



Dipartimento di giurisprudenza
Cattedra di diritto amministrativo

IL POTERE DI ORDINANZA ALLA LUCE
DELL'ATTUALE SITUAZIONE PANDEMICA

RELATORE: PROF. ARISTIDE POLICE

CORRELATORE: PROF. GIULIANO FONDEICO

CANDIDATO: JACOPO LISPI

Matr.147523

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO PRIMO	6
Origini storiche del potere di ordinanza.....	6
1. Introduzione e cenni storici.....	6
2. Alle origini del potere di “ <i>ordonnance</i> ” nell’ordinamento francese.....	9
3. Le prime forme di ordinanze nelle Costituzioni spagnole.....	11
4. L’ordinamento tedesco e le ordinanze emergenziali.....	13
5. Il potere di ordinanza nello Statuto Albertino.	17
5.1. (<i>Segue</i>) La portata dell’art. 6 dello Statuto Albertino ed i poteri legislativi del Re.	19
5.2. (<i>Segue</i>) Alla ricerca di un fondamento giustificativo delle ordinanze di necessità ed urgenza.	24
5.3. (<i>Segue</i>) Le ordinanze di urgenza e i poteri dell’esecutivo.	28
5.4. (<i>Segue</i>) L’abuso della normativa d’urgenza e il tentativo di arginarlo....	30
CAPITOLO SECONDO	36
Il potere di ordinanza: inquadramento giuridico nell’ordinamento italiano.	36
1. Il potere di ordinanza a seguito dell’avvento della Costituzione.	37
2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sui limiti del potere di ordinanza.	40
3. Alcuni orientamenti dottrinari sul potere di ordinanza.	48
4. Il potere “libero” di ordinanza nel sistema costituzionale.	54
5. Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza.....	65
6. Le ordinanze contingibili ed urgenti: disciplina.....	70
6.1. (<i>Segue</i>) La necessità e l’urgenza quali presupposti per l’adozione di un’ordinanza.....	72
6.2. (<i>Segue</i>) L’“impossibilità di far ricorso agli ordinari strumenti amministrativi”.....	78
6.3. (<i>Segue</i>) Le garanzie procedurali.	80
6.4. (<i>Segue</i>) La reiterazione delle ordinanze.	86
CAPITOLO TERZO	88
Il potere di ordinanza al tempo del COVID-19.....	88

1.	La pandemia e la legislazione emergenziale: considerazioni introduttive...	89
1.1.	(Segue) L'intervento dei pubblici poteri nella gestione della pandemia. .	92
1.2.	(Segue) Le altre fonti invocate a sostegno della legittimità del ricorso al potere di ordinanza nella gestione della pandemia.	97
2.	Lo stato d'emergenza e la distribuzione dei poteri di intervento.	99
2.1.	(Segue) Il rapporto tra Governo e Parlamento.....	101
2.2.	(Segue) Le c.d. fonti d'urgenza.....	105
2.3.	(Segue) Il nuovo rapporto tra politica e tecnica.	109
3.	Il rapporto tra poteri centrali e poteri periferici nella gestione dello stato di emergenza pandemica.	110
3.1.	(Segue) Il potere di ordinanza delle Regioni.	112
3.1.1.	(Segue) Alcune ordinanze regionali nella gestione della pandemia. ...	118
3.2.	(Segue) Il potere di ordinanza dei Sindaci.	122
4.	Alcune sentenze dei TAR avverso le ordinanze emanate durante l'emergenza sanitaria.....	128
4.1.	(Segue) Le ordinanze annullate in tema di libertà di circolazione e spostamento sul territorio nazionale.	129
4.2.	(Segue) L'annullamento delle ordinanze in tema di ristorazione.	132
4.3.	(Segue) Le ordinanze in tema di scuola ed istruzione ed i relativi annullamenti.	132
4.4.	(Segue) Il potere di annullamento delle ordinanze.....	134
	CONCLUSIONI.....	136
	BIBLIOGRAFIA	143

INTRODUZIONE

Negli ultimi due anni si è assistito a quello che per molti può essere descritta come una delle più grandi sfide del XXI secolo: la pandemia causata da coronavirus.

Una pandemia che non solo ha avuto forti impatti sotto il profilo della sanità pubblica ma che ha portato, per la quasi totalità dei paesi colpiti, a forti contraccolpi da un punto di vista sociale, politico ed economico.

