ai D.P.C.M. adottati dall'allora Presidente del Consiglio dei Ministri, Giuseppe Conte, o ai decreti, ordinanze e circolari) creando così confusione tra i cittadini, soprattutto quando, le ordinanze emergenziali dei Presidenti di Regione hanno inciso su diritti costituzionalmente garantiti imponendo maggiori restrizioni.

Come vedremo, tali provvedimenti Governativi intervenuti per contenere l'epidemia da Covid-19, pur delineando un corpus normativo sufficientemente chiaro e coerente nelle sue finalità, non sono idonei a definire con chiarezza i poteri di ordinanza regionale e comunale. Ma procediamo con ordine.

Il 30 gennaio 2020, in seguito alla segnalazione da parte della Cina (31 dicembre 2019) di un cluster di casi di polmonite ad eziologia ignota (poi identificata come un nuovo

³³¹ Sul punto E.C. RAFFIOTTA, *Il problematico ruolo del Sindaco «garante» della «sicurezza urbana»*.

³³² G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?* in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020

coronavirus Sars-CoV-2) nella città di Wuhan, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale l'epidemia di coronavirus in Cina. Il giorno successivo il Governo italiano ha proclamato lo stato di "emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili" (G.U. n. 26 del 1° febbraio 2020), in attuazione del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, «*Codice della protezione civile*»³³³. Tale modalità prevede una «valutazione speditiva»³³⁴ da parte del Dipartimento della protezione civile in ordine al ricorrere delle condizioni per la dichiarazione dello «stato di emergenza di rilievo nazionale», che è conseguentemente deliberato dal Consiglio dei ministri che ne stabilisce la durata, l'estensione territoriale e la qualità degli interventi. Come sopra esposto, la delibera de qua «autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile» e stabilisce la prima dotazione finanziaria (art. 24, d.lgs. n. 1 del 2018, c. 1), che può essere successivamente incrementata nelle stesse forme (art. 24, c. 2). Il Codice non individua il procedimento formativo delle ordinanze di protezione civile, limitandosi a stabilire i modi di pubblicità (art. 25, d.lgs. n. 1 del 2018, c. 4), e affidando la determinazione di «limiti e modalità» alla stessa Delibera dichiarativa dello stato di emergenza (art. 25, c. 1). Successivamente alla loro adozione le descritte ordinanze sono trasmesse «per informazione» alle Regioni o Province autonome e «al Presidente del Consiglio dei ministri ... e fino al trentesimo giorno dalla deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, al Ministro dell'economia e delle finanze» (art. 25, c. 4).

Nel caso in esame, la richiamata Delibera del 31 gennaio 2020, ha attribuito il potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile, «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico» (punto 2), in conformità all'art. 5, c. 1, del Codice della protezione civile che dà facoltà al Presidente del Consiglio dei ministri di esercitare i poteri di ordinanza «tramite il Capo

³³³ L'art. 7 del codice della protezione civile, dispone che si provveda a "emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24.", "con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3".

³³⁴ S. STAIANO, *Nel ventesimo anno del terzo millennio sistemi politici. Istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da covid-19*, 2020, pagg. 18 ss.

del Dipartimento della protezione civile». Ancora, ha previsto lo stato di emergenza per mesi sei ed infine lo stanziamento di 5.000,00 euro per l'attuazione dei primi interventi.

Con riferimento ai limiti e le modalità riferibili al potere di ordinanza attribuito al Capo del Dipartimento della protezione civile si ritiene che gli stessi siano quelli individuati (e già analizzati) per le ordinanze contingibili e urgenti. Detti provvedimenti, «di natura non normativa», possono essere adottati «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». Di essi può essere richiesto il riesame dalla Conferenza Stato-Regioni e dalle singole Regioni «su cui il provvedimento incide»; inoltre, le misure che essi contengono debbono essere «in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite».

La disposizione, così redatta, appare intesa a prendere posizione nell'esaminato dibattito dottrinale sulla natura giuridica delle ordinanze di necessità e di urgenza e ad allinearsi agli orientamenti della giurisprudenza richiamati, che le individuano quali atti amministrativi e non normativi³³⁵.

Invero, leggendo l'art. 25, che indica in maniera analitica gli obiettivi che la protezione civile dovrebbe perseguire con le ordinanze, ci accorgiamo che esse presuppongono calamità o altri eventi comunque già verificatisi, anziché un'epidemia da prevenire, nonostante la delibera del 31 gennaio si richiami espressamente alla “dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità” del giorno precedente.

Infatti, il 21 febbraio, - quando l'epidemia comincia davvero a dilagare, cambia lo strumento normativo prescelto per provvedervi: il Ministro della Salute adotta due ordinanze, una d'intesa con la Regione Lombardia e con efficacia limitata al territorio dei Comuni coinvolti dal focolaio, recante divieto di entrare e di uscire da tale territorio; l'altra estesa a tutto il territorio nazionale e relativa all'obbligo per le autorità sanitarie competenti di applicare la misura della quarantena. Le richiamate ordinanze sono emanate ai sensi dell'art. 32 della L.n. 833 del 1978³³⁶, il quale assegna al Ministro della

³³⁵ cfr. Corte cost., sentt. 20 giugno-2 luglio 1956, n. 8; 23-27 maggio 1961, n. 26; 26 marzo-3 aprile 1987, n. 100; 22-28 maggio 1987, n. 201; 5-14 aprile 1995, n. 127, le sentenze già esaminate affermano il necessario rapporto di strumentalità tra l'emergenza e le misure intese a fronteggiarla, richiamando all'osservanza dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

³³⁶ “ART. 32. Funzioni di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria: Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica

salute il potere di emanare ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica.

Come attentamente osservato³³⁷, dopo due giorni, il 23 febbraio, il Governo intraprende una terza strada, quella dei decreti – legge, con l’adozione del primo decreto n. 6³³⁸ (primo di una lunga serie e forse il più importante)³³⁹. Il decreto all’art. 1, da un lato, ha elencato (in modo non tassativo ed aperto) le misure finalizzate a contenere il contagio e, dall’altro, ha incentrato nella Presidenza del Consiglio dei Ministri l’adozione delle misure, attraverso il l’adozione dei dd.P.C.M., adottati sentiti i Ministri competenti nonché il Presidente della Regione³⁴⁰ interessata il quale ha la possibilità di introdurre misure maggiormente restrittive per meglio prevenire l’emergenza epidemiologica³⁴¹.

e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi. (...)”.

³³⁷ M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it* - «OsservatorioEmergenzaCovid-19», 18 marzo 2020.

³³⁸ Sul punto osserva C. PINELLI, in *Il Precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di diritti comparati (diritticomparati.it)*, 24.4.2020, p. 6, che l'utilizzo della decretazione d'urgenza in luogo delle norme sulla protezione civile ovvero di quelle sull'emergenza sanitaria sembra avere avuto la funzione di assicurare “oltre a una compiuta assunzione di responsabilità politica dell'intero governo di fronte alle Camere e al Paese per le scelte adottate, la reductio al Presidente del Consiglio dell'autorità di governo competente all'adozione di decisioni all'altezza della generalità della sfida”.

³³⁹ Secondo parte della dottrina l’emanazione di norme in “bianco” a favore del Presidente del Consiglio, svuotando sostanzialmente il ruolo del Parlamento. Sul punto: M. BETZU – P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, cit., 202; A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?* in *Diritti Fondamentali, Attualità*, 25 marzo 2020, 8; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia* (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020), in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid19*, 6 aprile 2020, 9; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit. *Questo modus operandi è stato osteggiato anche dalla Corte cost., sent. n. 617 del 1987, la quale ha imposto alle fonti di rango ordinario statale debbano determinare il «presupposto, la materia, le finalità dell'intervento» delle fonti sub-primarie*. S. CECCANTI, *Di chi è la responsabilità per un evidente caso di autoemarginazione? Il Parlamento italiano durante la crisi coronavirus*, in *www.rivistailmulino.it*, 24 aprile 2020.

³⁴⁰ In relazione alla partecipazione delle Regioni nell’adozione dei D.P.C.M. ha notato G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *inambienteditto.it* (marzo 2020) come vi sia stata una sorte di degradazione dall’intesa prevista per l’adozione delle ordinanze di protezione civile dal Testo Unico del 2018 ad una leale collaborazione debole.

³⁴¹ Come osservato criticamente in L.A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in *tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo*

È possibile accostare tale potere del Presidente del Consiglio al potere generale di ordinanza che la normativa sullo stato d'assedio attribuiva al Ministro dell'Interno (art. 216 TULPS) prima dell'entrata in vigore della Costituzione³⁴², con alcune differenze in termini di delimitazione temporale oltre che di beni costituzionali coinvolti: i decreti del Presidente del Consiglio presentano una durata media di due settimane, e “sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione”. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto” (art. 2, quinto comma, D.L. n. 19 del 2020). Trattasi di uno strumento contraddistinto da caratteri di particolare celerità, poiché, a differenza delle ordinanze di protezione civile in cui è necessaria la costruzione di una intesa con tutte le Regioni interessate, nel caso dell'emanazione dei dd.P.C.M. è sufficiente un'intesa tra il Ministro della Salute (che elabora la proposta) e il Presidente del Consiglio dei Ministri.

Con il decreto – legge n. 6, viene definito anche il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci in forza del richiamo art. 32, c. 3, legge 23 dicembre 1978, n. 833³⁴³, dell'art. 50, c. 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267³⁴⁴ (T.U. delle leggi

a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it - «Osservatorio Emergenza Covid-19», 23 marzo 2020 era l'indicazione delle autorità competenti, così come lo erano le misure di contenimento e gestione dell'emergenza. Le autorità competenti si potevano tuttavia desumere a partire dalla lettura dell'art. 3, co. 2, della norma in esame, dal momento che riconosceva la possibilità di adottare le misure di cui agli artt. 1 e 2 attraverso i poteri riconosciuti dall'art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833, e dall'117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del T.U.E.L., che sono conferiti, oltre che al Ministro della Salute, al Presidente della Regione e al Sindaco.

³⁴² M. CAVINO, Covid-19. *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in Federalismi.it, 18 marzo 2020, 9.

³⁴³ ART. 32: (...) 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. Sono fatte salve in materia di ordinanze, di accertamenti preventivi, di istruttoria o di esecuzione dei relativi provvedimenti le attività di istituto delle forze armate che, nel quadro delle suddette misure sanitarie, ricadono sotto la responsabilità delle competenti autorità. Sono altresì fatti salvi i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell'ordine pubblico”.

³⁴⁴ ART 50, comma 5: “In particolare, 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. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche.

sull'ordinamento degli enti locali) e dell'art. 117, d. lgs. 31, marzo 1998³⁴⁵, n. 112, compiuto dall'art. 3, c. 2, del D.L. n. 6 del 2020³⁴⁶: a Presidenti e Sindaci è demandato intervenire «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ... nei casi di estrema necessità». La norma appare così strutturata per evitare il rischio che i dd.P.C.M. fossero “travolti”, senza coordinamento e controllo, dalle ordinanze contingibili e urgenti delle Regioni e dei Comuni, per evitare incertezze. L'art. 3, co. 2, circoscrive il perimetro di utilizzabilità del potere di ordinanza presidenziale e sindacale, stabilendo che le misure emergenziali possono essere adottate da tali autorità attraverso le ordinanze extra ordinem, a due condizioni, ovverosia: a) «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»; b) nei soli casi di «estrema necessità e urgenza». Pertanto, soltanto qualora si configuri una situazione di urgenza ancora più stringente, tale da non consentire un tempestivo intervento Governativo (il quale, per vero, in forza dell'art. 3, c. 1, dello stesso decreto-legge, benché atto monocratico, è assoggettata a incombenze procedurali: la proposta del Ministro della salute, il parere di un novero più o meno esteso di ministri e dei Presidenti di singole Regioni o del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni; procedimento che può peraltro essere molto rapido), le autorità amministrative richiamate possano intervenire attraverso lo strumento delle ordinanze emergenziali. Pertanto, l'intervento è consentito nel tempo che intercorre tra l'avvio del procedimento inteso alla emanazione del dd.P.C.M. e il suo compimento, nel quale, per un caso di «urgenza estrema» si renda necessaria una

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”.

³⁴⁵ Art. 117. Interventi d'urgenza 1. 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.

2. 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.

³⁴⁶ ART. 3, comma 2: “Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

misura regionale o comunale che anticipi gli esiti della decisione governativa, la quale potrà modificare il contenuto dell'ordinanza del Presidente della Regione o del Sindaco.

In particolare, l'art. 3 co. 2, del D.L. n. 6/2020 ha legittimato i Presidenti regionali e i sindaci ad esercitare, anche nella fase emergenziale in atto, il potere di emanare ordinanze in materia sanitaria, sulla base di fonti legislative di rango primario preesistenti: art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, per quanto riguarda i Presidenti regionali, che come osservato, consente, in materia di igiene e sanità pubblica, di adottare ordinanze contingibili e urgenti con efficacia estesa alla Regione o a parte del suo territorio; per quanto concerne il sindaco, anch'egli sulla base della Legge n. 833/1978, ma anche, in quanto rappresentante della comunità locale, ai sensi dell'art. 117 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e dell'art. 50 del Testo unico degli enti locali, norme queste ultime che autorizzano l'emanazione di ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie, al di là del decreto – legge n. 6³⁴⁷.

Ancora, la norma primaria precisa che, tali ordinanze perdono di efficacia in caso di omessa comunicazione al Ministro della salute entro 24 ore dalla loro adozione.

Anche il successivo decreto – legge n. 19/2020 conferma tale potere emergenziale, limitandosi ad aggiungere che nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso³⁴⁸, possono introdurre misure ulteriormente restrittive tra quelle elencate nello stesso decreto

³⁴⁷ Secondo parte della dottrina formatasi sul punto sono da evidenziarsi diversi elementi di debolezza nel decreto – legge n. 6: la delega in bianco alle autorità competenti ad adottare “ulteriori” e non meglio specificate misure, contenuta nell'art. 2, espone a forti problematiche di un “potere di ordinanza indefinito” (SABINO CASSESE, in una intervista afferma che “il primo decreto legge era illegittimo: non fissava un termine; non tipizzava i poteri, perché conteneva una elencazione esplicitiva, così consentendo l'adozione di atti innominati; non stabiliva le modalità di esercizio del potere). Il fatto che non si prevedesse alcuna forma di controllo (né da parte del Parlamento, né ad opera del Presidente della Repubblica ovvero del Consiglio dei Ministri) nei confronti delle ordinanze emanate con d.p.c.m. L'omissione di una disposizione di raccordo tra ordinanze statali e regionali in grado di troncane sul nascere eventuali antinomie applicative. La mancata individuazione di obbligatorie forme d'intesa tra governo statale e giunte regionali prima dell'adozione dei provvedimenti, al fine di stimolare la leale collaborazione tra i diversi livelli di governo.

³⁴⁸ Il Consiglio di Stato nel parere n. 735 del 2020, relativo alla procedura di annullamento straordinario ex art. 2 l. 400 del 1988 dell'ordinanza del Sindaco di Messina del 5 aprile 2020 che poneva irragionevoli prescrizioni (la registrazione 48 h prima e il nullaosta da parte del Comune medesimo) a chi volesse entrare in Sicilia attraverso lo Stretto di Messina, ha precisato che “tali circostanze, in applicazione delle ordinarie regole sulla motivazione del provvedimento amministrativo, non devono solo essere enunciate ma anche dimostrate”.

legge, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale (art. 3 D.L. n. 19 del 2020)³⁴⁹.

La scelta di non comprimere totalmente le competenze di Regioni e Comuni potrebbe spiegarsi, secondo parte della dottrina³⁵⁰, considerando l'impossibilità per la macchina amministrativa statale di sostituire (in un momento emergenziale) l'amministrazione regionale nella gestione di un sistema sanitario ormai totalmente regionalizzato (e lo stesso dicasi per la protezione civile). "Ciò che si sarebbe potuto fare era, al più, trasformare i Presidenti di Regione in commissari delegati per la gestione dell'emergenza ma nulla di più"³⁵¹.

Parallelamente è stato esercitato il potere di ordinanza del Ministro della salute ex art. 32 della legge n. 833 del 1978³⁵²; inizialmente, sul presupposto della dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, prima dell'entrata in vigore del d.l n. 6 del 2020, il quale ha fatto «salvi gli effetti» degli atti prodotti in quella fase, e successivamente, ancora sul fondamento dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978, ma richiamando il D.L. n. 6 del 2020, e poi i successivi decreti - legge nei rispettivi ambiti di intervento, e i d.P.C.M. intanto prodotti.

Con il D.L. 25 marzo 2020, n. 19 (convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n.35) sono state, inoltre, parzialmente abrogate le disposizioni del precedente

³⁴⁹ Sui limiti del potere dei sindaci si v. A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 218, il quale osserva come detta formula «evoca una condizione di radicale nullità-inesistenza degli atti in parola, pur laddove – si faccia caso – il contrasto non risulti immediatamente evidente; ed una formula che rinviene essa pure giustificazione nello stato di emergenza, puntandosi all'obiettivo di dar modo alle autorità amministrative (e, segnatamente, ai prefetti) di devitalizzare con effetti immediati le ordinanze in parola senza bisogno di dover al riguardo seguire le defatiganti procedure idonee a portare al loro annullamento»

³⁵⁰ F. FURLANO, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federlaismi.it.*, riv. n. 26/20.

³⁵¹ F. FURLANO, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federlaismi.it.*, riv. n. 26/20, cit. pag. 83.

³⁵² Si vedano le ordinanze, in forma di decreto, del 25 e 30 gennaio; del 21 febbraio (due, di cui una di intesa con il Presidente della Regione Lombardia); del 22 febbraio (di intesa con il Presidente della Regione Veneto); del 23 febbraio (cinque, di cui una di intesa con il Presidente della Regione Lombardia, una con il Presidente della Regione Piemonte, una con il Presidente della Regione Veneto, una con il Presidente della Regione Emilia-Romagna, una con il Presidente della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, una con il Presidente della Regione Liguria); del 12, 14, 15, 20, 22 e 28 marzo; del 2, 3 e 26 aprile.

decreto³⁵³ (all'art. 5) e previste modifiche nel procedimento di approvazione dei d.P.C.M. i quali possono essere adottati su proposta dei Presidenti delle Regioni interessate, nel caso riguardi esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle province autonome, nell'ipotesi che interessi l'intero territorio nazionale, sentendo comunque in entrambi i casi le medesime autorità indicate qualora l'atto venisse invece proposto dal Ministro della Salute. Ai fini dell'approvazione dell'atto, è stato inoltre introdotto, per gli aspetti tecnico-scientifici, l'obbligo del parere del Comitato tecnico scientifico, istituito con ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630.

Rilevante, ai fini della nostra indagine, è il contenuto dell'art. 3, comma 3, del decreto de quo secondo cui “le disposizioni del presente articolo si applicano agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente”. Questa norma ha affermato e chiarito che la disciplina emergenziale sospende ogni altra disposizione normativa che preveda poteri di ordinanza al Presidente di Regione e al Sindaco. Per quanto concerne le ordinanze regionali già emesse è stato previsto che «a) sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6 convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020 n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978 n. 833; b) continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del presidente del consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto; c) le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni» (art. 2, comma 3)³⁵⁴.

Ma cosa si intende per ulteriori misure? Sul punto, le regioni hanno, sin da subito, affermato che il riferimento è al contenuto più restrittivo delle loro ordinanze (conclusione anche qui condivisa); e, infatti, il successivo D.P.C.M.³⁵⁵, inserirà una

³⁵³ Con il D.L. 25 marzo 2020, n. 19, sono stati abrogati il D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, ad eccezione degli art. 3, co. 6 bis, e 4, ovvero dell'art. 35 D.L. 2 marzo 2020, n. 9

³⁵⁴ Misura in questione definita nei termini di “tregua istituzionale” da A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 580.

³⁵⁵ “*si continuano ad applicare le misure di contenimento più restrittive adottate dalle regioni, anche d'intesa con il Ministro della salute, relativamente a specifiche aree del territorio regionale*” (art. 8, comma 3, d.p.c.m. 10.4.2020).

clausola di salvezza proprio per alcune ordinanze regionali che, invece, avrebbero dovuto essere disapplicate ai sensi D.L. 19/2020.

Infine, ai sensi dell'art. 2, co. 2, D.L. n.19/2020, presumibilmente al fine di evitare possibili disomogeneità e frammentarietà tra gli atti degli organi centrali, viene limitata la possibilità per il Ministero della Salute di emanare ordinanze in situazioni sopravvenute di urgenza e necessità ex art. 32 l. 1978, n. 833, potendo essere previste soltanto nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, a seguito della quale l'ordinanza perde efficacia. Con la conversione del D.L. nella l. 22 maggio 2020, n. 35, è stata altresì introdotta la previsione per cui «Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo».

3.1. Fase 2 e 3 della pandemia: il nuovo ruolo delle Regioni nella gestione dell'emergenza

A seguito dei miglioramenti riscontrati, il Governo adotta il D.L. n. 33 del 16 maggio 2020, recante “Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid – 19” al fine di consentire la “riapertura” e il “rilancio” del Paese, attraverso – anche – una valorizzazione del potere di ordinanza delle Regione.

L'art. 1, comma 1, del Decreto de quo e il DPCM ad esso correlato del 17 maggio 2020 prevedono che, a decorrere dal 18 maggio, cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli artt. 2 e 3 del Decreto legge 25 marzo 2020 n. 19, facendo salva però la possibilità di adottare o reiterare tali misure ai sensi degli stessi artt. 2 e 3 “solo con riferimento a specifiche aree del territorio medesimo interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica” .Il Decreto legge n. 33 del 2020, senza abrogare il precedente Decreto legge n.19 del 2020, ma facendovi piuttosto richiamo, prevede due diverse modalità di coinvolgimento delle Regioni, valorizzando nuovamente il ruolo delle stesse³⁵⁶.

³⁵⁶ F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2020, 337.

Sul punto, di particolare rilevanza risultava l'art.1, comma 16, del Decreto in oggetto che, oltre a demandare alle Regioni il compito di mantenere con cadenza giornaliera, l'andamento della situazione epidemiologica nei loro territori e l'adeguatezza del sistema sanitario al fine di garantire il pieno svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali, dispone "che in relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio nazionale, accertata secondo i criteri stabiliti con Decreto del Ministro della Salute del 30 aprile 2020 (Adozione dei criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario di cui all'allegato 10 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 aprile 2020) e sue modificazioni, la Regione, informando contestualmente il Ministro della Salute, può introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo art. 2".

Notiamo come, nella seconda fase della Pandemia, viene rafforzato il coinvolgimento delle Regioni nella gestione dell'emergenza sanitaria rispetto ai precedenti decreti-legge, in cui, alle Regioni residuava solo la possibilità di introdurre misure più restrittive rispetto a quelle vigenti, introducendo limiti e condizioni al potere di ordinanza loro attribuito.

D'altronde, in questa fase, vi è un diverso quadro epidemiologico che si differenzia a seconda dell'area regionale di riferimento; differenze che il Governo non avrebbero potuto colmare attraverso la previsione statica ed uniforme di misure restrittive³⁵⁷.

Pertanto, le Regioni sono state legittimate ad introdurre misure derogatorie di carattere anche ampliativo (oltre che restrittivo) rispetto a quelle previste dai DPCM attraverso lo strumento delle ordinanze. Tale discontinuità rispetto al D.L. 19 ha aperto la strada a differenziazioni, spesso non comprese dai cittadini.

³⁵⁷ Numerosi sono gli esempi di scelte diverse compiute dagli esecutivi regionali sia pure in presenza di una situazione epidemiologica simile sull'intero territorio nazionale: a) la disciplina sull'uso della mascherina, obbligatoria solo in luoghi chiusi in alcune regioni (es. Toscana, ord. n. 57 del 17 maggio 2020; Veneto, ord. n. 59 del 13 giugno 2020) mentre anche all'aperto in Lombardia (ord. n. 566 del 12 giugno 2020, confermata sino al 15 luglio); b) la controversa apertura di sale da ballo e discoteche (mentre in Toscana sono state autorizzate con ord. n. 65 del 10 giugno 2020 e a partire dal 13 giugno, in Lombardia solo con l'ord. n. 573 del 29 giugno e a partire dal 10 luglio) che avrebbe provocato forti polemiche nel mese di agosto; c) la disciplina degli ingressi di soggetti provenienti da altre Regioni, prevedendosi in alcune ordinanze adempimenti di diverso tenore (es. in Campania l'ord. n. 48 del 17 maggio 2020 prevedeva non solo la necessità di comunicare il proprio arrivo ma l'isolamento domiciliare per 14 giorni dall'arrivo; stesso contenuto aveva l'ordinanza della Presidente della Calabria n. 43 del 17 maggio 2020, articoli 3,4,5).

È nella Fase 3 che si assiste ad un ulteriore attivismo da parte delle Regioni. Tale fase ha inizio con il DPCM 11 luglio 2020, con cui il Governo - riscontrati ulteriori miglioramenti – avvia la ripresa degli spostamenti e delle attività del tempo libero. È in questa fase che si possono riscontrare il maggior numero di ordinanze all'interno delle singole realtà territoriali³⁵⁸. Nonostante il decreto – legge autorizzasse le Regioni ad adeguare l'intervento dello Stato alla situazione di ciascun territorio e di conseguenza consentire alle stesse la possibilità di intervenire tempestivamente nel caso in cui l'emergenza lo richiedesse, non sono mancati casi di contrapposizione tra Stato e Regioni per lo più legati alla poca chiarezza di quanto indicato nei DPCM attuativi del Decreto-legge n. 33 del 2020. La questione che ha senza dubbio prodotto particolari polemiche è quella relativa alla controversa apertura di sale da ballo e discoteche. In particolare, i DPCM dell'11 giugno e a seguire del 7 agosto 2020 disponeva, “che restano comunque sospese le attività che abbiano luogo in sale da ballo e discoteche e locali assimilati, all'aperto o al chiuso”. Nonostante tale limitazione, il DPCM in oggetto conteneva una serie di misure ed indicazioni relative alla possibile riapertura dei locali in oggetto lasciando, di conseguenza alle Regioni la possibilità di intervenire in deroga alla disposizione governativa di chiusura. Sennonché, il Ministro della Salute a seguito di un notevole peggioramento è intervenuto con l'Ordinanza del 16 agosto con cui ha sospeso “all'aperto o al chiuso, le attività del ballo che abbiano luogo in discoteche, sale da ballo e locali assimilabili destinati all'intrattenimento o che si svolgono in lidi, stabilimenti balneari, spiagge attrezzate, spiagge libere, spiagge comuni delle strutture ricettive o in altri luoghi aperti al pubblico”.

3.2. Fase 4. Nuovo ruolo delle Regioni

Nel settembre 2020 il virus Covid-19 ricomincia con forza a diffondersi.

³⁵⁸ A riguardo basta, a titolo esemplificativo riportare la questione relativa all'uso della mascherina e alla disciplina come obbligatoria solo in luoghi chiusi in alcune Regioni, come la Toscana (ord. 17 maggio 2020, n.57), il Veneto (ord. 13 giugno 2020, n.59) o invece come in altre realtà regionali quali la Lombardia (ord. 12 giugno 2020, n.566) di portare la protezione facciale su tutto il territorio e dunque anche all'aperto. Si pensi alle molteplici ordinanze adottate dal Presidente della Regione Campania: ord. 15 luglio n. 62; ord. 24 luglio n. 63; ord. 31 luglio n. 64; ord. 6 agosto n. 65; ord. 8 agosto n. 66; ord. 11 agosto n. 67; ord. 13 agosto n. 30; ord. 12 agosto n. 68; ord. 31 agosto n. 69; ord. 9 settembre n. 71; ord. 24 settembre n. 72; ord. 25 settembre n. 73; ord. 27 settembre n. 74; ord. 29 settembre n. 75)

La ripresa delle attività elettorali nel settembre 2020, la riapertura delle scuole e delle attività lavorative hanno portato ad un aumento esponenziale dei focolai. In conseguenza di ciò il Governo, non solo ha deliberato la proroga dello stato di emergenza al 31 gennaio 2021, ma ha adottato ulteriori misure di sicurezza, attraverso l'emanazione del Decreto legge 7 ottobre 2020, n.125, poi convertito con modificazioni in legge 27 novembre 2020, n. 159 intitolata "Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020".

Con riferimento alle Regioni, il decreto-legge de quo interviene nella previsione dell'art. 1, comma 16, del D.L. n. 33 del 2020, relativo al rapporto tra i dd.P.C.M. e le ordinanze regionali. In particolare, le Regioni che fino a questo momento potevano intervenire in senso restrittivo o ampliativo rispetto al DPCM, con il nuovo decreto viene attribuita alle Regioni unicamente la facoltà di intervenire attraverso l'introduzione temporanea di misure maggiormente restrittive "nei casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della Salute". Pertanto, le Regioni possono intervenire soltanto previa intesa con il Ministro della Salute, rafforzandosi così quell'esigenza di rapporto di tipo collaborativo tra l'autorità centrale e quelle locali.

Successivamente, il Presidente del Consiglio, a fronte dell'aumentare dei contagi, adotta nell'arco temporale di poco più di un mese quattro DPCM³⁵⁹, aventi ad oggetto misure sempre più restrittive, attuando un cambiamento nelle modalità di strategia per affrontare la rapida diffusione del virus. Si pensi all'obbligo dell'uso delle mascherine sia all'aperto che al chiuso, con la raccomandazione di utilizzarla anche all'interno della propria abitazione in presenza di persone non conviventi, nonché alla chiusura al pubblico di mostre, musei, biblioteche e altri luoghi di cultura, o ancora alla previsione della didattica a distanza per le scuole secondarie di secondo grado e la sospensione dei concorsi pubblici che non si svolgono o non possono svolgersi per via telematica.

Questa volta però non vengono introdotte limitazioni uniformi su tutto il territorio, con un lockdown impostato su base nazionale, ma vengono previsti regimi differenti, con la suddivisione delle Regioni in diverse fasce di rischio, improntate sulla base dei ventuno parametri indicati nel documento scientifico condiviso con la Conferenza delle Regioni e

³⁵⁹ DPCM, 13 ottobre 2020, in G.U. n. 253, del 13.10.2020; DPCM, 18 ottobre 2020, in G.U. n. 258, del 18.10.2020; DPCM, 24 ottobre 2020, in G.U. n. 265, del 25.10.2020; DPCM, 3 novembre 2020, in G.U. n. 275, del 4.11.2020;

con il titolo “Prevenzione e risposta Covid-19, evoluzione della strategia per il periodo autunno-inverno”.

Sul punto, il DPCM de quo agli artt. 2 e 3 attribuisce al Ministro della Salute il potere di adottare ordinanze rivolte ad individuare le Regioni che si collocano in una situazione di “elevata gravità”, ovvero di “massima gravità” e da un livello di rischio alto di diffusione del virus. La riconducibilità delle Regioni in una delle “gravità” indicate è effettuata sulla base dei dati elaborati dalla cabina di regia istituita con il decreto del Ministro della Salute del 30 aprile 2020 e sentito il Comitato tecnico scientifico sulla base dei dati monitorati³⁶⁰.

A seguire il Governo ha adottato misure ancora più stringenti. Il potenziale rischio di contagio connesso alle festività natalizie ha indotto all’adozione del Decreto legge 2 dicembre 2020, n. 158 e a seguire quello 18 dicembre 2020, n.172 che costituiscono gli strumenti normativi con cui il Governo ha vietato, nell’ambito del territorio nazionale, ogni spostamento in entrata e in uscita tra i territori delle diverse regioni dal 21 dicembre 2020 al 6 gennaio 2021, e nelle giornate del 25, 26 dicembre 2020 e del 1° gennaio 2021, ha vietato lo spostamento tra i comuni.

Ancora con il Decreto - legge n. 2 del 2021 e con il successivo DPCM attuativo, 14 gennaio 2021, è stato disposto il differimento dello stato di emergenza epidemiologica al 30 aprile 2021, a cui si è aggiunto il Decreto legge 23 febbraio 2021, n.15 che, oltre ad imporre il divieto di spostamento della popolazione sull’intero territorio nazionale, se non motivata da comprovate esigenze lavorative o per motivi di salute ovvero per situazioni di necessità, ha distinto le Regioni in zone di colore rosso, arancione, giallo e bianco a seconda dell’andamento decrescente della curva dei contagi.

3.3. Nuove misure: la ripresa delle principali attività lavorative, concorsuali e didattiche in Italia

A seguire, e fino ad oggi, sono stati adottati molteplici decreti – legge aventi ad oggetto misure indirizzate alla ripresa delle principali attività lavorative, concorsuali e didattiche nel Paese.

³⁶⁰ Le misure in oggetto vengono disposte con ordinanza del Ministero della Salute, d’intesa con il Presidente della Regione interessata e con il CTS.

Si pensi al decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76, recante «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARSCoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici»; al decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, recante «Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19»; al decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 settembre 2021, n. 126, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche»; al decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 settembre 2021, n. 133, recante «Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti»; al decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 novembre 2021, n. 165, recante «Misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening»; al decreto-legge 8 ottobre 2021, n. 139, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 dicembre 2021, n. 205, recante «Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali.»; al decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172, recante «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali.»

Misure, queste, finalizzate alla ripresa delle principali attività commerciali, sociali, scolastiche, lavorative, su tutto il territorio nazionale. In particolare, per quanto concerne la ripresa dell'attività didattica in presenza il Governo ha da poco adottato il Decreto - Legge 7 gennaio 2022, n. 1, avente ad oggetto “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore”. Il Decreto de quo sul presupposto della “straordinaria necessità ed urgenza di rafforzare il quadro delle vigenti misure di contenimento della diffusione del virus adottando adeguate e immediate misure di prevenzione e contrasto all'aggravamento dell'emergenza epidemiologica“ e di “rafforzare il quadro delle vigenti misure di contenimento della diffusione del virus”, detta disposizioni uniformi per tutto

il territorio nazionale nei settori contemplati, imponendo, l'estensione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 agli ultracinquantenni, salve le eccezioni ivi previste (art. 1); l'estensione dell'obbligo vaccinale al personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori (art. 2); l'estensione dell'impiego delle certificazioni verdi COVID-19 (c.d. Green pass), tra l'altro, per l'accesso ai servizi alla persona ai pubblici uffici, servizi postali, bancari e finanziari, attività commerciali, con le eccezioni ivi previste (art. 3), e, individuando, all'art. 4, puntualmente, la disciplina per la "gestione dei casi di positività all'infezione da SARS-CoV-2 nel sistema educativo, scolastico e formativo" (e, segnatamente: sospensione delle lezioni in presenza di un caso di positività nella stessa sezione o gruppo classe per una durata di dieci giorni per le scuole dell'infanzia; sorveglianza con test antigenico rapido o molecolare in presenza di un caso di positività nella classe nella scuola primarie; didattica a distanza per la durata di dieci giorni in presenza di "almeno due casi di positività nella classe", ecc.); e predisponendo, altresì, "misure urgenti per il tracciamento dei contagi da COVID 19 nella popolazione scolastica" (art. 5).

Ancora, dopo soli 20 giorni il Governo adotta ulteriori misure con il D.L. n. 4/2022, recante "Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico". Nel testo sono previste anche misure relative alla scuola.

All'art. 19 è prevista la distribuzione gratuita di mascherine FFP2 al personale e agli alunni in autosorveglianza di cui all'articolo 4 del decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, attraverso la produzione, presso le farmacie in convenzione, l'attestazione dell'istituzione scolastica interessata che comprovi l'effettiva esigenza. L'art. 30 c.1 indica una semplificazione per la prosecuzione della didattica in presenza quando è prevista l'autosorveglianza con due casi di positività nella classe nelle scuole secondarie di primo grado e di secondo grado e nel sistema di istruzione e formazione professionale. La stessa misura si applica, in tutti gli altri casi, anche per la riammissione in classe degli alunni in regime sanitario di autosorveglianza dopo una sospensione delle attività educative e didattiche in presenza a causa dell'accertamento di casi di positività. Infine, l'art. 30 c.2 prevede che l'accesso gratuito ai test antigenici rapidi, già previsto per la popolazione

scolastica delle scuole secondarie di I e II grado posta in autosorveglianza, si applichi anche alla popolazione scolastica delle scuole primarie.