Le conseguenze dell'esperienza recentemente vissuta, che tutt'ora viviamo, aprono ad un ampio dibattito in merito alla gestione della stessa che vada a ricercare nel profondo i presupposti che hanno portato all'esercizio di un potere straordinario da parte dell'autorità.

L'elaborato si pone quindi l'obiettivo di analizzare il fenomeno del potere di ordinanza alla luce dell'attuale situazione pandemica, ricercando prima di tutto i presupposti ed i requisiti che legittimino l'utilizzo del potere stesso ed andando successivamente ad analizzare come suddetto potere si sia manifestato in merito ad una situazione emergenziale come quella causata dalla pandemia da coronavirus.

La struttura dell'elaborato sarà divisa in tre capitoli; il primo studierà il potere di ordinanza e la sua evoluzione sotto un profilo storico, analizzando principalmente le costituzioni ottocentesche europee e di come esso sia mutato nel tempo, da un suo esercizio arbitrario ad uno ispirato a principi più democratici

Il secondo tratterà il tema del potere di ordinanza sotto il profilo costituzionale italiano, cercando di individuare i profili ed i limiti del potere di ordinanza, anche alla luce dei principi costituzionali e

quali siano i meccanismi di attivazione dello stesso soprattutto in caso di situazioni emergenziali che giustifichino l'adozione di provvedimenti contingibili ed urgenti in situazioni non tipizzate dal legislatore

Il terzo cercherà di analizzare l'utilizzo del suddetto potere nel periodo pandemico, ponendo sotto la lente di ingrandimento i presupposti e le ragioni che hanno portato il governo e le sue diramazioni a comprimere determinati diritti e principi anche di rango costituzionale per far fronte all'emergenza sanitaria e riportando cronologicamente le varie fasi che si sono succedute dalla dichiarazione dello stato di emergenza al comportamento delle regioni e dei sindaci.

La scelta di una tesi dal titolo "il potere di ordinanza alla luce dell'attuale situazione pandemica" rappresenta la scelta di provare a comprendere il fenomeno del potere di ordinanza rapportandolo alla situazione emergenziale appena vissuta e di analizzare la legalità dello stesso qualora sia in contrasto con i diritti costituzionalmente garantiti.

Raramente negli ultimi tempi si era visto un nemico tale: invisibile, facilmente trasmissibile e molte volte letale; un nemico di conseguenza difficile da combattere, che ha portato grande confusione a livello globale in merito ai mezzi giusti per contrastarlo e sconfiggerlo.

Parlare però del covid-19 come l'unica grande emergenza contro la quale il nostro paese ha dovuto combattere nell'ultimo secolo sarebbe molto riduttivo; difatti la peculiarità della situazione dovuta dalla pandemia, che ha suscitato il mio personale interesse nel trattare la materia, è principalmente correlata a tutte quelle serie di misure poste in essere dal governo e dalle sue diramazioni che mai fino ad oggi avevamo visto attuare in relazioni ad altre emergenze, anch'esse non meno gravi.

Mai nel corso della nostra storia repubblicana si è arrivati ad imporre tali massicce imposizioni e restrizioni ai cittadini; Dal terrorismo alle catastrofi naturali,

innumerevoli volte il nostro paese si è ritrovato a confrontarsi con straordinarie situazioni emergenziali senza però mai contrastarle in maniera così rigorosa.

Si pensi al rischio negli anni di piombo di un crollo delle istituzioni, costrette a combattere e a rapportarsi con organizzazioni terroristiche che uccidevano e rapivano rappresentanti delle stesse, dilaniando l'unità nazionale in un conflitto ideologico.

Si pensi anche alla lotta alla mafia, una lotta contro un nemico infiltrato nello Stato e molto presente fisicamente in determinati territori, capace di sostituirsi alle istituzioni e ad imporre le sue regole, la sua legge, con violenza e brutalità; che sfidò lo Stato entrando in guerra con bombe e omicidi

O infine (si pensi) alla sfortunata serie di terremoti e catastrofi naturali che ha colpito la nostra penisola dall'inizio del 900 ad oggi, portatrici di danni e sofferenza collettiva, che vedono l'uomo minimamente capace di prevenire e combatterle, vittima ignara della forza della natura

Ma mai difatti codeste emergenze hanno prodotto una legislazione d'urgenza così massiccia e peculiare come quella trattata nel biennio pandemico, che ha visto lo Stato intervenire direttamente sulla sfera privata dei singoli cittadini ponendo imposizioni a volte soffocanti.