Per quanto qui rileva, occorre porre l'attenzione proprio su questi decreti adottati nel 2022 che sembrano "blindare" il potere di intervento (sia in senso restrittivo che ampliativo) delle Regioni. Sul punto si ritornerà nel prossimo paragrafo.

4. Uso e abuso dei D.P.C.M.

Dall'analisi degli strumenti normativi adoperati nell'attuale emergenza sanitaria, come osservato dalla dottrina formatasi sul punto³⁶¹, la scelta del Governo appare essere stata quella di introdurre misure necessarie per il contenimento del contagio, attraverso atti amministrativi³⁶², da individuare tra quelli richiamati dal decreto – legge. Si pensi agli esaminati dd.P.C.M, i quali, in una fase iniziale dell'epidemia, sono stati ricondotti al genus delle ordinanze³⁶³ contingibili ed urgenti, intese quali atti atipici con capacità derogatoria alla normativa primaria, nei limiti già richiamati³⁶⁴, ovvero nei casi di straordinaria necessità, analiticamente descritta nella motivazione del provvedimento.

Tale inclusione ha indotto parte della dottrina a chiedersi se un dd.P.C.M. configurato quale atto amministrativo, potesse legittimamente limitare libertà fondamentali – quale ad esempio quella della circolazione³⁶⁵. Si è molto dibattuto, su detta libertà cristallizzata

³⁶¹ R. ROLLI E R. STUPAZZINI, *Potere di ordinanza extra ordinem e conflitto tra Stato, Regioni ed enti locali*, Nomos, le attualità del diritto n. 2/2020.

³⁶² R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, n. 1083 – 8 maggio 2020.

³⁶³ Così M. CAVINO, *Ibidem* e E. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, 4.

³⁶⁴ stante la giurisprudenza costituzionale analizzata, è necessario che l'ordinanza sia conforme ai principi dell'ordinamento, ovvero rispetti la riserva di legge assoluta, il principio di ragionevolezza e proporzionalità.

³⁶⁵ Si veda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 1-27; P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, cit., p. 295; M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19*, cit., pp. 174-199; A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., p. 313; G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, cit., p. 351; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, cit., p. 377; P. MILAZZO, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica*: U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, cit., p. 299; lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale, cit., p. 409; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 558-583; A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere*

nell'art. 16 della Costituzione, posto che la stessa può essere limitata solo per espressa previsione legislativa (c.d. riserva di legge assoluta) e solo per motivi di sanità o di sicurezza.

In molti hanno paventato uno stravolgimento delle fonti, configurandosi una “notevole concentrazione di potere in capo al Presidente del Consiglio, secondo una valorizzazione inedita della sua responsabilità e delle prerogative di cui all'art. 95, co. 1 Cost. (e inaspettata, se si pensa agli inizi della legislatura), il quale si trova autorizzato ad apprestare limiti consistenti alle libertà fondamentali dei cittadini (principalmente di circolazione, con conseguenti riverberi sulle libertà di riunione e di iniziativa economica) su tutto il territorio nazionale, prescindendo dalla collegialità governativa e anche dal controllo del capo dello Stato (che, come ha dichiarato Conte, rimane comunque costantemente informato delle scelte compiute)”³⁶⁶.

Invero, a opinione di chi, è così come affermato di recente dalla Corte Costituzionale³⁶⁷ non è il dd.P.C.M. a incidere sulle libertà costituzionalmente garantite, poiché questo rappresenta soltanto il c.d. “atto scopo”, funzionalmente rapportato ad un Decreto - Legge che rappresenta la “norma presupposto”, potendosi rispettare così la riserva di legge³⁶⁸ e il principio di legalità. È il decreto – legge che, quale atto avente forza di legge, ovvero quale fonte primaria, va ad integrare l'ordinamento. Le misure restrittive di libertà non poggiano su atti secondari, ma su un atto primario.

Né si potrebbe obiettare che i dd.P.C.M. potevano essere sostituiti dai soli decreti – legge³⁶⁹ poiché, in situazioni di emergenza, come quella che ha colpito il nostro Paese, il decreto - legge non potrebbe da sé provvedere ad attuare tutte le necessarie misure di contenimento rispettando i principi di adeguatezza e proporzionalità. La veloce diffusione del virus impone di applicare o aggravare misure anche giornalmente, e - come

l'emergenza epidemiologica da COVID-19, cit., pp. 1-15; A. BARACCHI, *Le fonti del diritto alla prova dell'emergenza “coronavirus”. Spunti di riflessione al dibattito sulla tenuta del sistema democratico*, cit., pp. 1-23; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, cit., pp. 1-83.

³⁶⁶ A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del covid – 19: fra limiti imprescindibili necessaria flessibilità*, in *Biodiritto*, 18.3.2020, successivamente inserito nel m. 2/2020, cit.

³⁶⁷ Corte Costituzionale, 22 ottobre 2021, n. 198.

³⁶⁸ R. TREZZA, *Diritto all'istruzione e diritto alla salute: tecniche bilanciatriche nella pandemia*, in *Il mondo della scuola ai tempi del covid -19*, a cura di P. MACI- E. QUARTA -M. RINALDI, *UniversItalia – Roma*, 2021, pagg. 120 ss.

³⁶⁹ Sul punto, B. CARAVITA, *L'Italia al tempo del corona virus: rileggendo la costituzione italiana*, in *Federalismi*, 18 marzo 2020.

osservato³⁷⁰ - una fonte statica non sarebbe in grado di fornire differenti misure per le diverse aree geografiche. Diversamente si tratterebbero in maniera eguale situazioni diverse e ciò si esporrebbe a forti dubbi di costituzionalità.

L'emergenza epidemiologica porta con sé l'urgenza di provvedere nel più breve tempo possibile, attraverso l'individuazione di una risposta immediata, che soltanto con i dd.P.C.M. (o anche attraverso le ordinanze regionali) sono in grado di trovare.

Non va poi ignorato che, sul piano della tutela giurisdizionale, catalogando il dd.P.C.M. quale ordinanza contingibile e urgente, qualunque giudice è legittimato ad annullarlo o disapplicarlo, a seconda dei casi.

4.1 Le ordinanze emergenziali e i dd.P.C.M.: affinità e differenze. La sentenza della Corte Costituzionale n. 98 del 22 ottobre 2021

Sulla legittimità costituzionale dei dd.P.C.M. si è espressa di recente la Corte Costituzionale, la quale ha confermato la piena legittimità degli stessi. La questione è stata sollevata con ordinanza di rimessione n. 27 del 23 dicembre 2020 dal Giudice di Pace di Frosinone, che si è trovato, a sua volta, a decidere sull'opposizione contro una sanzione di 400 euro inflitta ad un cittadino per aver disatteso il divieto - imposto dal dd.P.C.M. del 22 marzo 2020, attuativo delle disposizioni primarie censurate- di uscire dalla propria abitazione senza giustificato motivo. In particolare, la Corte si pronuncia sulla costituzionalità degli articoli 1, 2 e 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n.6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19) e degli articoli 1, 2 e 4 del decreto-legge 25 marzo 2020, n.19 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19), in riferimento agli articoli 76, 77 e 78 della Costituzione.

Secondo il giudice rimettente le citate disposizioni sarebbero in contrasto con il principio di tipicità delle fonti del diritto poiché, fuori dell'ipotesi dello stato di guerra, di cui all'articolo 78 Cost., avrebbero violato il «principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 Cost., per cui la funzione legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con una legge-delega e comunque giammai ad atti amministrativi». Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha eccepito l'inammissibilità delle precitate questioni sotto un

³⁷⁰ F. SAVERIO MARINI e G. SCACCIA, *Emergenza Covid – 19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, 2020, pagg. 40ss

duplice profilo: rispetto alla rilevanza della questione sollevata sugli articoli 1, 2 e 3 del decreto legge n.6 del 2020, poiché il fatto oggetto del giudizio a quo si era verificato quando tali disposizioni erano state abrogate da quelle del decreto legge n.19 del 2020; e rispetto alla inconferenza dei parametri evocati, poiché la lamentata lesione del principio di legalità avrebbe dovuto essere riferita agli articoli 23 e 25 della Costituzione.

La questione, così proposta, ha offerto la possibilità alla Corte Costituzionale di esporsi sulla legittimità del meccanismo di gestione della pandemia in base alla natura degli strumenti utilizzati (e in particolare della filiera decreti-legge e dpcm)³⁷¹, facendo luce sulla natura giuridica del dd.P.C.M., che in questi due anni ha coinvolto l'interesse della dottrina e dei cittadini senza precedenti.

La Corte, attraverso un articolato³⁷² percorso argomentativo, nel definire i dd.P.C.M. non come ordinanza extra ordinem ma come atti amministrativi necessitati, ha posto l'attenzione sulle disposizioni costituzionali che garantiscono i diritti di libertà e non quelle sui rapporti tra le fonti³⁷³, visto che, come già esaminato, la distinzione tra ordinanze e atti necessitati rileva essenzialmente per le materie coperte da riserva assoluta di legge, poiché, secondo costante giurisprudenza amministrativa, nelle materie coperte da riserva assoluta di legge non può essere legittimamente esercitato il potere di ordinanza, mentre potrebbero trovare spazio gli atti amministrativi necessitati, ovvero quegli atti che la pubblica amministrazione adotta, in mera esecuzione, dopo che il legislatore ha esaurito la valutazione di tutti gli interessi, limitandosi a dover accertare la

³⁷¹ Trattasi della seconda occasione per la Corte costituzione di occuparsi della gestione dell'emergenza poiché, con la sentenza n. 37 del 2021 aveva già avuto modo di risolvere una questione concernente i rapporti, e il riparto di competenze, fra Stato e Regioni, riportando le misure adottate con dpcm alla materia di esclusiva competenza statale della «profilassi internazionale» (art. 117, co. 2 lett. q).

³⁷² Cfr. G.E.LONGO, *Ordinanze d'urgenza e attività normative: l'art. 2 t.u. leggi di P.s. nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1957, 25 e ss. Articolato poiché per escludere la violazione dei principi sottesi alla disciplina degli articoli 76, 77 e 78 della Costituzione sarebbe stato sufficiente richiamare propri precedenti con cui essa aveva chiarito che, nell'impianto costituzionale repubblicano, provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa non possono essere equiparati ad atti legislativi neppure quando eccezionalmente autorizzati a provvedere in deroga alla legge.

³⁷³ «Il nucleo della denuncia è chiaro: le norme primarie censurate (decreti-legge) avrebbero “delegato” le fonti subprimarie (d.P.C.M.) a definire nuovi illeciti amministrativi, sicché – come recita l'ordinanza di rimessione – sarebbe stato «aggirato il principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 Cost., per cui la funzione legislativa è affidata al Parlamento, che può delegarla solo con una legge-delega e comunque giammai ad atti amministrativi».

sussistenza dello stato di fatto che giustifica l'urgenza di provvedere a scegliere il tipo di provvedimento tra quelli previsti dalla fonte legislativa³⁷⁴.

Orbene, la Corte parte dalla constatazione che il decreto - legge n.19 del 2020³⁷⁵, diversamente dal decreto-legge n. 6/2020³⁷⁶ non introduce una disciplina "aperta", ma elenca in maniera analitica le ipotesi nelle quali il Presidente del Consiglio dei ministri può adottare le misure attuative nella forma di DPCM, riconducendo così gli stessi nell'ambito degli atti amministrativi necessitati e non nel potere di ordinanza³⁷⁷.

³⁷⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVII, 1948, 388 e ss.; R. CAVALLOPERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990, 4; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, il Mulino, Bologna, 2008, 92 e ss.

³⁷⁵ L'art. 1, comma 1, del D.L. n. 19 del 2020 stabilisce che, «[p]er contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso, possono essere adottate, secondo quanto previsto dal presente decreto, una o più misure tra quelle di cui al comma 2»; e il comma 2 precisa, appunto, che, «[a]i sensi e per le finalità di cui al comma 1, possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso», una o più tra le misure ivi elencate, da intendersi come tipiche, per l'assenza di una clausola di apertura verso indefinite «ulteriori misure», analoga a quella contenuta nell'art. 2, comma 1, del D.L. n. 6 del 2020.

³⁷⁶ Il D.L. n.6/2020 ha abilitato le autorità competenti (art. 1, comma 1) ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». La valutazione delle circostanze di fatto che possono portare alla adozione delle singole misure è stata lasciata alla amplissima discrezionalità delle autorità amministrative: se infatti l'articolo 1, comma 1, sembrava limitarne l'applicazione «nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus», il successivo art.2 disponeva che possono essere adottate ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia anche fuori da tali casi.

³⁷⁷ «il D.L. n. 19 del 2020 si è posto l'obiettivo di «sottoporre a una più stringente interpretazione del principio di legalità la tipizzazione delle misure potenzialmente applicabili per la gestione dell'emergenza», e tale obiettivo ha perseguito «con una compilazione che riconduce a livello di fonte primaria il novero di tutte le misure applicabili all'emergenza stessa, nel cui ambito i singoli provvedimenti emergenziali attuativi potranno discernere, momento per momento e luogo per luogo, quelle di cui si ritenga esservi concretamente maggiore bisogno per fronteggiare nel modo più efficace l'emergenza stessa». In effetti, l'art. 1, comma 1, del D.L. n. 19 del 2020 stabilisce che, «[p]er contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso, possono essere adottate, secondo quanto previsto dal presente decreto, una o più misure tra quelle di cui al comma 2»; e il comma 2 precisa, appunto, che, «[a]i sensi e per le finalità di cui al comma 1, possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso», una o più tra le misure ivi elencate, da intendersi come tipiche, per l'assenza di una clausola di apertura verso indefinite «ulteriori misure», analoga a quella contenuta nell'art. 2, comma 1, del D.L. n. 6 del 2020. 6.1.– La tipizzazione delle misure di contenimento – coerente con l'esigenza di assicurare il corretto rapporto tra fonti primarie e fonti secondarie, soprattutto in relazione alla

I dd.P.C.M., quali atti a contenuto tipizzato, si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, e in particolare dalle ordinanze di protezione civile che viceversa rappresentano il paradigma delle “ordinanze necessitate” (a contenuto libero). D'altronde, lo stesso contestato D.P.C.M. 10 aprile 2020, pur richiamando nella premessa la dichiarazione dello stato di emergenza, definisce le proprie disposizioni «attuative» del D.L. n. 19 del 2020, non del codice della protezione civile.

Affermando che i dd.P.C.M. si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, la Corte ha contraddetto una posizione ripetutamente sostenuta in dottrina, ribadita anche successivamente alla pubblicazione della sentenza de qua, la quale – per tale ragione - è stata di recente oggetto di critiche. In particolare, per quanto qui rileva, non si è condivisa l'inclusione dei dd.P.C.M. nel genus degli atti necessitati, intravedendo una certa discrezionalità del Presidente del Consiglio dei ministri nell'adozione di predetti atti³⁷⁸. Tale attività discrezionale avrebbe consentito una partecipazione attiva nella valutazione e nel bilanciamento degli interessi pubblici teoricamente implicati dai singoli provvedimenti che ha assunto natura eminentemente politica. Si è posta l'attenzione sull'ampio uso che, in concreto, il Presidente del Consiglio avrebbe fatto della discrezionalità attribuitagli (si pensi al DPCM del 3 novembre 2020 attributivo di poteri al Ministro della Salute senza una precisa base legale³⁷⁹) limitata, poi, con l'adozione del decreto legge 13 marzo 2021, n.30 il quale

natura delle censure proposte dal rimettente – è stata accompagnata nell'economia del D.L. n. 19 del 2020 da ulteriori garanzie, sia per quanto attiene alla responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento, sia sul versante della certezza dei diritti dei cittadini. Il D.L. n. 19 del 2020 ha invero disposto la temporaneità delle misure restrittive, adottabili solo «per periodi predeterminati», e reiterabili non oltre il termine finale dello stato di emergenza (art. 1, comma 1); ha quindi stabilito che «[i]l Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto» (art. 2, comma 5), previsione, questa, alla quale si è anteposto in sede di conversione che, salve ragioni di urgenza, «[i]l Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati» (art. 2, comma 1); ha infine prescritto la pubblicazione dei d.P.C.m. nella Gazzetta Ufficiale e la comunicazione alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione (art. 2, comma 5). 6.2.– La tipizzazione delle misure di contenimento operata dal D.L. n. 19 del 2020 è stata corredata dall'indicazione di un criterio che orienta l'esercizio della discrezionalità attraverso i «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (art. 1, comma 2).

³⁷⁸ M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*.

³⁷⁹ A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della Costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*,

avrebbe ridotto il margine di apprezzamento amministrativo del Ministro della salute e dei Presidenti delle Giunte regionali.

A opinione di scrive, la posizione della Corte è assolutamente condivisibile.

I decreti-legge (oggetto di contestazione) non solo hanno conferito potestà ma hanno anche dettagliato nel concreto quale contenuto i d.P.C.M potessero avere; a differenza delle ordinanze emergenziali le quali vengono adottate sulla base di un iniziale conferimento di potestà, che omette di descriverne puntualmente il contenuto (c.d. legalità formale). Detta circostanza è dovuta al fatto che mentre con le ordinanze emergenziali l'ordinamento cerca di munirsi di strumenti idonei a poter rispondere nel modo più veloce ed efficace ad emergenze ancora sconosciute; in questo caso invece i decreti-legge hanno potuto individuare nel dettagliato il contenuto dei d.P.C.M.. Ciò è accaduto perché l'emergenza era nota e dunque non vi era necessità di affidarsi ad atti privi di una predeterminazione legislativa. Il d.P.C.M. nel concreto è servito a disciplinare o per meglio dire intervenire in situazioni concrete conosciute e descritte dalla legge.

Questi sono atti che non hanno né l'aspetto esteriore delle ordinanze disciplinate dal Codice di Protezione, mancandone tutti gli elementi essenziali, né hanno – ed è questo il punto davvero importante – la natura delle ordinanze contingibili e urgenti, essendo atti (normativi o meno) che attuano fonti primarie senza derogare ad alcuna norma di legge.

Il richiamo alla dichiarazione dello stato d'emergenza nel preambolo dei vari dpcm rappresenta un mero richiamo motivazionale ad adiuvandum e non la menzione del proprio fondamento³⁸⁰.

in Osservatorio sulle fonti, Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza COVID-19, 330; G. GUZZETTA, *Lo avete letto il decreto? La Costituzione non c'è più*, in *Il Riformista*, 5 novembre 2020, 1 e 7.