Imposizioni che si possono trovare una giustificazione o legittimazione nell'interpretazione della nostra costituzione, ma che indubbiamente lasciano grandi quesiti in merito alla legalità della fattispecie impositiva qualora in contrasto con l'esercizio dei diritti fondamentali.

Sulla questione è utile riportare le parole della (allora) presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia, attuale Ministro della Giustizia, che compara la costituzione ad una “bussola” con cui navigare in alto mare¹, che indichi il giusto cammino da seguire per il legislatore.

È altresì importante riportare le parole in merito al rapporto tra il sacrificio dei diritti costituzionali e la loro durata nel tempo dichiarando: «La Corte costituzionale ha affermato in varie occasioni che più la compressione di un diritto o di un principio costituzionale è severa, più è necessario che sia circoscritta nel tempo. Le limitazioni si giudicano secondo il test di proporzionalità che risponde a queste domande: si sta perseguendo uno scopo legittimo? La misura è necessaria per quello scopo? Si è usato il mezzo meno restrittivo tra i vari possibili? Nel suo insieme, la norma limitativa è proporzionata alla situazione?». ²

Alla base però della forza impositiva vi è la legittimazione del potere, il fulcro della forza dell'autorità esercitata sui cittadini che trova fondamento da molto tempo prima della pandemia.

L'analisi storica del potere di ordinanza è un'analisi che ovviamente risale al potere stesso, esercitato dai sovrani delle antichità legittimati non da costituzioni ma da leggi divine, che si ponevano al di sopra della massa cittadina, in una personificazione dello stato in una figura assolutistica

La superiorità e la differenziazione tra sovrano e Stato portava l'esercizio del potere ad un mero utilizzo arbitrario ed è solo con l'avvento delle costituzioni liberal-democratiche che inizia a esservi un primo limite all'arbitrarietà del sovrano.

Esempi passati di modernità nella considerazione del potere non si trovano necessariamente nell'avvento dello stato di diritto, ma si trovano già dalle epoche

¹ “La Costituzione, infatti, non contempla un diritto speciale per i tempi eccezionali, e ciò per una scelta consapevole, ma offre la bussola anche per navigare per l'alto mare aperto nei tempi di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini”. Intervista a Repubblica 28\4\2020

² Intervista a corriere della sera 29 aprile 2020

remote dell'antica Grecia e di Roma, fari nel buio di un periodo barbaro, esportatrici di cultura, già complessi meccanismi e apparati che mettevano in discussione l'esercizio stesso del potere da parte di un'unica autorità.

La figura stessa del dictator, per esempio, nella antica Roma è la più facile comparazione che si possa fare tra un "embrionale" diritto dell'emergenza e quello moderno. (in fondo in sintonia con le parole sopra richiamate della Presidente Cartabia: poteri eccezionali per brevissimo lasso di tempo)

L'istituzione di una figura che si sostituisce al Senato, solo in presenza di determinati requisiti d'urgenza e necessità ma soprattutto per un periodo limitato nel tempo, ci insegna che a partire dalle epoche antiche "necessitas non habet legem"³; ovvero il principio secondo il quale per affrontare un'emergenza è necessario il sacrificio di determinati diritti e privilegi in deroga alla legge vigente, ma che anche, come molte volte dimostrato dalla storia, dalla necessitas si creino i presupposti per un esercizio non legittimo di quei poteri straordinariamente conferiti che sfocino nella presa di potere in maniera dittatoriale da parte del soggetto inizialmente investito.

L'analisi del potere di ordinanza inizierà nel seguente capitolo con lo studio da un punto di vista storico; dalla sua evoluzione nel corso del tempo alla sua concezione moderna che, come si vedrà, è il risultato di secoli di dottrina ed elaborazioni giuridiche.

³ Seneca il vecchio

CAPITOLO PRIMO

Origini storiche del potere di ordinanza

SOMMARIO: 1. Introduzione e cenni storici. – 2. Alle origini del potere di “*ordonnance*” nell’ordinamento francese. – 3. Le prime forme di ordinanze nelle Costituzioni spagnole. – 4. L’ordinamento tedesco e le ordinanze emergenziali. – 5. Il potere di ordinanza nello Statuto Albertino. – 5.1. (*Segue*) La portata dell’art. 6 dello Statuto Albertino ed i poteri legislativi del Re. – 5.2. (*Segue*) Alla ricerca di un fondamento giustificativo delle ordinanze di necessità ed urgenza. – 5.3. (*Segue*) Le ordinanze di urgenza e i poteri dell’esecutivo. – 5.4. (*Segue*) L’abuso della normativa d’urgenza e il tentativo di arginarlo.

1. Introduzione e cenni storici.

L’istituto delle ordinanze di necessità ed urgenza richiede, per poter essere approfonditamente trattato, un’indagine che non può essere confinata nella sola

modernità giuridica, politica e dottrinarina, ma necessita di una ricostruzione storica, al fine di rintracciare le sue origini e la sua evoluzione nel corso del tempo.

Orbene, esso affonda le proprie radici, dal punto di vista storico, nel costituzionalismo liberal-democratico, il quale, come orientamento di pensiero e fenomeno storico, coincide con la tendenza, a delimitare e contenere, entro regole puntuali, le funzioni e l'attività dell'autorità politica⁴. Esso coincide, infatti, con il momento nel quale comincia ad affermarsi «uno statuto garantito da leggi [...] che determina la scelta di coloro che esercitano il potere» e con «un'attività che è la messa in opera di questo statuto da un governo e anche dall'insieme di tutti coloro che si occupano di politica»⁵.

È proprio su tali presupposti che si fonda la nozione “moderna” di Costituzione; da essi, invero, è possibile non solamente ricavare la bipartizione «tra costituzione-regola e costituzione-potere», ma è possibile anche rintracciare un triplice significato del concetto di quella che Aristotele denominava “*politeia*”, ossia, appunto, la Costituzione, intesa, dunque, come «insieme di *nomoi*», ossia come complesso delle regole che amministravano la società; «come attività politica (come esercizio di potere politico)»; «come forma di organizzazione complessiva

⁴ I riferimenti in dottrina che militano in tal senso sono molteplici. In particolare, tra gli altri, cfr. CERVATI A., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, pp. 1 ss.; AMIRANTE C., *Costituzionalismo e costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2003, passim.; BARBERA A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di Barbera, Roma-Bari, 2000, pp. 3 ss.; BISCARETTI DI RUFFIA P., «Costituzionalismo», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, p. XI; DOGLIANI M., *Costituzione*, in *Diritto costituzionale*, a cura di Mangiameli, Milano, 2008, pp. 3 ss.; GHISALBERTI C., «Costituzione (premessa storica)», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, p. XI; HOLMES S., *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di Zagrebelsky-Portinaro-Luther, Torino, 1996, pp. 167 ss.; MATTEUCCI N. (a cura di), *I costituzionalisti inglesi*, Bologna, 1962, passim.; MATTEUCCI N., *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Rivista Trimestrale di diritto Processuale Civile*, 1963, pp. 1083 ss.; MATTEUCCI N., *Costituzionalismo*, in *Il dizionario di politica*, a cura di Bobbio-Matteucci-Pasquino, Torino, 2009, pp. 201 ss.; MORTATI C., «Costituzione (Dottrine generali)», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, XI, pp. 142 ss.; PORTINARO P., *Il grande legislatore e il custode della Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di Zagrebelsky-Portinaro-Luther, Torino, 1996, pp. 5 ss.; RIDOLA P., *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europea*, Torino, 2010, pp. I ss.; SPADARO A., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Dizionario Cassese*, Milano, 2006, II, p. 1630 ss.; TELÒ M., *Dallo Stato all'Europa. Idee politiche e istituzioni*, Roma, 1993, pp. 37 ss.; ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J., *Introduzione. La scienza delle costituzioni: una biblioteca da riordinare*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di Zagrebelsky-Portinaro-Luther, Torino, 1996, pp. IX ss.; ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J., *Storia e costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di Zagrebelsky-Portinaro-Luther, Torino, 1996, pp. 35 ss.

⁵ In tal senso, cfr. DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, p. 46.

della città e (in senso più ristretto) dell'organizzazione dell'*archè* (cioè come "forma di governo")»⁶.