³⁸⁰ F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020

CAPITOLO QUINTO

IL POTERE DI ORDINANZA DEI PRESIDENTI DI REGIONE AI TEMPI DEL COVID – 19.

Sommario: 1. Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione durante il Covid 19. – 1.1 L’ordinanza regionale “permissiva”: brevi note alla sentenza del TAR Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020 n. 841. – 1.2 Il caso De Luca in Campania a seguito del D.L. 7 gennaio 2022- 2. Le ordinanze dei Presidenti di Regione disciplinate dai decreti-legge nn. 6, 19, 33 del 2020, come atti necessitati per affrontare l’epidemia Covid – 19.- 3. Sulla Costituzionalità delle ordinanze del Presidente di Regione.

1. Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione durante il Covid 19

Come già evidenziato, con l’emergenza epidemiologica si è assistito al proliferarsi di ordinanze regionali e sindacali, provvedimenti questi che fino al 2020 era poco utilizzati ma che invece, negli ultimi anni, con il diffondersi della pandemia, sono entrati con forza nel paradigma legale al fine di “adeguare la norma nazionale alla criticità sorta all’interno dei territorio interessati”³⁸¹.

Si è assistito di fatto, secondo alcuni, ad un protagonismo dei Presidenti di Regione³⁸², i quali, spesso, hanno assunto decisioni autonome rispetto al Governo³⁸³. Si pensi ad esempio alla prima ordinanza con cui la Regione Marche ha disposto la chiusura di scuole, musei, etc., e inibito tutte le manifestazioni pubbliche di qualsiasi natura fino al 4 marzo 2020 o alla più recente ordinanza della Regione Campania, n. 1 del 7 gennaio 2022, con cui il Presidente della Giunta regionale ha sospeso le attività in presenza dei servizi educativi per l’infanzia e dell’attività scolastica e didattica in presenza della scuola d’infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado.

³⁸¹ V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper-20 maggio 2020.

³⁸² Si vedano le riflessioni svolte all’indomani della riforma della forma di governo regionale da S. CECCANTI, *Federalismo e forme di governo. L’inopportunità delle differenziazioni di modello. Le buone (e persistenti) ragioni della legge costituzionale 1/1999*, in *Working papers del Institut de Ciencies Politiques i Socials “Working papers”*, rivista dell’Institut de Ciencies Politiques i Socials di Barcellona, 2006 (versione aggiornata del contributo già pubblicato dallo stesso Autore sulla rivista “Il Filangieri”, n. 1/2004, 69-86)

³⁸³ Tra le diverse ordinanze regionali si ricorda, a titolo esemplificativo: - l’ordinanza n. 1 del 25.02.2020 adottata dal Presidente della Regione Marche; l’ordinanza n. 15/2020 adotta del 13/03/2020; l’ordinanza n. 1 del 23/02/2020 adottata dal Presidente della Regione Calabria; l’ordinanza n. 2 del 27/02/2020 adottata dal Presidente della Regione Calabria; l’ordinanza n. 18 del 15/03/2020 adottata dal Presidente della Regione Campania; l’ordinanza n. 41 del 09/05/2020 adottata dal Presidente della Regione Calabria; l’ordinanza n. 28 del 19/12/2021 adottata dal Presidente della Regione Campania.

Ordinanze che, per tali ragioni, sono state talvolta impugnate dinanzi i Tribunali amministrativi da parte dello Stato, mentre altre volte ciò non è stato fatto, contribuendo, secondo alcuni pratici del diritto, a far emergere una sorta di “zona franca” per la Regione, superata solo dall’impugnazione da parte del privato dei provvedimenti regionali innanzi al TAR³⁸⁴.

È il Presidente della Regione Marche, Luca Ceriscuoli, che ha dato l’avvio all’emanazione delle successive molteplici ordinanze regionali anti- COVID -19, quando, ritenendo che le misure adottate a livello nazionale risultassero insufficienti, con ordinanza del 25 febbraio 2020, n.1, ha introdotto sul proprio territorio, alcune misure rivolte a contrastarne la diffusione. In particolare, ha ordinato: “a) la sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche, di qualsiasi natura; 4/3/2020 N. 00118/2020 REG.RIC. 2/4 b) la sospensione dei servizi educativi dell’infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche, universitarie (lezioni, esami di profitto e sedute di lauree) e di alta formazione professionale e dei percorsi di istruzione e formazione professionale, salvo le attività formative svolte a distanza e quelle relative alle professioni sanitarie ivi compresi i tirocini; c) la sospensione di ogni viaggio di istruzione sia sul territorio nazionale sia estero; d) la sospensione dell’apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura e delle biblioteche; e) la sospensione dei concorsi pubblici fatti salvi quelli relativi alle professioni sanitarie per le quali dovranno essere garantite le opportune misure igieniche”³⁸⁵.

³⁸⁴ Sul punto S. STAIANO, *Mitologie federaliste ed esperienza*, in *Federalismi*, n. 20/2012, 1, il quale, seppur con riferimento alle leggi regionali e non ai dpcm, osservava che «per eludere eventuali limiti costituzionali gli esecutivi regionali (ma aggiungerei anche lo Stato), titolari del potere di ricorrere alla Corte costituzionale, possono decidere di mettere in piedi una “zona franca provvisoria” dalla giurisdizione costituzionale per via di tacito accordo in sede politico-istituzionale». In questo caso quindi la “zona franca provvisoria” dello Stato riguarderebbe la giurisdizione amministrativa qualora eventualmente per motivi di natura strettamente politica non impugnasse una ordinanza palesemente illegittima; in tal senso si veda anche A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità delle misure di contrasto alla pandemia*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, cit., 307, dove osserva che «In effetti, tra Stato e Regioni pare esservi stato un sostanziale agreement volto a desistere dall’intraprendere la via giurisdizionale (qualunque essa sia), pur se l’interlocuzione istituzionale sia stata sovente aspra e lo sia stata specie lungo la faglia politica: governo nazionale giallorosso, da un lato, e regioni con guida di centro-destra, dall’altro».

³⁸⁵ Per una ricostruzione si v. G. DI COSIMO – G. MENGUS, *L’emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., 190 ss.; F. F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell’emergenza Covid19*, cit., 209 ss.; E. FERRARI, *Nelle Marche è stata decisa la chiusura delle scuole e la sospensione degli eventi*

L'ordinanza de qua è stata impugnata dinanzi il Tribunale amministrativo dal Governo che ne ha chiesto l'annullamento e la sospensione in quanto emessa in assenza del presupposto di cui al D.L. 6/2020, ossia la presenza di almeno una persona positiva al virus all'interno della zona interessata.

Infatti, come già esposto e su cui si ritornerà, il Governo ha sin da subito introdotto dei limiti al generale potere di ordinanza dei Presidente di Regione; limitazioni che ci consentiranno di distinguere le ordinanze presidenziali ex art. 32 della l. 833/1978 dalle ordinanze ordinarie emanate nel corso dell'attuale emergenza rientrando queste, ad opinione di chi scrive, nel *genus* degli atti necessitati. Ma procediamo con ordine.

Con il Decreto del 27 febbraio 2020 n. 56, il TAR Marche ha sospeso gli effetti dell'ordinanza presidenziale ritenendo l'atto dichiaratamente fondato “sulla prossimità del territorio marchigiano con la Regione Emilia Romagna in cui sono stati rilevati casi confermati di contagio da COVID -19” e non sulla presenza di un caso di positività nella Regione Marche. Pertanto, secondo i giudici amministrativi, data la situazione epidemiologica regionale le “ulteriori misure” previste dall'art. 2 del decreto-legge n. 6 non possono “essere altrettanto invasive, sia per intensità sia per latitudine, rispetto a quelle giustificate dalla presenza di un focolaio di infezione”³⁸⁶. Per il TAR la possibilità di adottare «ulteriori misure (...) al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia anche fuori dai casi di cui all'art. 1, comma 1» corrisponde a «interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6». Le misure dell'art. 2 non potrebbero infatti «essere altrettanto invasive, sia per intensità sia per latitudine, rispetto a quelle giustificate dalla presenza di un focolaio di infezione»³⁸⁷.

pubblici fino al 4 marzo, 25 febbraio, disponibile al seguente link <https://www.ilpost.it/2020/02/25/marche-coronavirus-scuole-chiuse/>; il comunicato stampa intitolato “ Coronavirus – Presidente Ceriscoli annuncia chiusura scuole e sospensione manifestazioni pubbliche in tutta la regione”, disponibile al seguente.

³⁸⁶ La decisione è commentata da G. DI COSIMO – G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in Biodiritto.org (16.03.2020)

³⁸⁷ 1 Sul punto non sono mancate critiche da parte di chi ha contestato l'impiego da parte del Governo dello strumento del ricorso anziché ricorrere invece ai poteri sostitutivi contenuti nell'art. 120 Cost. Sul punto si v. F. F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, cit., 211, il quale ravvisa l'opportunità che in tale vicenda il Presidente del Consiglio avrebbe dovuto di ricorrere all'art. 120 Cost. e ciò non è stato fatto in quanto «è ben possibile che il Governo abbia deciso di optare per il ricorso giurisdizionale onde evitare di intraprendere una strada che, dal punto di vista interpretativo, appariva forse più

Invero, a sommo opinione di chi scrive, la motivazione non appare convincente. Come già evidenziato, nella prima fase dell'emergenza, l'elenco delle misure contenute nell'art. 1 non è tassativo ma, anzi, tende ad ampliare la discrezionalità delle Regioni e dei Sindaci nel limitare le libertà dei cittadini. D'altronde, la norma primaria non avrebbe potuto dinamicamente intervenire in ogni singola parte del territorio nazionale. Detto ciò, si concorda sull'illegittimità del provvedimento mancando i presupposti necessari per la sua adozione (ovvero almeno un caso positivo).

Senonché, il 27 febbraio 2020 il Presidente marchigiano ha emanato una ulteriore ordinanza, la n. 2/2020, che sebbene riportasse misure pressoché identiche alla ordinanza n.1, (anche essa emanata senza consultare il Governo) non è stata impugnata. La nuova ordinanza, a differenza della prima, richiama nelle premesse il secondo comma dell'art. 3 del D.L. n. 19/2020, ovvero: «nei casi di estrema necessità e urgenza» è possibile adottare le misure previste dai primi articoli del D.L. n. 19/2020. Di fatto, la nuova ordinanza si fonda non più sui poteri normativi contenuti nel decreto-legge ma sulle altre disposizioni, in particolare sull'art. 32 della legge n. 833 del 28 dicembre 1978.

Questa, nel suo contenuto, anticipa le misure che, dopo poco, saranno adottate dal Governo stesso attraverso l'adozione del DPCM, 4 marzo 2020, con cui per la prima volta vengono previste misure per il contrasto e il contenimento sull'intero territorio nazionale del diffondersi del virus.

Molte discussioni hanno suscitato anche le ordinanze emanate dal Presidente della Campania (V. De Luca) che è stato tra i più attivi nell'utilizzo del provvedimento in esame³⁸⁸. Tra i primi e controversi provvedimenti vi è l'ordinanza 8 marzo 2020, n. 8, con cui oltre a ordinare a tutti coloro che erano rientrati precipitosamente in Campania dalle zone del nord Italia, in cui la diffusione del contagio risultava più elevata, di sottoporsi ad un isolamento fiduciario presso il loro domicilio, ha sospeso anche l'attività di palestre, piscine e centri benessere.

impervia e suscettibile di aprire, almeno in astratto, un altro fronte di contenzioso con la Regione Marche in sede di conflitto tra enti»

³⁸⁸ Cfr. V.BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, Editoriale, in *Diritti Fondamentali*, n. 1/2020, 885 ss.; per una analisi anche sul profilo della compatibilità della ordinanza in questione con la CEDU si v. G. ZARRA, *La Cedu e le misure per fronteggiare l'emergenza in Italia*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, cit., 507-512

L'ordinanza campana non è stata impugnata, potendo, a giudizio di chi scrive, rientrare nella cornice normativa delineata dal D.L. n. 6 del 2020, in quanto succintamente motivata, preceduta da una accurata attività istruttoria e rispondente a reali esigenze di contenimento territoriale dell'epidemia, evitando il diffondersi del contagio nel sud Italia.

In senso contrario si è invece mossa la giurisprudenza successiva che, con riferimento all'ordinanza del 13 marzo 2020, n. 15³⁸⁹ del Presidente della Giunta Campana, ha invece con decreto respinto l'istanza di misure cautelari alla sospensione dell'atto. L'ordinanza de qua, vietava ai cittadini, con decorrenza immediata, e fino al 25 marzo, di uscire dalla propria abitazione, permettendo la possibilità di spostamenti solo individuali e temporanei, per comprovate esigenze lavorative ovvero per situazioni di necessità e per motivi di salute. La mancata osservanza degli obblighi prescritti nell'ordinanza in oggetto importava oltre alla sanzione di cui all'art. 650 c.p. anche la conseguente applicazione della misura di isolamento domiciliare.

Il giorno successivo, in conseguenza dei fatti di cronaca che avrebbero fatto emergere una serie di dubbi in merito a una non piena rispondenza del contenuto dell'atto a quanto prescritto dai provvedimenti nazionali e regionali sui divieti di circolazione, il Presidente il 14 marzo pubblicava i chiarimenti n. 6, con cui disponeva, tra l'altro, il divieto di fare sport anche all'aperto, ed in particolare di praticare attività sportiva, ludica e ricreativa in luoghi aperti al pubblico, ponendo in questo modo divieti più restrittivi rispetto a quanto disposto dal DPCM del 9 marzo 2020. Tale divieto, di fatto, era da tradursi in una sorta di "quarantena obbligatoria", una misura commentata nei termini di "stato di polizia"³⁹⁰.

Per tali ragioni l'ordinanza in oggetto veniva impugnata da un privato cittadino dinanzi il TAR campano che, riunitosi in composizione monocratica, sez. V, si pronunciava con decreto 18 marzo 2020, n. 416.

Il Tribunale Partenopeo nel rigettare in via cautelare l'istanza di sospensione degli effetti del provvedimento, confermava la correttezza dell'attività istruttoria compiuta e

³⁸⁹ L'art. 1 della ordinanza n. 15 del 2020 prevede che «con decorrenza immediata e fino al 25 marzo 2020, su tutto il territorio regionale fatto obbligo a tutti i cittadini di rimanere nelle proprie abitazioni. Sono consentiti esclusivamente spostamenti temporanei ed individuali, motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute»

³⁹⁰ A. LUCARELLI, Stop uscite? Non solo in una regione. Quelle ordinanze non hanno valore, cit

documentata dalla Regione³⁹¹, osservando come l'ordinanza n. 15/2020 richiamava plurime disposizioni legislative che fondavano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate (tra cui l'art. 32, comma 2, l. n. 833/1978), il che escludeva ogni possibile contrasto di dette misure «con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale». Ancora, prosegue il TAR: «i dati che pervengono all'unità di crisi istituita con Decreto del Presidente della Giunta regionale della Campania, n. 45 del 6.3.2020 [...] dimostrano che, nonostante le misure in precedenza adottate, i numeri di contagio sono in continua e forte crescita nella regione». Per il giudice amministrativo le misure adottate trovavano giustificazione con il «rischio di contagio, ormai gravissimo sull'intero territorio regionale», sicché «nella valutazione dei contrapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale, va accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica».

Invero, a opinione di chi scrive, l'ordinanza Regionale più che introdurre nuove e differenti misure rispetto ai provvedimenti statali, assumeva un mero valore interpretativo di un comportamento (l'obbligo di permanenza in casa) che nel d.P.C.M. appariva solo come una raccomandazione.

Tra l'altro, la decisione si inseriva in un contesto emergenziale molto più aggravato rispetto ai primi giorni di marzo 2020, in cui veniva sospesa l'ordinanza della Regione Marche, e ciò potrebbe avere influenzato la valutazione del giudice circa l'effettiva sussistenza dei presupposti fattuali legittimanti. Inoltre, nel ritenere i riferimenti normativi indicati nell'ordinanza come idonei e sufficienti a costituire una base legale al potere di ordinanza, i giudici campani hanno inteso possibile emanare «ulteriori» misure in senso più restrittivo. Come vedremo sul punto, l'orientamento del Tar partenopeo muterà con il migliore dell'emergenza.

La decisione de qua è stata tuttavia criticata da quella parte della dottrina³⁹² che ha diversamente affermato che, poiché il potere di ordinanza non può disporre in quegli

³⁹¹ «Il rischio di contagio, ormai gravissimo sull'intero territorio regionale» ed al fatto che i «dati che pervengono all'Unità di crisi istituita con Decreto del Presidente della Giunta regionale della Campania, n. 45 del 6.3.2020 ... dimostrano che, nonostante le misure in precedenza adottate, i numeri di contagio sono in continua e forte crescita nella regione;» (Chiarimento n. 6 del 14 marzo 2020)»

³⁹² Così V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele*

ambiti coperti da riserva di legge assoluta, l'ordinanza in esame, comprimendo diritti di libertà costituzionali, supererebbe tale limite³⁹³.

Nonostante ciò, in una fase iniziale dell'emergenza, la giurisprudenza che si è espressa su ordinanze maggiormente restrittive rispetto a quelle governative le ha ritenute legittime³⁹⁴.

Anche, il Governatore della Regione Veneto, Luca Zaia, nello stesso mese emanava un'ordinanza nell'ambito dell'emergenza Coronavirus determinante una serie di restrizioni e di obblighi ulteriori rispetto a quelli sanciti dal Governo per la popolazione veneta.