Invero, a voler ripercorrere le tappe che hanno portato all'affermazione giuridica del potere di ordinanza ci si imbatte, di fatto, negli stessi passaggi che hanno gradualmente visto nascere e successivamente affermarsi lo stato di diritto, nel quale «il rispetto della legge costituisce il presupposto della giustizia, una *dike* [...]: è la giustizia realizzabile nella città»⁷. Esso coincide con il momento nel quale si afferma «l'uguaglianza di diritti politici che caratterizza tutti i cittadini», per tendere ad «una dimensione politica omogenea» ed a «un buon ordine che è equilibrio tra forze contrastanti», funzionale «a quel "vivere bene" che Aristotele indicherà quale fine della comunità politica»⁸. Lo Stato di diritto, infatti, si fonda sulla preminenza della legge e sulla necessità di un equilibrio tra i massimi poteri dello Stato.

Nel passaggio tra le varie forme di Stato che si sono succedute nel corso della storia, il potere di ordinanza ha avuto un percorso piuttosto travagliato e discontinuo, fino ad arrivare ad una sistemazione teorica che ne ha consentito l'utilizzo tutte le volte in cui ci si è trovati ad affrontare le situazioni di emergenza.

Ma, non solo, il tema del potere di ordinanza coinvolge, altresì, come vedremo meglio nel prosieguo della trattazione, anche il tema delle fonti normative, espressione metaforica del fenomeno di produzione del "diritto"⁹, le quali, sostanzialmente, costituiscono l'insieme delle fonti del diritto di un determinato ordinamento positivo, organizzate secondo un certo ordine, tale per cui la pluralità delle fonti risulta costituire un insieme ordinato che dà vita ad una gerarchia. Ogni ordinamento, così come determina le sue fonti, indica anche, in modo espresso o implicito, le relazioni tra di esse, nonché i modi per l'avvicendamento delle singole fonti e per l'eventuale trasformazione (evoluzione) dell'insieme, a causa del

⁶ Cfr. DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 49.

⁷ Cfr. GASTALDI S., *Storia del pensiero politico antico*², Roma-Bari, 1999, p. 35.

⁸ Scriveva, infatti, Aristotele: «la comunità che risulta di più villaggi è lo Stato, perfetto, che raggiunge ormai, per così dire, il limite dell'autosufficienza completa: formato bensì per rendere possibile la vita, in realtà per rendere possibile una vita felice. Quindi ogni Stato esiste per natura, se per natura esistono anche le prime comunità: infatti esso è il loro fine e la natura e il fine (...)». Si veda, ARISTOTELE, *Politica*, Roma-Bari, 1993, I, 2, 1252b, p. 30.

⁹ Cfr. MODUGNI F., *Fonti del diritto, I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIV, Roma, 1988, pp. 1 – 25.

continuo adattamento al progredire della società civile, che richiede, sovente, anche interventi *extra ordinem*¹⁰.

2. Alle origini del potere di “*ordonnance*” nell’ordinamento francese.

Nell’indagare le radici del potere di ordinanza, occorre fare riferimento dal punto di vista storico, anzitutto, all’ordinamento francese, nel quale il concetto di “*ordonnance*” compare per la prima volta nell’*Ancien Régime*¹¹, quando il termine era utilizzato in maniera polisemantica, come, cioè, categoria idonea a ricomprendere una vasta gamma di atti e, più in generale, di norme emanate dal Monarca¹².

Per fare un esempio, si può pensare all’“*ordonnance de Montils-lès-Tours*”, emanata dal Re Carlo VII, nel 1454, mediante il quale aveva ordinato che venisse redatta una raccolta di tutti gli usi della Francia, o anche la “*ordonnance Cabochienne*”, la quale fu pubblicata il 26 e 27 maggio 1413. Era stata preparata dagli Stati Generali della *Lingua d’Oïl*, da gennaio a febbraio 1413 ed era un testo di riforme, che riguardavano principalmente le finanze del Regno di Francia¹³.

Invero, occorre considerare che nell’ordinamento dello Stato assoluto francese, il concetto di *ordonnance* era piuttosto ampio e costituiva sinonimo di “*loi*”, “*statut*”, “*commandement d’un Souverain*”. Erano, sostanzialmente, tutte norme emanate dal Re in tutti i diversi ambiti del diritto, ma, in particolar modo, in quello pubblico e penale.