Trattasi dell'ordinanza 20 marzo 2020, n. 33 (in B.U.R. n. 37 del 20 marzo 2020) in cui, oltre al richiamo delle limitazioni contenute nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 marzo 2020, estese con successivo decreto del 9 marzo all'intero territorio nazionale e integrate con quelle previste nel DPCM dell'11 marzo, ne venivano introdotte di ulteriori: «nel caso in cui la motivazione degli spostamenti suddetti sia l'attività motoria o l'uscita con animale di compagnia per le sue necessità fisiologiche, la persona è obbligata a rimanere nelle immediate vicinanze della residenza o dimora e comunque a distanza non superiore a 200 metri con l'obbligo di documentazione agli organi di controllo del luogo della residenza o della dimora (punto 3)»; «l'apertura degli esercizi

costituzionali, in *Dirittifondamentali*, n. 1/2020; C. DELLA GIUSTINA, *Il Tar in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica. Nota a Tar Campania, sez. v, n. 01048/2020 del 18.3.2020*, in *Biolaw Journal, Forum*, 30 marzo 2020

³⁹³ In merito al mancato rispetto del limite della riserva di legge in materia di diritti costituzionalmente tutelati da parte ordinanze regionali, in specie l'ordinanza del Presidente della Regione Veneto 20 marzo 2020, n. 33, si veda M. BORGATO E D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020.

³⁹⁴ Così il decreto Consiglio di Stato 30 marzo 2020, n. 1553, che, confermando la decisione del decreto TAR Calabria 28 marzo 2020, n. 165, ha espressamente riconosciuto come ragionevoli le misure dei Governatori che, a seguito di un trasferimento massivo di persone e contagi, avevano imposto misure ulteriormente restrittive quale forma di prevenzione. Come argomentato dai giudici di Palazzo Spada difatti «*per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo*». Ad esito non differente è altresì giunto il TAR Friuli-Venezia Giulia, che, con il decreto del 10 aprile 2020, n. 31, ha respinto l'istanza cautelare avente ad oggetto l'annullamento previa sospensione dell'efficacia dell'Ordinanza del Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia 3 aprile 2020, n. 7.

commerciali di qualsiasi dimensione per la vendita di generi alimentari, esentati dalla sospensione disposta con l'art. 1 del DPCM 11 marzo 2020, compresi gli esercizi minori interni ai centri commerciali, è vietata nella giornata di domenica...».

Così è avvenuto anche con l'ordinanza del Presidente della Regione Sicilia 11 aprile 2020, n. 16, la cui istanza cautelare per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia è stata respinta con Decreto del TAR Sicilia n. 458 del 17 aprile 2020. L'ordinanza prevedeva il divieto di praticare ogni attività motoria e sportiva all'aperto, anche in forma individuale, che, diversamente, il DPCM del 10 aprile 2020, all'art. 1, co. 1, lett. f), consentiva, pur in prossimità della propria abitazione e nel rispetto della distanza dagli altri soggetti. Occorre porre l'attenzione sulla motivazione del decreto monocratico in cui emerge in modo inequivocabile il richiamo all'art. 3 del D.L. n. 19/2020, che il giudice sembra aver posto come base legittimante della misura, avendo difatti precisato che, se il co. 2 di tale articolo «vieta tassativamente ai soli “Sindaci” di provvedere “in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1”, [...] analogo, tassativo, divieto non risulta essere sancito per gli organi di livello regionale».

1.1 L'ordinanza regionale “permissiva”: brevi note alla sentenza del TAR Calabria, Sez. I, 9 maggio 2020 n. 841

Ai fini della presente ricerca, appare necessario soffermarci sulle principali decisioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento alle ordinanze regionali che hanno disposto in modo differente rispetto al contenuto dei d.P.C.M. al fine di poter affermare la peculiare distinzione tra le ordinanze emergenziali ex art. 32 e le ordinanze presidenziali emanate nel corso dell'attuale emergenza sanitaria.

La prima sentenza da esaminare è n. 841 emessa dal T.a.r. Calabria il 9 maggio 2020, avente ad oggetto la richiesta di annullamento dell'ordinanza del presidente della Regione Calabria, la quale offre degli spunti di riflessione particolarmente preziosi sul tema che in questo scritto si intende indagare.

Con l'ordinanza n. 37 del 29 aprile 2000 (adottata ai sensi dell'art. 32, comma 3 l. 833/1978), il Presidente della Regione Calabria ha disposto «ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019» in contrasto con quanto contenuto dal D.L. n. 19/2020. Mentre le richiamate ordinanze regionali hanno introdotto misure più restrittive rispetto a quelle governativa, il provvedimento

calabrese prevede misure ampliative, al fine di far ripartire l'economia regionale. In particolare, l'ordinanza in analisi riammette l'esercizio di alcune libertà individuali e consente la ripresa delle attività commerciali, ovvero riammette: gli spostamenti «all'interno del proprio Comune o verso altro Comune per lo svolgimento di sport individuali»; gli spostamenti «per raggiungere le imbarcazioni di proprietà da sottoporre a manutenzione e riparazione, per una sola volta al giorno»; le «attività di ristoranti, pizzerie, rosticcerie per la preparazione dei relativi prodotti da effettuarsi a mezzo asporto»; le attività «di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto»; «l'attività di commercio di generi alimentari presso i mercati all'aperto, inclusa la vendita ambulante anche fuori dal proprio Comune, fermo restando il rispetto delle distanze interpersonali e l'uso delle mascherine e guanti»; le attività di «commercio al dettaglio, anche in forma ambulante di fiori, piante, semi e fertilizzanti». L'ordinanza allenta significativamente «le maglie» delle restrizioni imposte dai provvedimenti statali, e questo in evidente conflitto con le disposizioni di questi ultimi.

L'ordinanza è stata impugnata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri per 3 ordini di motivi: 1) in primo luogo essa violerebbe gli artt. 2, comma 1 e 3, comma 1 del D.L. n. 19/2020, e sarebbe stata emanata in carenza di potere per incompetenza assoluta, poiché la stessa prevede che «le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionali». Né, a giudizio del Governo, potrebbe richiamarsi il potere di ordinanza cristallizzato nell'art. 32, comma 3, l. 833/1978 poiché derogato dalla disciplina dettata dal D.L. n. 19 del 2020 avendo l'emergenza carattere nazionale che impone un intervento centrale da parte del Governo. 2) l'ordinanza sarebbe illegittima per difetto di adeguata motivazione e istruttoria da parte della Regione Calabria non essendo state illustrate le motivazioni dell'adozione dell'atto; 3) infine, l'ordinanza sarebbe viziata da eccesso di potere, evidenziato dalla violazione del principio di leale collaborazione.

La Regione Calabria nel costituirsi in giudizio ha posto questioni pregiudiziali e si è difesa nel merito.

Pregiudizialmente la Regione ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore della Corte costituzionale, quale giudice dei conflitti di attribuzione ex art. 134 Cost., poiché con il ricorso il Governo lamenterebbe una indebita attribuzione di propri poteri, sottraendogli così la possibilità di esercizio di una prerogativa propria.

Nel merito, l'ordinanza troverebbe un proprio fondamento nell'art. 32 della l. 833/1978 e sarebbe pienamente informata ai principi di proporzionalità e adeguatezza espressamente richiamati dall'art. 1 comma 2 D.L. n. 19/2020, i quali richiedono di utilizzare i provvedimenti citati quali strumenti per contrastare l'epidemia da rischi presenti su specifiche parti del territorio. Né, secondo la Regione, potrebbe affermarsi che l'ordinanza regionale sarebbe in contrasto con il contenuto del d.P.C.M. del 26 aprile 2020 (il quale detta una disciplina unitaria su tutto il territorio nazionale) essendo la stessa una disposizione di dettaglio (ovvero lo strumento) della medesima, in funzione della particolare situazione epidemiologica presente sul territorio regionale e in presenza di alcune misure "minime" sufficienti per contenere il contagio. In conseguenza di ciò, il ricorso non dovrebbe essere esaminato per difetto di interesse.

Infine, la Regione afferma che l'ordinanza sarebbe supportata da un solido impianto motivazionale nel quale si dà atto dei miglioramenti presenti sul territorio regionale.

Orbene, il giudice amministrativo ha dapprima rigettato tutte le eccezioni pregiudiziali e preliminari formulate dalla Regione e, infine, accolto il ricorso nel merito.

Ai fini della nostra ricerca, occorre porre l'attenzione sulle seguenti argomentazioni utilizzate dal giudice amministrativo per accogliere il ricorso, per meglio comprendere ciò che sarà affermato nei prossimi paragrafi, ovvero la diversità tra le ordinanze regionali contingibili ed urgenti e le ordinanze emanate nella legislazione dell'attuale emergenza.

Innanzitutto, per quanto attiene la questione pregiudiziale avanzata dalla Regione, i magistrati amministrativi nel confermare la propria giurisdizione, hanno posto l'attenzione sulla natura del provvedimento impugnato da individuarsi quale provvedimento amministrativo emanato nell'esercizio del potere amministrativo, di cui il sindacato giurisdizionale è attribuito al giudice amministrativo. "In questa prospettiva l'atto è giustiziabile d'innanzi al giudice della funzione pubblica, giacché questo giudice non chiamato a regolare il conflitto sulle attribuzioni tra Enti coinvolti nella controversia, ma solo a valutare la legittimità (...) dell'atto impugnato".

Nel merito si è passati, dunque, alla verifica della legittimità dell'atto amministrativo.

Come noto, il giudice amministrativo non può sostituirsi alle amministrazioni nello stabilire il contenuto del provvedimento, il quale deve essere individuato dalle singole amministrazioni all'esito del bilanciamento tra molteplici interessi pubblici o privati. Il giudice amministrativo, quale giudice naturale della funzione pubblica, svolge un operato meramente tecnico, finalizzato a verificare la conformità dell'atto al modello legale.

Sulla base delle citate premesse il Tar Calabrese ha annullato l'ordinanza presidenziale sia per incompetenza assoluta, sia per mancanza di adeguata istruttoria (eccesso di potere), sia per violazione del principio di leale collaborazione (eccesso di potere).

Soffermiamoci sulle osservazioni poste nel merito dal giudice amministrativo sul dichiarato vizio di incompetenza assoluta.

Secondo quanto affermato dal Tar Calabrese, e condivido da chi scrive, l'ordinanza di cui si discute non trova fondamento nell'art. 32 l. 833/1978 ma nella normativa di rango primario, ovvero il D.L. 19/2020, il quale, all'art. 3, comma 1, consente alle Regioni di adottare ordinanze ex art. 32 l. 833/1978 con precisi limiti e condizioni: che si tratti di interventi destinati a operare nelle more dell'adozione di un nuovo d.P.C.M, ovvero di "situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio" proprie della Regione interessata; che si tratti di misure "ulteriormente restrittive" delle attività produttive esercitabili dalla Regione.

Dunque, "spetta al Presidente del Consiglio dei ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus COVID – 19, mentre alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'art. 3, comma 1 D.L. n. 19/2020, che però nel caso di specie è indiscusso che risultino integrati". Detto limite, ai sensi del successivo terzo comma, valgono per tutti gli "atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente".

In ragione delle citate argomentazioni l'ordinanza è stata considerata illegittima.

1.2 Il caso De Luca in Campania a seguito del D.L. 7 gennaio 2022

Il più recente decreto monocratico emesso dal presidente del Tar Campania n. 19 del 2022 offre ulteriori importanti spunti utili per poter sviluppare le successive conclusioni. Si noti come, il Tribunale Partenopeo, sospende l'efficacia del provvedimento impugnato giungendo a conclusioni differenti rispetto a quelle del Tar Calabria.

Oggetto del decreto de quo è l'ordinanza n.1 del 7 gennaio 2022 con cui il Presidente della Regione Campania ha introdotto ulteriori misure restrittive per la prevenzione e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID – 19, rispetto al D.L. 5 gennaio 2022. In particolare, il provvedimento “dispone la sospensione delle attività in presenza dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, e dell'attività scolastica e didattica in presenza delle scuole dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado. (...)”.

Anche questa volta l'ordinanza è emanata ai sensi sia dell'art. 32, comma 3, della l. 833/1978 che del D.L. 19 del 2020, sul presupposto della sua astratta legittimità e riconducibilità al genus delle ordinanze contingibili ed urgenti in materia sanitaria (ex art. 32) attraverso le quali (ex D.L. 19/2020) sarebbe possibile introdurre misure più restrittive rispetto a quelle assunte a livello governativo.

Nelle premesse, l'ordinanza impugnata indica molteplici presupposti fattuali (documentati dalla Regione) che giustificano la misura assunta, rafforzati dall'insufficienza delle sole misure governative, utili per “scongiurare il collasso del sistema sanitario regionale”, dimostrato dalla già disposta chiusura di plurime attività di ricovero ed ambulatori, e ravvisata la ricorrenza di “circostanze di eccezionale e straordinaria necessità dovuta all'insorgenza di focolai” e al rischio di elevata diffusione della variante del virus nelle scuole. Tutte circostanze queste, che consentirebbero eccezioni allo svolgimento in presenza delle attività educative e scolastiche anche nelle regioni non collocate in “zona rossa”, ai sensi del D.L. 6 agosto 2021, 111.

Orbene, con il decreto in esame il Tar Campania sospende l'efficacia del provvedimento impugnato entrando nel merito delle scelte operate dalla Regione ritenendole inadeguate e palesemente contrastanti alle scelte della legislazione primaria, ovvero alle scelte cristallizzate nel D.L. 7 gennaio 2022 n. 1, recante “misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID -19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione primaria”, pubblicato in G.U. gennaio n.4, in concomitanza con l'ordinanza impugnata.

Il decreto da ultimo citato, emanato dal Governo sul presupposto “della straordinaria necessità ed urgenza di rafforzare il quadro delle vigenti misure di contenimento della diffusione del virus adottando adeguate e immediate misure di prevenzione e contrasto all'aggravamento dell'emergenza epidemiologica”, secondo i giudici amministrativi, non

lascerebbe spazio al potere di ordinanza del presidente di Regione, avendo lo stesso già introdotto misure idonee e sufficienti a prevenire la diffusione del virus nelle scuole, attraverso la previsione di misure uniformi per tutto il territorio nazionale nei settori contemplati dall'ordinanza impugnata, imponendo, per quanto rileva, l'estensione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 agli ultracinquantenni, salve le eccezioni ivi previste (art. 1); l'estensione dell'obbligo vaccinale al personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori (art. 2); l'estensione dell'impiego delle certificazioni verdi COVID-19 (c.d. Green pass), tra l'altro, per l'accesso ai servizi alla persona ai pubblici uffici, servizi postali, bancari e finanziari, attività commerciali, con le eccezioni ivi previste (art. 3), e, per quanto specificamente rileva, individuando, all'art. 4, puntualmente, la disciplina per la "gestione dei casi di positività all'infezione da SARS-CoV-2 nel sistema educativo, scolastico e formativo" (e, segnatamente: sospensione delle lezioni in presenza di un caso di positività nella stessa sezione o gruppo classe per una durata di dieci giorni per le scuole dell'infanzia; sorveglianza con test antigenico rapido o molecolare in presenza di un caso di positività nella classe nella scuola primaria; didattica a distanza per la durata di dieci giorni in presenza di "almeno due casi di positività nella classe", ecc.); e predisponendo, altresì, "misure urgenti per il tracciamento dei contagi da COVID 19 nella popolazione scolastica" (art. 5).

Misure queste, che a giudizio dei giudici Partenopei attuano, specificano e ampliano quanto già disposto dall'art. 1 del D.L. 6.8.2021, n.111 secondo il quale "nell'anno scolastico 2021-2022, al fine di assicurare il valore della scuola come comunità e di tutelare la sfera sociale e psico-affettiva della popolazione scolastica, sull'intero territorio nazionale, i servizi educativi per l'infanzia (...) e l'attività scolastica e didattica della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado sono svolti in presenza" (art. 1, comma 1); individuando, al secondo comma, misure per prevenire il contagio espressamente finalizzate a "consentire lo svolgimento in presenza" dei servizi e delle attività didattiche e scolastiche in questione; misure, come sopra detto, specificate e ampliate con il nuovo D.L. 7 gennaio 2022.

Tale normativa, di rango primario, sovraordinata rispetto all'eventuale esercizio del potere amministrativo, "esclude che possa residuare spazio, nei settori considerati, per l'emanazione di ordinanze contingibili che vengano a regolare diversamente i medesimi

settori di attività e che, stante la loro astratta natura “contingibile”, presuppongono che non sia possibile individuare una diversa “regola” della concreta fattispecie, regola, invece, effettivamente, come visto, già esistente, allo stato, in diritto positivo”.

Ciò, in quanto, secondo il Tribunale Partenopeo, il provvedimento impugnato rientra nel genus delle ordinanze emergenziali ex art. 32 le quali, si giustificano nell’ordinamento, e si fanno legge nel caso concreto, solo ove ricorra, oltre all’urgenza, la mancanza di altra regola che abbia previsto la fattispecie e l’abbia regolata.

Con il decreto-legge, dunque, il Governo avrebbe, in via d’urgenza, già tenuto conto dell’emergenza specifica nel settore della scuola, preservandolo e garantendone la continuità di esercizio.

Pertanto, la normativa primaria, non lascerebbe spazio alcuno alla Regione per disciplinare diversamente l’attività scolastica in stato di emergenza sanitaria, in quanto interamente e minutamente regolata dalle richiamate disposizioni di rango primario, tenuto conto che la scelta del livello di tutela dell’interesse primario alla salute, individuale e collettiva, e il punto di equilibrio del bilanciamento tra diversi valori (concretati in diritti e interessi dei soggetti dell’ordinamento) sarebbe già stata operata dal legislatore nazionale, che ha operato una scelta valoriale libera ad esso rimessa e insindacabile dal giudice se non nella forma dell’incidente di costituzionalità, i cui presupposti non sembrano, nella specie, ricorrere.

Una diversa scelta da parte di altra Autorità rispetto all’intervento legislativo operato non potrebbe, secondo il Tar Napoli, essere espresso e fatto valere con provvedimenti amministrativi contrari alla scelta del legislatore nazionale, non potendo gli stessi individuare un diverso livello di tutela e un diverso punto di equilibrio dei valori in gioco rispetto al legislatore “sposando istanze, variamente articolate e peraltro pure variamente condivise, stante la evidente conflittualità esistente in materia, provenienti da settori dell’amministrazione pubblica, dalla società civile e da parti sociali, tuttavia valutate recessive rispetto alla scelta, di rango primario, di privilegiare, sempre e comunque - ben vero allo stato e salve ulteriori eventuali misure che il legislatore ritenesse di adottare anche in considerazione dell’intervenuta acquisizione di nuovi elementi e anche per il tramite dei soggetti pubblici con cui istituzionalmente deve, o ritiene di dover, interloquire - la modalità di didattica in presenza, nel rispetto delle prescrizioni, cautele e disposizioni operative comunque fissate, la cui concreta applicazione, oggettivamente –

deve riconoscersi - non agevole e senz'altro gravosa, incombe certo sugli operatori pubblici all'uopo investiti ma che impone, anche e soprattutto, la leale e fattiva cooperazione degli amministrati".

Né rileverebbe l'attività istruttoria dettagliatamente compiuta dalla Regione Campania al fine di dimostrare l'aumento dei contagi non essendo classificata la stessa tra le "zone rosse" e dunque nella fascia di maggior rischio pandemico. Il solo dato dell'aumento dei contagi nel territorio regionale, sarebbe predicata dalla Regione in soli termini di eventualità, i quali non dimostrerebbero la situazione emergenziale, eccezionale e straordinaria, che, in astratto, potrebbe consentire la deroga alla regolamentazione generale, tra l'altro già considerati, "e ampiamente", dal legislatore nazionale.

Inoltre, il provvedimento emergenziale adottato dalla Regione non rispetterebbe i principi di "adeguatezza e proporzionalità", non facendosi alcun riferimento, nel provvedimento impugnato, alle contrapposte posizioni soggettive di diritto, anche tenuto conto del sacrificio finora a quelle imposto dalla pregressa prolungata limitazione della didattica né all'impossibilità di bilanciarle, in maniera appunto "adeguata e proporzionata", con l'evidenziata tutela prioritaria dell'interesse pubblico alla salute collettiva.

Le rappresentate difficoltà del sistema sanitario regionale, dimostrerebbero invero la carente previsione di adeguate misure preordinate a scongiurare il rischio, ampiamente prevedibile, di "collasso" anche sul sistema dei trasporti, con la conseguente confermata impossibilità di qualificare "contingibile" una misura dichiaratamente volta ad evitare un pericolo ampiamente prevedibile solo a voler considerare il recente passato.

Il Tribunale, infine, entra nel merito delle scelte operate dalla regione, ritenendo la misura assunta non idonea allo scopo che si pone, poiché la già prolungata chiusura delle scuole durante le feste natalizie non ha evitato l'aumento registrato dei contagi (ammettendo, dunque, l'aumento stesso).

Per tutte queste ragioni, il Presidente del Tar Napoli ha accolto l'istanza cautelare monocratica e, per l'effetto, sospeso l'esecutività dell'impugnata ordinanza, con l'immediato ripristino delle modalità di prestazione e di fruizione dei servizi educativi, scolastici e didattici regolati dalla pertinente normativa emergenziale di rango primario.

Si noti come, il Tribunale Partenopeo assume la propria decisione qualificando l'ordinanza in esame quale ordinanza contingibile e urgente, emanata ai sensi dell'art. 32

della L. 833/1978, giustificata nell'ordinamento ove ricorra, oltre all'urgenza, la mancanza di altra regola che abbia previsto la fattispecie e l'abbia regolata.

L'argomentazione che il Tar Campania utilizza per sospendere gli effetti esecutivi del provvedimento impugnato non appare, invero, a sommo opinione di scrive, convincente, nella parte in cui si afferma l'inclusione delle ordinanze presidenziali emanate ai sensi del D.L. 19/2020 nel genus delle ordinanze emergenziali contingibili e urgenti.

Come meglio si argomenterà nel successivo paragrafo, i limiti e presupposti di tali ordinanze sono da individuarsi, esclusivamente, nella legislazione di emergenza, costituendo questi, atti necessitati legittimati dalla legislazione di emergenza.

Gli unici limiti posti all'esercizio del potere di ordinanza presidenziale, nell'attuale emergenza, sono da individuarsi nel D.L. 19/2020 (richiamato nelle premesse dell'ordinanza in esame), che espressamente consente ai Presidenti di Regione di adottare misure idonee a contenere il diffondersi del contagio purché le stesse siano adottate al sopravvenire di situazione di aggravamento del rischio sanitario verificatosi nel proprio territorio e, siano, esclusivamente maggiormente restrittive, rispetto a quelle individuate dalla normativa primaria, nonché adottate nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, a seguito della cui emanazione tali misure perdono di efficacia.

Così, contrariamente a quanto affermato nel decreto in esame, le autorità amministrative attraverso l'emanazione di ordinanze maggiormente restrittive non operano scelte differenti (o contrarie) rispetto a quelle nazionali ma, conformemente alle stesse, introducono misure più restrittive (idonee a contenere il contagio) in attesa dell'intervento Governativo.

Queste, dunque, a differenza delle ordinanze emergenziali, intervengono in casi di urgenza già preventivamente prestabiliti dalla legge, esclusivamente, al fine di limitare - temporaneamente- il rapido diffondersi del contagio nelle more delle scelte governative, perdendo di efficacia a seguito dell'intervento governativo.

Le stesse sono autorizzate dalla legislazione di emergenza, e possono essere emanata anche in assenza della "contingibilità", trattandosi di materie, preventivamente, previste dal Governo.

Come *supra* esposto, il Governo ha, così, scelto di non comprimere totalmente le competenze di Regioni e Comuni non potendo la macchina amministrativa statale sostituire (in un momento emergenziale) l'amministrazione regionale nella gestione di un sistema sanitario ormai totalmente regionalizzato (e lo stesso dicasi per la protezione civile), residuando, in capo alle Regioni il potere di poter intervenire nelle more dell'intervento governativo. Tale potere emergenziale è stato attribuito alle Regioni data l'impossibilità per una norma di rango primaria, quale il D.L., ad efficacia statica, di introdurre, in maniera dettagliata, misure idonee a prevenire la diffusione del contagio in ogni singolo, e differente, territorio del nostro Paese. In caso contrario, potrebbe paventarsi una lesione del principio di ragionevolezza, dato il diverso quadro epidemiologico nelle diverse aree regionali di riferimento; differenze che il Governo non avrebbero potuto colmare attraverso la previsione statica ed uniforme di misure restrittive.

Il Governo, pur mirando all'accentramento nell'attuale emergenza, non ha eliminato gli interventi su base decentrata, in quanto maggiormente idonei a garantire l'adozione di decisioni adeguate a ciascun territorio. Questo è stato, sostanzialmente, l'approccio sotteso al primo D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, poi confermato nel più recente D.L. 25 marzo 2020, n. 19.

Sulla base delle citate premesse si concorda sulla sospensione del provvedimento impugnato ma per ragioni differenti.

A sommosso parere di chi scrive, l'ordinanza sarebbe viziata da incompetenza assoluta, oltre che da eccesso di potere per mancanza di adeguata istruttoria e per violazione principio di leale collaborazione

Infatti, come *supra* affermato, l'ordinanza di cui si discute non trova fondamento nell'art. 32 l. 833/1978 ma nella normativa di rango primario, ovvero il D.L. 19/2020, il quale, all'art. 3, comma 1, consente alle Regioni di adottare ordinanze con precisi limiti e condizioni.

Limiti che nel caso di specie sono stati oltrepassati dal Presidente della Regione. L'ordinanza, infatti, non è stata preceduta da alcuna forma di consultazione o anche di informazione nei confronti del Governo, né è stata adottata nelle more di emanazione del d.P.C.M.. In concreto, inoltre, dalla motivazione della stessa, non è dato comprendere come, proprio l'apertura delle scuole, possa incidere sul sistema sanitario regionale, né

come le misure previste (da sole) avrebbero scongiurato il rischio di “collasso” del sistema sanitario.

2. Le ordinanze dei Presidenti di Regione disciplinate dai decreti-legge nn. 6, 19, 33 del 2020, come atti necessitati per affrontare l’epidemia Covid – 19

Nei paragrafi che precedono si è posta l’attenzione sul generale potere di ordinanza contingibile e urgente ai sensi dell’art. 32 L. 833/1978, attribuito al Presidente di Regione nei casi di emergenza sanitaria e sul – differente - potere di ordinanza ordinario, utilizzato dagli stessi, nell’attuale emergenza sanitaria, legittimato dai decreti-legge nn. 6, 19, e 33 del 2020.

Dall’analisi affrontata è possibile individuare i differenti tratti distintivi che caratterizzano i precitati poteri costituendo le ordinanze emanate nell’attuale emergenza una fattispecie differente, la quale trova i propri presupposti legittimanti ed i propri limiti nella legislazione di emergenza che la disciplina ed è destinata ad esaurirsi con essa. Trattasi di un potere di ordinanza dal contenuto tassativo, in cui la situazione d’emergenza è preventivamente definita dalla legge.

Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale esaminata, che qui sinteticamente si richiama, i presupposti per l’emanazione delle ordinanze contingibili e urgenti sono da individuarsi nell’impossibilità di differire l’intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di danno incombente (urgenza) e, nell’impossibilità di provvedere con gli ordinari mezzi offerti dalla normativa primaria (contingibilità). È necessario, inoltre, che tali presupposti siano adeguatamente motivati e che la misura adottata sia proporzionata alla situazione che s’intende fronteggiare (principio di proporzionalità).

La Corte Costituzionale, ha ritenuto legittimo il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti nella misura in cui lo stesso non intocchi norme di rango costituzionale, né i principi generali dell’ordinamento giuridico, escludendo, inoltre, che il potere in esame possa essere conferito in materie coperte da riserva di legge assoluta, mentre in caso di riserva relativa di legge la possibilità di deroga è estremamente limitata. Ciò in quanto, se vi è una legge che disciplina il caso non dovrebbe sussistere alcuna lacuna normativa.

Come chiarito nel terzo capitolo del presente lavoro, trattasi di un potere tipico, previsto dalla legge, a “bassa tassatività” poiché il contenuto del provvedimento da adottare non è predeterminato dalla legge ma rimesso alla discrezionalità dell’organo amministrativo che le emana. Proprio detta caratteristica differenzia le ordinanze contingibili e urgenti dagli atti necessitati, il cui contenuto è invece predeterminato dalla legge. In tale ultimo caso si discute di potere d’eccezione ad alta tassatività.

Gli atti necessitati, presentano in comune con le ordinanze il presupposto dell’urgente necessità di provvedere al fine di affrontare situazioni eccezionali, ma ne differiscono quanto alla disciplina sostanziale, poiché le ordinanze hanno un contenuto non predeterminato. Entrambi gli atti hanno un contenuto derogatorio, ma mentre nel caso dell’ordinanza la deroga non è predeterminata dalla norma attributiva del potere ma prevista via via, a seconda della situazione concreta; negli atti necessitati, invece, è la stessa norma di disciplina, che si pone in rapporto di eccezione con quella che intende derogare.

Il potere contingibile ed urgente è autorizzato da norme primarie dal contenuto giuridico indeterminato non potendo le stesse prevedere – preventivamente – tutte le situazioni d’emergenza in cui sia necessario l’intervento della P.a.

Richiamati nuovamente i tratti, i presupposti ed i limiti delle ordinanze contingibili e urgenti, vi è da chiedersi se gli stessi siano presenti anche nelle ordinanze emanate dai Presidenti di Regione nell’attuale emergenza sanitaria ai sensi dei D.L. nn. 6, 19, 2020 e, dunque, se le stesse, possano definirsi contingibili e urgenti.

La risposta è negativa.

Invero, trattasi di provvedimenti amministrativi dal contenuto tassativo e determinati nella procedura, di cui la norma primaria stabilisce la condizione di pericolo o “necessità” cui è subordinata l’adozione da parte dell’organo competente.

Questo ragionamento è applicabile non soltanto alle ordinanze dei Presidenti di Regione ma anche alle ordinanze dei Sindaci e al nuovo strumento giuridico finalizzato al contrasto dell’epidemia e disciplinato dai decreti - legge.

Si tratta, infatti, di un potere che presenta aspetti differenti rispetto al descritto potere contingibile e urgente.

Innanzitutto, la norma attributiva del potere in esame (ovvero il decreto legislativo) indica – preventivamente – la situazione di emergenza in cui intervenire prevedendo

precisi limiti e presupposti per l'utilizzo dello stesso da parte dei Presidenti di Regione. In particolare, a differenza delle ordinanze contingibili ed urgenti, la norma attributiva del potere non contiene concetti giuridici indeterminati, ma, al contrario, indica in maniera dettagliata il perimetro di utilizzabilità del potere in esame, stabilendo che le misure emergenziali che possono essere adottate da tali autorità soltanto «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri» e nei soli casi di «estrema necessità e urgenza». Soltanto qualora si configuri una situazione di urgenza ancora più stringente rispetto a quella già prevista dalla normativa primaria, tale da non consentire un tempestivo intervento Governativo, le autorità amministrative richiamate possano intervenire attraverso lo strumento delle ordinanze, al fine di prevenire la diffusione del virus. Pertanto, l'intervento è consentito nel tempo che intercorre tra l'avvio del procedimento inteso alla emanazione del d.P.C.M. e il suo compimento, nel quale, per un caso di «urgenza estrema» si renda necessaria una misura regionale o comunale che anticipi gli esiti della decisione governativa, la quale potrà modificare il contenuto dell'ordinanza del Presidente della Regione o del Sindaco.

Tali ordinanze perdono di efficacia in caso di omessa comunicazione al Ministro della salute entro 24 ore dalla loro adozione.

Inoltre, le misure che i Presidenti possono adottare hanno un contenuto preciso, potendo gli stessi – soltanto - introdurre misure ulteriormente restrittive tra quelle – preventivamente - elencate nello stesso decreto- legge, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale (art. 3 D.L. n. 19 del 2020).

La situazione di pericolo in cui è possibile intervenire è già individuata dalla normativa primaria.

Pertanto, non si tratta di un potere “libero” di adottare i provvedimenti ritenuti più adatti (come normalmente accade per le ordinanze contingibili e urgenti) autorizzato attraverso concetti giuridici indeterminati (nei termini già richiamati) poiché le misure adottabili (dai diversi livelli di governo) sono solo quelle tassativamente individuate nel testo dei due decreti-legge.

Ancora, le stesse sono emanate anche in assenza della “contingibilità”, trattandosi di materie, preventivamente, previste dal Governo.

Evidenziati così i differenti presupposti e limiti di emanazione delle ordinanze contingibili e urgenti ex art. 32 l. 833/1978 rispetto alle ordinanze presidenziali ai sensi D.L. n. 6, è possibile affermare, a sommosso parere di chi scrive, che quest'ultime rientrano nel *genus* degli atti necessitati ordinari, essendo provvedimenti amministrativi espressamente e specificamente previsti dalla legge, dai contenuti tassativi e finalizzati ad affrontare una singola emergenza. È la normativa primaria d'emergenza (ovvero i D.L.) ad autorizzare l'esercizio del potere amministrativo e individuare il tipo di situazione di pericolo o di necessità che deve sussistere affinché l'atto sia legittimo.

Così come accade, ad esempio, nell'art.7 bis L.401/89 che consente al Prefetto di adottare un provvedimento con cui, allo scopo di tutelare la pubblica sicurezza, si vieta lo svolgimento di manifestazioni sportive, allorquando vi sia una situazione di pericolo e di grande turbativa. La norma prescrive l'adozione di un provvedimento classico per il quale il prefetto è tenuto a rispettare una precisa sequenza procedimentale, tra l'altro caratterizzata dal differimento ad altra data della manifestazione sportiva.

Anche nel caso in esame, la situazione di pericolo cui è subordinato l'atto Presidenziale è puntualmente prescritta dalla norma e risiede "nell'aggravamento della situazione di pericolo", in presenza della quale è preminente la tutela alla salute.

Dunque, è la norma primaria a stabilire la funzione e il contenuto dell'atto, oltre che a determinare lo schema di provvedimento opportuno per il perseguimento di quel determinato fine pubblicistico.

Questo implica che esso sia soggetto ad un procedimento amministrativo analogo a quello previsto per un qualunque provvedimento, in cui il regime di impugnazione è riconducibile agli artt.29-30 C.P.A., data la sua capacità di incidere direttamente sul bene della vita di un destinatario determinato o determinabile.

Il giudizio sulla sua validità si atteggia come valutazione di conformità del provvedimento al suo parametro normativo.

3. Sulla Costituzionalità delle ordinanze del Presidente di Regione

Accertata la natura amministrativa dei provvedimenti adottati dai Presidenti di Regione nel corso dell'attuale emergenza epidemiologica una domanda sorge spontanea: è corretto, dal punto di vista costituzionale, consentire delle limitazioni delle libertà

fondamentali di cittadini ed imprese ad opera di provvedimenti amministrativi adottati dai Presidenti di Regione?

Come noto l'Assemblea costituente ha ritenuto necessario che la limitazione dei diritti dei cittadini debba avvenire con provvedimenti adottati dal potere legislativo poiché questo è espressione diretta del corpo elettorale e quindi della sovranità popolare.

A fine di rispondere al quesito de quo è utile richiamare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella già esaminata sentenza n. 98/2021, avente ad oggetto la legittimità costituzionale dei d.P.C.M. La questione ha offerto la possibilità alla Suprema Corte di esporsi sulla legittimità del meccanismo di gestione della pandemia in base alla natura degli strumenti utilizzati.

La Corte, anzitutto, ha definito i d.P.C.M. come atti amministrativi necessitati (non ravvisandoli quali ordinanza emergenziali) poiché il decreto - legge n.19 del 2020, non introduce una disciplina "aperta", ma elenca in maniera analitica le ipotesi nelle quali il Presidente del Consiglio dei ministri può adottare le misure attuative nella forma di DPCM, riconducendo così gli stessi nell'ambito degli atti amministrativi necessitati e non nel potere di ordinanza.

Sul punto, successivamente alla pubblicazione della sentenza parte della dottrina non ha condiviso l'inclusione dei d.P.C.M. nel genus degli atti necessitati, intravedendo una certa discrezionalità del Presidente del Consiglio dei ministri nell'adozione di predetti atti. Tale attività discrezionale consentirebbe una partecipazione attiva nella valutazione e nel bilanciamento degli interessi pubblici teoricamente implicati dai singoli provvedimenti che ha assunto natura eminentemente politica.

Invero, si è già sostenuto che i decreti-legge (oggetto di contestazione) indicando nel dettaglio il contenuto dei d.P.C.M, permette di differenziarli dalle ordinanze emergenziali, le quali vengono adottate sulla base di un iniziale conferimento di potestà, che omette di descriverne puntualmente il contenuto (c.d. legalità formale).

L'intervento non può essere qualificato quale "contingibile" essendo l'emergenza già nota e dunque affidata ad atti dal contenuto predeterminati dalla normativa primaria. Il d.P.C.M. è intervenuto in situazioni concrete conosciute e descritte dalla legge.

Questi sono atti che non hanno né l'aspetto esteriore delle ordinanze disciplinate dal Codice di Protezione, mancandone tutti gli elementi essenziali, né hanno – ed è questo il

punto davvero importante – la natura delle ordinanze contingibili e urgenti, essendo atti (normativi o meno) che attuano fonti primarie senza derogare ad alcuna norma di legge.

In conseguenza di ciò, non è il d.P.C.M. a incidere sulle libertà costituzionalmente garantite, rappresentando questo soltanto il c.d. “atto scopo”, funzionalmente rapportato ad un Decreto - Legge che rappresenta la “norma presupposto”, potendosi rispettare così la riserva di legge e il principio di legalità.

Quanto argomentato può essere riferito anche alle ordinanze Presidenziali, da intendersi quali atti necessitati, nei termini esposti, trattandosi di un potere amministrativo autorizzato dalla normativa primaria in si individua, analiticamente, anche il tipo di situazione di pericolo che deve sussistere affinché l’atto sia legittimo.

Trattasi di un atto amministrativo dal contenuto derogatorio - che a differenza delle ordinanze contingibili e urgenti in cui la deroga non è predeterminata dalla norma attributiva del potere ma prevista via via, a seconda della situazione concreta - è la stessa norma di disciplina, a porsi in rapporto di eccezione con quella che intende derogare.

Pertanto, anche in tal caso, i diritti costituzionalmente garantiti saranno incisi non dall’atto amministrativo (espressamente autorizzato dalla normativa primaria) ma dallo stesso decreto – legge. Quest’ultimo, quale atto avente forza di legge, ovvero quale fonte primaria, va ad integrare l’ordinamento. Pertanto, le misure restrittive di libertà non poggiano su atti secondari, ma su un atto primario.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nell'ordinamento italiano manca una disciplina costituzionale dello stato di emergenza, inteso come una situazione imprevedibile che comporta un grave pericolo per la salute dei cittadini.

L'assenza di una tale previsione è frutto della diffidenza dei Costituenti a prevedere ipotesi di concentrazione dei poteri in capo al Governo o al Presidente del Consiglio. Ciò contrariamente alle esaminate teorie ottocentesche, in cui la limitazione dei diritti era nella piena disponibilità della legge, così come anche la loro sospensione. In caso di urgenza, in cui non si poteva attendere il tempo necessario per l'approvazione di una legge, la conservazione dell'ordine sociale era messa al primo posto. Come esposto, infatti, la necessità era considerata da Santi Romano come una fonte del diritto non codificata, in grado di legittimare l'intervento dei pubblici poteri anche in assenza di un preciso fondamento normativo.

Oggi, nel nostro ordinamento, in cui i diritti individuali si caratterizzano per avere una funzione fondativa dell'ordinamento, anche la gestione dell'emergenza deve necessariamente essere ricondotta all'interno della legalità costituzionale, non potendo essere previste altre fonti del diritto extra ordinem.

Pertanto, contrariamente a quanto in passato sostenuto, oggi, la fonte di legittimità dei poteri emergenziali non può trovarsi nella necessità, cioè in un fatto extra giuridico, ma è da individuare all'interno dello stesso ordinamento costituzionale.

Detto ciò, successivamente alla emanazione del testo Costituzionale, l'emergenza, intesa quale urgenza di provvedere, è stata affrontata con l'utilizzato dello strumento, costituzionalmente previsto, del decreto-legge, oppure ricorrendo al potere di ordinanza emergenziale, già presente nel sistema legislativo dell'Italia pre-repubblicana. Trattasi di un potere tipico, in quanto previsto dalla legge, a bassa tassatività, autorizzato da norme contenenti concetti giuridici indeterminati in grado poter abbracciare diverse situazioni di necessità, non essendo queste prestabilite dalla legge, da poter utilizzare quale "valvola di sicurezza". Si pensi, ad esempio, all'articolo 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R. D. n. 773 del 1931), il quale attribuiva al prefetto la possibilità di adottare "i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica" nel caso in cui vi fosse "urgenza" o una "grave necessità pubblica".

Un potere, dunque, autorizzato attraverso l'utilizzo di concetti giuridici indeterminato (unbestimmte Rechtsbegriffe) in cui il legislatore – nel descrivere la fattispecie – utilizza termini che abbracciano diversi fenomeni, inglobati in una categoria generale, capace di assumere diversi significati, che non hanno caratteri specifici, definiti e precisi. Detta indeterminatezza, nel rapporto con i principi di tipicità e tassatività, viene superata attraverso l'utilizzo di termini idonei a indicare rispetto al genus una species, oppure una locuzione idonea a esprimere un concetto specifico, preciso e definito.

Quando ciò non accade, sarà l'amministrazione “discrezionalmente” ad individuare i presupposti del potere amministrativo stesso, attraverso un attento bilanciamento di interessi pubblici.

Sul punto sono intervenute molteplici e importanti pronunce della Suprema Corte, le quali hanno dichiarato la compatibilità costituzionale delle leggi che autorizzano l'adozione di queste ordinanze. Successivamente, le stesse si sono stabilizzate e inserite nelle più importanti leggi in materia sanitaria.

Negli ultimi anni si è assistito ad un notevole utilizzo dello strumento in esame al fine di porre rimedio all'emergenza sanitaria che si è scatenata all'inizio del 2020 e che ci sta continuando ad investire.

Con particolare riferimento alla precitata emergenza epidemiologica occorre rilevare che il modello cui si è ispirato il nostro paese si è fondato su due cardini: il primo, un accentramento delle decisioni in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri; il secondo, creato ad hoc per l'emergenza Covid da fonti primarie (decreti - legge successivamente convertiti).

Predetto modello è stato da molti criticato, potendosi ravvisare, secondo parte della dottrina, una mancanza di tipizzazione in sede legislativa dei casi in cui diventava possibile procedere alla limitazione delle libertà costituzionali, a causa del poco felice rinvio alle “misure ulteriori” previsto dal D.L. n. 6/2020. Inoltre, le critiche si sono poi soffermate sulla concentrazione, in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri e il Presidenti di Regione, di un potere così vasto che può anche limitare dell'esercizio dei fondamentali diritti costituzionali dei cittadini.

A sommo parere chi scrive, l'emergenza e i relativi atti adottati, vanno suddivisi in due fasi: in una prima fase in cui l'emergenza era localizzata in determinate regioni, si sono resi necessari strumenti contingibili ed urgenti che erano a disposizione al momento

in cui si è manifestata l'emergenza. Trattasi delle ordinanze autorizzate dal d.lgs. n. 1/2018, e nella legge n. 833/1978 istituiva del servizio sanitario nazionale.

Una seconda fase, in cui l'emergenza era ormai nota e, pertanto, si è potuta introdurre disciplina dell'emergenza posta da fonti di carattere primario (cioè con decreti - legge successivamente convertiti in legge). Una volta chiarito il tipo di pericolo da affrontare e messa a punto la strategia da utilizzare, sono state – dettagliatamente – previste le misure da adottare attraverso atti necessitati per contrastare un'emergenza che non assumeva più il carattere dell'imprevedibilità.

Basti che, le generiche formule utilizzate nel D.L. n. 6 /2020, del 23 febbraio 2020, sono state poi precisate nel successivo il D.L. n. 19 del 25 marzo del 2020, non prevedendosi più un elenco “aperto” ma tassativo.

In conseguenza di ciò, sono stati tassativamente previsti i casi di intervento del Presidente di regione diminuendo il grado di libertà di determinazione del contenuto delle ordinanze emergenziali, prevedendosi così un contenuto sufficientemente tipico.

Trattasi di atti amministrativi esecutivi di fonti primarie. La limitazione delle libertà costituzionali trova il suo fondamento nella fonte primaria. Con l'ovvia precisazione che, per essere conformi al dettato costituzionale, non è sufficiente che le limitazioni dei diritti costituzionali siano previste da una fonte legislativa, ma è altresì necessario che, in concreto, siano adeguate, ragionevoli e proporzionali.

Pertanto, il sistema normativo predisposto non è in contrasto con l'impianto Costituzionale.

BIBLIOGRAFIA

- ABBRUZZESE M., Profili amministrativistici delle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, in M. Abbruzzese, E. Di Dedda, E. Infante, G. Mattencini, V. Muscatiello, Sistema penale e sicurezza pubblica. Commento alla legge 24 luglio 2008, n. 125, Bari, Cacucci, 2008
- AGAMBEN G., Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino, II ed. 2005
- AGOSTA S., Il potere di ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto,
- ALESSI R., Principi di diritto amministrativo, Milano, 1974
- ALLEGRETTI U., Profilo di storia costituzionale italiana. Lo Stato liberale. Il regime fascista, Cagliari, 1983
- AMATO G., Art. 14, in G. Branca (a cura di), Commentario alla Costituzione, vol. Rapporti civili, Bologna-Roma, 1977
- AMATO G., La difficile agonia dell'articolo 2 t.u.l.p.s.,
- ANDRIOLI V., Sequestro di giornali e libertà di stampa, in Foro it., 1962, II
- ANDRONIO A., Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente, Milano, Giuffrè, 2004
- ANGIOLINI V., Necessità ed emergenza nel diritto pubblico, Padova, Cedam, 1986
- ANGIOLINI V., Principi costituzionali e sanzioni amministrative, in Jus, 1995
- ANGIOLINI V., Urgente necessità ed emergenza: la Corte ci Ripensa?, in le Regioni, 1987, n. 6
- ANTONELLI A., L'esperienza dei "patti per la sicurezza" nel triennio 2007-2009, in A. Pajno, La sicurezza urbana, Rimini, Maggioli, 2009.
- ARAI TAKAHASHI Y., Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited, in European Public Law, 2000, 73
- ASCARELLI T., Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione, (con postilla di F. Carnelutti), in Riv. dir. proc., 1957
- B. CAVALLO, Teoria e prassi della pubblica organizzazione, Milano, 2005,
- BALDINI V., Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali, in Diritti fondamentali, 2020, n. 1, www.dirittifondamentali.it;

BALDUZZI R. - SORRENTINO F., voce Riserva di legge, in Enc. dir., XL, Milano, Giuffrè, 1989

BARAGGIA A., Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità, in Le Regioni, 2009

BARATTA A., Stato di diritto, in A. NEGRI (a cura di), Enciclopedia Feltrinelli – Fisher, Milano, 1970, 509-523;

BARILE P., Il soggetto privato della Costituzione italiana, Padova, Cedam, 1953

BARONE A., Il diritto del rischio, Milano, Giuffrè, 2006

BARTOLE S., voce Principi generali del diritto, in Enc. dir., XXXV, Milano, Giuffrè, 1986

BARTOLOMEI F., Potere di ordinanza e ordinanze di necessità, Milano, 1979;

BARTOLOMEI F., Voce Ordinanza (dir. amm.), in Enc. dir., vol. XXX, Milano, 1980

BELLETTI M., La forma di governo parlamentare e scioglimento delle Camere. Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana, Padova, 2008

BIN R., Il sistema delle fonti. Un'introduzione, in Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia, Napoli, 2009

BIN-G. PITRUZZELLA R., Diritto costituzionale, Torino, 2013, 338 ss.;

BLUNTSCHLI J. K., Dottrina dello stato moderno, vol. II, Napoli, Vallardi, 1879

BORGATO M. Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali, in Dirittifondamentali.it, 24 marzo 2020.

BROCCA M., L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza, Napoli, 2012

BRUNELLI F., Commento allo Statuto del Regno, Torino 1909, vol. I

BRUNIALTI A., Biblioteca di scienze politiche. Scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze politiche, vol. IV, Torino, 1888, CCXXXIX

BRUNIALTI A., Prefazione. La Legge nello Stato moderno

C.H. ULE, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München, 1955, 309 ss.

CAMMEO F., Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti), in Trattato Orlando, vol. III, Milano, 1901;

CAMMEO F., Lo stato d'assedio e la giurisdizione,

CAMMEO F., Sanità pubblica, in Primo trattato completo di diritto amministrativo, a cura di V. E. Orlando, vol.n, parte II, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1905, 286. Si confronti infine:

CAPPELLETTI M., Sentenze condizionali della Corte costituzionale, in Riv. dir. proc., 1957,

CARDONE A., La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere di ordinanza «extra ordinem» del Governo», Torino, 2011

CARDONE A., Le ordinanze di necessità e urgenza del Governo, in Osservatorio sulle fonti 2006, a cura di P. Caretti, Torino, 2007

CARLASSARE L., Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero, in Giurisprudenza costituzionale 1977, I, 258

CARLASSARRE, Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità, Padova, 1966;

CARRÉ D. M., La loi, expression de la volonté générale, Paris, 1931, 17, 29 ss.

CARTABIA M. - LAMARQUE E. - TANZARELLA P. (a cura di), Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici, Torino, 2011

CAVALLO B., Teoria e prassi della pubblica organizzazione, Milano, 2005, 61 ss.;

CAVALLO PERIN R., Ordine e ordinanza, in Digesto delle discipline pubblicistiche, Torino, 2010

CAVALLO PERIN R., Potere di ordinanza e principi di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza, Milano, 1990

CAVALLO PERIN R., Voce ordinanza (Dir. Amm.), Enc. Dir.

CERULLI IRELLI V., Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione, in Dir. pubbl., n. 2, 2007,

CHERCHI B., Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente, in Riv. trim. dir. pubbl., 1981

CIANFEROTTI G., Storia della letteratura amministrativistica italiana, Milano 1998

CICERONE M.T., De Legibus, IV.

CIVITARESE MATTEUCCI S., La forma, cit., 2006,

CODACCI PISANELLI A., Ammissibilità delle ordinanze d'urgenza nel diritto italiano e valore di esse innanzi all'autorità giudiziaria, in Foro it., n. 15, 1890

COGNETTI S., Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità, Milano, 1993, 27 ss.;

CONTESSA V., Delegabilità da parte del Sindaco delle funzioni di ufficiale di Governo, con particolare riferimento al potere di emettere ordinanze contingibili ed urgenti, in Nuova Rassegna, 1990

CORCIULO M.S., La Costituzione di Cadice e le rivoluzioni italiane del 1820-'21, in Le Carte e la Storia, fasc. 2, 2000

CORSO G., Manuale di diritto amministrativo, Giappicchelli, Torino 2017.

COSTA P., Lo Stato immaginario, Milano 1986

CRIFULLI V., Lezioni di diritto Costituzionale, Cedam, Padova, 2000, p. 29, cit.

CRISAFULLI V., Il ritorno dell'art. 2 dell'articolo 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale, in Giur. Cost., 1961

CRISAFULLI V., Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del Giudice comune, nota a sent. Corte Costituzionale del 2 luglio 1956 n. 8, in Giur. it., 1956, I, 1

CRISAFULLI V., Questioni di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria, in Giur. cost., 1956, I

D'ALESSIO F., Commento al testo unico della legge comunale e provinciale, Torino, Utet, 1936, 101 e s.

DE LUCA F., Lo stato d'assedio, la fucilazione e le pubbliche calamità, in "Rivista di diritto penale e sociologia criminale", vol. X, 1909,

DE VERGOTTINI G., Necessità,

DEGLI OCCHI L., Lo stato di necessità nel diritto pubblico e le ordinanze d'urgenza, Milano, 1919

DELLA GIUSTINA C., Il TAR in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica, in BioDiritto, 30 marzo 2020, in www.biodiritto.org

DI COSIMO G. –MENEGUS G., La gestione dell'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche, in Biodiritto.org (16.03.2020)

DI COSIMO G. –MENGUS G., L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione, cit., 190 ss.;

DONATI D., I caratteri della legge in senso materiale,

DONATI D., La forza formale della legge, entrambi in Id., Scritti di diritto pubblico, Padova, 1966, vol. II

DONATI F., Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza, in Riv. Dir. cost., 2005

EISENMAN C., Le droit administratif et le principe de légalité, in Conseil d'Etat, Etudes et documents, 1957, 29 ss.; G. VEDEL, Droit administratif, Paris, 1961, 162 ss.; L.

ESPOSITO C., Decreto-legge, in Enc. dir., XI, Milano, 1962,

F. SATTA, Principio di legalità e amministrazione nello Stato democratico,

FASO I., Ancora in tema di illegittimità costituzionali dell'articolo 2 del t.u. leggi di p.s., in Giur. siciliana, 1962

FAZIO G., Sindacabilità e motivazione degli atti discrezionali, Milano, 1966;

FERRAJOLI L., Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Bari, 2008, 895 ss.

FERRARI E., Nelle Marche è stata decisa la chiusura delle scuole e la sospensione degli eventi pubblici fino al 4 marzo, 25 febbraio, disponibile al seguente link <https://www.ilpost.it/2020/02/25/marche-coronavirusscuole-chiuse>.

FIORAVANTI M., Alle origini di una disciplina giuridica, in “Quaderni fiorentini”, XVI (1987), pp. 209-283; Id., s.v., in “Il Parlamento italiano”, IX, Milano 1988

FIORAVANTI M., La scienza del diritto pubblico, I, Milano 2001

FIORAVANTI M., Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'Ancien Régime all'Italia liberale, Milano 2009

FIORITTO A., L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie, Bologna, 2008

FOIS S., Legalità (principio di), in Enc. dir., XXII, 1973, 659 ss.;

FORSTHOFF E., Lehrbuch des Verwaltungsrecht, München, 1950, 265;

FOTIA M., Il liberalismo incompiuto. Gaetano Mosca, V.E. O., Santi Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale, Milano 2001;

FREIHERR VON ARETIN KARL OTMAR-HÄRTER KARL (hrsg), Revolution und conservatives Beharren. Das Alte Reich und die Französische Revolution, Wiesbaden, 1990.

FREMUTH FRITZ, Der Vorbehalt des Gesetzes in der bayerischen Verfassungsurkunde vom 26.5.1818 und seine Auswirkungen auf die Rechtsentwicklung im bayerischen Frühkonstitutionalismus, Diss. jur. Marburg, 1970.

FROSINI V., La democrazia pericolante (Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar), in *Dir. soc.*, 2, 1979

FROSINI V., Neostrutturalismo e dialettica funzionale nel diritto, in *Sociologia del diritto*, 1980, 11 ss.

GALATERIA L. – STIPO M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Torino, Utet 1989

GALATERIA L., I provvedimenti amministrativi di urgenza, in *Amm. it.* 1954

GALATERIA L., I provvedimenti amministrativi di urgenza, Milano, 1953

GARGIULO U., I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo, Napoli, 1954

GAROFOLI R. – FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017

GIANNINI G., Le ordinanze dispositive della proprietà privata, in *Giur. it.*, 1950

GIANNINI G., Potere di ordinanza e atti necessitati, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, I

GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981

GIANNINI M.S., Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme, in *Giur. cast.*, 1956

GIANNINI M.S., Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria (*rass. Amm. Sanità*), 1962

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. 1, 579.

GIANNINI M.S., Le ordinanze dispositive della proprietà privata, in *Giur. it.*, 1950, III

GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950

GIANNINI M.S., Potere di ordinanza e atti necessitati, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, vol. XXVII, 1948

GIANNINI M.S., *Scritti*, Milano, 2002, vol. II

GIANNINI L. STELLA RICHTER P. voce Urgenza (dir. pubbl.), in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 902.

GIOVENCO L. – ROMANO A., *L'ordinamento comunale*, Milano, Giuffrè, 1987

GIUFFRÈ F., Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica, in *Dir. soc.*, 2001

GRASSI ORSINI F., O., profilo dell'uomo politico e dello statista: la fortuna e la virtù, in V.E. Orlando, *Discorsi Parlamentari*, Bologna 2002

GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano 2000

HOBBS T. *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*, 1651

Imp. amb. p.a., fasc. 6, 1979, pp. 505 ss.

JAGER N., *La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua attività*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1958

JUSO R., *Motivi e motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1963;

LANCHESTER F., *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, 2009

LANCHESTER F., *Stato (forme di)*, in Enc. dir., XLIII, 1990, 808 ss.;

LATINI C., "L'emergenza e la disgrazia. Terremoto, guerra e poteri straordinari in Italia agli inizi del Novecento", *Historia et ius - ISSN 2279-7416 rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, www.historiaetius.eu - 13/2018 - paper 5

LATINI C., *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2005,

LEDDA F., *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, pp. 799 ss;

LEVI F., *Legittimità (dir. amm.)*, in Enc. dir., XXIV, 1974

LONGHI S., *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*", 1 (1909)

LONGO G., *Ordinanze di necessità e attività normativa: l'articolo 2 t.u.l.p.s. nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Foro it*, 1957, IV

LONGO G.E., *Ordinanza prefettizia di necessità e art. 650 cod. pen.*, in *Giur compl. Cass. pen.*, 1953

LUCARELLI A., *Stop uscite? Non solo in una regione. Quelle ordinanze non hanno valore*

LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto*

M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1952, 425 ss.;

M.AGNOLI, "Le ordinanze contingibili ed urgenti" in *l'Amministrazione italiana*, 1984

MAGGIORA E., *Le ordinanze del sindaco e dei dirigenti*, Milano, Giuffrè, 1996

MANGONI L., *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, a cura di A. Mazzacane, Napoli 1986

MARANINI G., Storia del potere in Italia, Firenze, 1967

MARAZZITA G., “Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza”,
www.forumcostituzionale.it

MARAZZITA G., L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli, Milano, 2003

MARAZZITA G., Le ordinanze di necessità dopo la L. 225/1992, in Giur. cost. 1996

MARZUOLI C., Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri, in AA.VV., Il diritto amministrativo dell'emergenza, Milano, 2006

MATTARELLA B. G., Il provvedimento, in SABINO CASSESE (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale, I, Milano, 2000.

MAURER H., Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 1992.

MAURER H., Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 1995.

MAURER H., Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2002.

MAUS I., Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in M. TOHIDIPUR (Hrsg), Der bürgerliche Rechtsstaat, Frankfurt/M., 1978.

MAYER O., Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Tübingen, 1909.

MAYER O., Deutsches Verwaltungsrecht, I, Berlin, 1895.

MAYER O., Deutsches Verwaltungsrecht, I, Berlin, 1924.

MAYER O., Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig, 1895.

MAYER O., Deutsches Verwaltungsrecht, Stuttgart, 1885.

MAYER O., Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht, in Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, Tübingen, 1908.

MAYER O., Droit administrative allemand, Paris, 1903-1906, I.

MAYER O., Rezension zu Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig, 1884.

MAYER O., Rezension: F. Stier-Somlo, Das Preußische Verfassungsrecht, Bonn, 1922, in AöR, 1922.

MAYER O., Rezension: G. Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Ordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht, in AöR, 1902.

MAYER O., Staat und Kirche, in A. HAUCK (hrsg), Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche, Leipzig, 1906.

MAYER O., Theorie des Französischen Verwaltungsrecht, Strassburg, 1886.

MAYER O., Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, in AöR, 1888.

MAYER VON FRIEDRICHE FRANZ, Grundsätze des Verwaltungsrechts, Tübingen, 1862.

MAYER VON FRIEDRICHE FRANZ, Grundzüge des Verwaltungs- Rechts und – Rechtsverfahrens, Tübingen, 1857.

MAZZAPESA G.M., Provvisorietà delle ordinanze contingibili ed urgenti, in Giust. civ., 2002, II

MAZZARELLI V., Motivazione dell’atto amministrativo, in Enc. giur. Treccani, XX, 1990, 3 ss.

MAZZIOTTI M., Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale, in Giur. cast., 1960

MEROLA B., L’occupazione di urgenza, in C. GUACCI-S. PERONGINI (a cura di), Profili giuridici dell’espropriazione per pubblica utilità, Torino, 2013, 97 ss.

MEZZETTI L., Manuale breve Diritto costituzionale, Milano, 2006

MIELE G., Le situazioni di necessità dello Stato, in Archivio di diritto pubblico, 1936.

MIGLIARESE F., Ordinanze di necessità, in Enciclopedia giuridica Treccani.

MODUGNO F. (a cura di), Lineamenti di diritto pubblico, Torino, 2008

MODUGNO F., “Ordinamento giuridico” (dottrine generali), in Enc. Dir. vol. XXX, Milano, 1980

MODUGNO F., Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto, Torino, 2005

MONETTO G., Le Ordinanze del Sindaco, Rimini, Maggioli, 1988

MONTESANO L., I provvedimenti prefettizi di urgenza e il giudizio costituzionale sui testi legislativi ambigui, in Foro it., 1961, I

MONTESANO L., Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1958

MORATI C., Corso di istituzioni di diritto pubblico, Padova 1949

MORBIDELLI G., Delle ordinanze libere a natura amministrativa, De Jure, diritto amministrativo, fasc. 1, 1 giugno 2016

MORBIDELLI G., Delle ordinanze libere a natura normativa, in Dir. amm. 2016

MORBIDELLI G., Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti, in Dir. amm., 2007, 708 ss.;

MORRONE A., Fonti normative, Bologna, Il Mulino 2018

MORRONE A., Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto, in A. VIGNUDELLI (a cura di), Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri, Milano, 2009

MORTARA L., I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano, in Riforma sociale, 1895, III

MORTATI C., Effetti pratici, 550

MORTATI C., Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1975, vol. I

MORTATI C., Istituzioni, cit., 1975, 140 ss.;

NIGRO M., Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica amministrazione, Milano, 1966, 157 ss.;

NIGRO M., Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica amministrazione, Milano, 1966, 157 ss.;

NUVOLONE P., Appunti e spunti fra precetti e sanzioni, in Riv. it. dir. pen., 1956;

ORIGONE A., Ordinanza (diritto costituzionale) (voce), in Nuovo Digesto Italiano, vol. IX, Torino, 1939

ORLANDO V. E., Principii di diritto costituzionale, Firenze 1889

ORLANDO V.E., Le fonti del diritto amministrativo, in Id. (a cura di), Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano, vol. I, 1900

ORLANDO V.E., Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano,

ORLANDO V.E., Principii di diritto costituzionale, Firenze 1917, 224 ss.

ORLANDO V.E., Principii di diritto costituzionale, IV ed. Firenze, 1912

PAGANO F. F., Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid- 19

PALADIN L., Commento all'articolo 77, cit., pag. 69-70

PALADIN L., Le fonti del diritto italiano, Bologna, 2001

PALERMO F., WOELK J., Germania, Bologna, 2013

PALICI DI SUNI E., La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo, Milano, 1988

PALMA L., Le Costituzioni dei popoli liberi, Torino, 1894

PARATORE G., Discussioni, Atti parlamentari, Senato della Repubblica, 2 dicembre 1952,

PARISI E., Le ordinanze in generale e quelle contingibili ed urgenti, in Nuova rass., 13-14, 1980

PERASSI T., Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica, in Rivista di diritto pubblico, 1917

PERFETTI L.R., Emergenza e svuotamento delle garanzie giurisdizionali.

PERFETTI L.R., Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione, in Dir.

PERONGINI S., Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo, Torino, 2016.

PIERANDREI F., La Corte costituzionale e l'attività maieutica, in Giur. it., 1961;

PINNA P., L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano, Milano 1998

PIOVANI P., Il significato del principio di effettività, Milano, 1953

PISICCHIO G., Provvedimenti contingibili ed urgenti, in Nuova Rassegna, 1984

PIZZORUSSO A., La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli? in Riv. trim. dir. pubbl., 1963

PIZZORUSSO A., Le fonti del diritto, in Commentario Scialoja-Branca del Codice civile, Bologna, Roma, 2011

PIZZORUSSO A., Le fonti scritte. Le fonti del diritto italiano, Torino, 1998, vol. I

PIZZORUSSO A., Lezioni di diritto costituzionale, Roma, 1981, 315, 338;

PIZZORUSSO A., Vent'anni dopo, in Foro it., 1977

PIZZORUSSO A., voce Emergenza (stato di), cit., p. 551.

POLACCO P., Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero, in Giur. cost., 1977

POLACCO V., Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo, Padova, 1909, e S. Longhi, Sull'ultimo decreto di stato d'assedio, in Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in Italia, n. 1, 1909

POLICE A., Principi e azione amministrativa, in F.G. SCOCA (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2014, 190 ss.;

preoccupazioni per quelli a venire, in Giustamm.it, n. 8, 2016.

proc. amm., n. 3, 2019, pp. 1021 ss.

QUAGLIONI D., Il peccato politico di Vittorio Emanuele Orlando, in I giuristi e il fascino del regime (1918-1925), Roma 2015

QUAGLIONI D., Ordine giuridico e ordine politico: Vittorio Emanuele Orlando alla Costituente, in Studi di storia del diritto medievale e moderno, a cura di F. LIOTTA, Bologna 2007

RACIOPPI I., BRUNELLI F., Commento allo Statuto del Regno, Torino 1909, vol.I

RAFFIOTTA E., Norme di ordinanza . Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative, 2021.

RAFFIOTTA E.C., Le ordinanze «extra ordinem» in materia ambientale: «ex facto ius oritur», in Rass. parl., 2016

RAFFIOTTA E.C., Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato, in Riv. AIC, n. 3

RAGIONIERI E., Storia d'Italia, vol. IV, Tomo III, Torino, Einaudi, 1976

RAMAJOLI M., Potere di ordinanza e Stato di diritto, in studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2010, vol. I

RANELLETTI O., La polizia di sicurezza, in Trattato Orlando, vol. IV, Milano, 1904

RANELLETTI O., La potestà legislativa del Governo,

RAZZANO G., L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali, Bari, 2010,

RAZZANO G., Le ordinanze di necessità e urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale, in Scritti in onore di Michele Scudiero, IV, Napoli, 2008.

RESCIGNO G.U, voce Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.), cit., p. 92.

RESCIGNO G.U., Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo (voce), in Novissimo Digesto Italiano, vol. XII, Torino, 1965

RESCIGNO G.U., 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, cit., pp. 2185 ss.

RESCIGNO G.U., voce Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.), e Id., Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile,

RICCI G.F., Principi di diritto processuale generale, Torino, 2015

RIDOLA P., La Costituzione della Repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma», in Riv. AIC, n. 2, 2014, ora in Id., Stato e Costituzione in Germania, Torino,

2016, BENDERSKY J., Carl Schmitt teorico del Reich (1983), trad. it. di M. GHELARDI, Bologna, 1989

ROLLA G., Profili costituzionali dell'emergenza, cit., 1997.

ROMANO A., Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico, in Dir. amm., 1999, 111;

ROMANO S., Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano, in Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana, 1, 4

ROMANO S., Principi di diritto Costituzionale, Milano, 1947

ROMANO S., Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione, in Filangieri, vol. 23, 1898

ROMANO S., Scritti minori, I, Milano, 1950

ROMANO S., Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria, in Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia, I, 1909

ROMANO S., Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria, in Riv. dir. pubbl. e della p.a. in Italia, 1909, 220.

ROSSI L., L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane, in Scritti di diritto pubblico, vol. V, Milano 1939

RUGGERI A., Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema. Comunicazione al Sixième Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique su «La méthodologie de l'étude des sources du droit», Pisa, 23- 25 settembre 1999, Marseille, 2001,

RUIZ RUIZ J.J., Manuale repubblicano per una nazione monarchica, in Costituzione di Cadice (1812), Macerata, 2009,

SANDULLI A. M., Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale, Raccolta di scritti in onore di A. C. JEMOLO, vol. III, Milano, Giuffrè, 1963

SANDULLI A., Costruire lo Stato, Milano 2009

SANDULLI A.M., Manuale di diritto amministrativo, Napoli, Jovane, 1969

SANDULLI A.M., Manuale di diritto amministrativo, XIV ed., Napoli, 1984

SANTONI RAGIU A., Il nuovo diritto costituzionale, Roma, 1948, 100

SANTONI ROGIU, *Il nuovo diritto costituzionale*, Roma, 1948

SAREDO G., *Trattato delle leggi e dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione. Commentario teorico-pratico del titolo preliminare del codice civile e delle leggi transitorie per l'attuazione dei codici vigenti*, Firenze, 1886

SATTA F., *Ordine e ordinanza amministrativa*, n Enc. Giur. Treccani, XXII, Roma, 1990.

SATTA F., *Principio di legalità e amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 10 ss., 237 ss.;

SCHMITT C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità*, in ID., *Le categorie del «politico». Saggi di teoria politica*, a cura di G. MIGLIO-P. SCHIERA, Bologna, 1972

SCUDIERO M., *In tema di ordinanze prefettizie ex articolo 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961.

SEVERI F.S., *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*

SILVESTRI G., «Questa o quella per me pari sono...». *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006

SOLAZZI G., *I decreti - legge*, in *Commentario sistematico della costituzione italiana*, diretto da Levi – Calamandrei Firenze 1950

SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano 1985

STAIANO S., *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni. Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005*, Torino, 2006

TAMBARO I., voce *Poteri straordinari*, in *Digesto Italiano*, vol. XIX, parte I, Torino 1924;

TARANTINO A., *La teoria della necessità dell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1976

Tendenza dei recenti provvedimenti aventi forza di legge del governo e

TESAURO, *Ist. Dir. pubbl.*, vol. II,

THÉNAUD S., *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la*

THRONSON P.A., *Toward Comprehensive Reform of America's Emergency Law Regime*, in *U. Mich. J.L. Reform*, 2013, pp. 22 ss.

TIGANO A., *Garanzie dei singoli ed esercizio del potere amministrativo*, in

TIGANO F., Principio di tipicità e accordi procedimentali, in *Rass. avv. Stato*, 3, 2007, pp. 330 ss.

TITOMANLIO R., Il potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti. Report annuale 2013, in www.ius-publicum.com.

TOSATO E., *Le leggi di delegazione*, Padova, 1931.

tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa, Napoli, 2010.

TRABUCCO D., Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali, in *Dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020

TRAVI A., Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 121 ss.

TRAYTER JIMÉNEZ J.M., *Derecho administrativo. Parte general*, Barcelona, 2013.

TRICKEY F.D., Constitutional and Statutory Bases of Governors' Emergency Powers, in *Mich. L. Rev.*, 1965, pp. 64 ss.

TROPEA G., Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 329 ss.

TROPEA G., *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti*

TRUCCO L., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2013.

VACCARO R., Le libertà costituzionali di riunione e diffusione del pensiero e le limitazioni di polizia, in *Foro penale*, 1950

VACCARO, Le norme costituzionali sulla produzione giuridica e le ordinanze di necessità del Prefetto, in *Foro pad.*, 1953

VACCHELLI G., La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, vol. III, pp. 235 ss.

VALAGUZZA S., La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, in *Riv. regol. mercati*, n. 1, 2016, pp. 2284 ss.

VANDELLI L., Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1595 ss.;

VEDASCHI A., *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007.

VEDEL G., *Droit administratif*, Paris, 1961, 162 ss.;

VILLAMENA S., La pubblica amministrazione ei suoi principi, in S. COGNETTI-A. CONTIERI-S. LICCIARDELLO-F. MANGANARO-S. PERONGINI-F. SAITTA (a cura di), Percorsi di diritto amministrativo, Torino, 2014, 51 ss.

VILLATA R., M. RAMAJOLI, Il provvedimento amministrativo, Torino, 2017, pp. 35 ss..

VILLATA R., RAMAJOLI M., Il provvedimento amministrativo, Torino, 2017.

VIRGA P., Diritto costituzionale, Milano, 1979, 68;

VÍRGALA F. E., La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español, in Rev. esp. der. const., n. 40, 1994, pp. 61 ss.

VITTA C., Diritto amministrativo, Torino 1954, I

VOLPE G., Storia costituzionale degli italiani, Torino, 2009

VON STEIN L., Verwaltungslehre (1865-1868), trad. it. parziale a cura di A. Brunialti, La scienza della pubblica amministrazione, Torino, 1897

WALINE M., Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1952, 425 ss.;

EISENMAN C., Le droit administratif et le principe de légalité, in Conseil d'Etat, Etudes et documents, 1957, 29 ss.;

ZAGREBELSKY G., Il diritto mite, cit., 1992, 20 ss.;

ZAGREBELSKY G., Il sistema costituzionale delle fonti del diritto, Torino, 1984

ZANGARA V., Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano, Padova, 1955.

ZANOBINI G., Corso di diritto amministrativo, I, Milano, Giuffrè, 1954.