Soprattutto durante il Regno di Luigi XIV – non a caso soprannominato «Re legislatore» – vennero promulgate tantissime ordinanze, ciascuna delle quali si

¹⁰ Cfr. CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale* 2, I, Padova, 1970, 45 ss., specialm. p. 48.

¹¹ Cfr. FIORAVANTI M., *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d’Ancien régime all’Italia liberale*, cit., pp. 22 ss.; CHENON V. E., *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815*, vol. II, Paris, 1929, p. 313.

¹² Cfr. CHENON V. E., *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815*, cit., pp. 292 ss.

¹³ Cfr. LEPOINTE G., *Petit Vocabulaire d’Histoire du Droit Français Public et Privé*, Paris, 1930, pp. 140 e 141.

connotava per l'ampia disciplina che introduceva. Si possono ricordare, in particolare, l'“*ordonnance civile pour La reformation de la justice*” del 1667, l'“*ordonnance des eaux et forets*” del 1669, l'“*ordonnance criminelle*” del 1670, l'“*ordonnance du commerce*” del 1673, l'“*ordonnance de la marine*” del 1681 e l'“*ordonnance de police des îles de l'Amerique*”, conosciuta anche sotto il nome di “*Code Noir*”, del 1685, la quale era stata introdotta al fine di dare una disciplina sul trattamento degli schiavi di colore che si trovavano nelle isole francesi¹⁴.

Il potere di ordinanza ha resistito nonostante l'avvicendamento delle diverse epoche storiche francesi; fu mantenuto anche nel periodo della Restaurazione e, anzi, la Costituzione del 1814, all'art. 14, codificò, per la prima volta, una forma di ordinanza emergenziale, da usare per far fronte a situazioni di necessità. Infatti, al Re fu concesso di intervenire per il tramite delle ordinanze, non solo per garantire l'esecuzione delle leggi, ma anche in tutti i casi in cui ciò fosse necessario per tutelare «la sicurezza dello Stato»¹⁵.

Proprio dall'operatività di questa norma, scaturirono ben quattro ordinanze, note come “ordinanze di *Saint-Cloud*”, con le quali il 25 luglio del 1830 il re Carlo X, proprio facendo leva del suo potere di ordinanza per la sicurezza dello Stato ed interpretandolo quale “*pouvoir suprême*”, decise di intervenire al fine di comporre il conflitto che era insorto tra la frangia liberare della Camera dei Deputati ed il Governo del Re, che si connotava, invece, per essere piuttosto reazionario.

In particolare, le quattro ordinanze servirono a Carlo X per sospendere la libertà di stampa, per sciogliere la Camera neoeletta, per modificare la portata della legge elettorale – in modo da renderla più favorevole nei confronti dei proprietari terrieri –, nonché per imporre un innalzamento del censo necessario per poter votare, indicando, così, nuove elezioni. A seguito di tali provvedimenti, ovviamente, la monarchia costituzionale francese venne ad assumere una svolta marcatamente autoritaria e reazionaria.

¹⁴ Cfr. FIORAVANTI M., *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'Ancien régime all'Italia liberale*, cit., p. 25.

¹⁵ Cfr. PINNA P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, p. 4. La disposizione prevedeva: «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».

A tali decisioni, seguì una violenta reazione da parte dei parigini, che portò, con le c.d. “*les trois glorieuses*” del 27, 28 e 29 luglio ad una rivoluzione, al termine della quale Carlo X fu costretto ad abdicare e a partire per l’esilio. Salì, dunque, al trono, al suo posto, il Duca d’Orléans, Luigi Filippo I, il quale, a seguito delle modifiche proposte ed approvate dalle due Camere rispetto alla Carta del 1814, approvò un nuovo testo costituzionale il 7 agosto del 1830, una sorta di compromesso politico tra il popolo francese e la monarchia.

Tuttavia, la centralità che via via venne assumendo il Parlamento francese, proprio grazie alla portata di questo testo costituzionale, mise in evidenza un abuso dell’istituto delle ordinanze, atteso che, di fatto, soprattutto con Re Carlo X, ci si era resi conto che esse venivano emanate anche in deroga alla legge, per disciplinare qualunque ambito¹⁶.

Proprio per porre un argine a questo abuso, dopo la rivoluzione di luglio, con la Costituzione del 1830, si pensò di intervenire per porre dei limiti all’uso delle ordinanze del Sovrano, stabilendo all’art. 13 che il Re «*fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l’exécution des lois, sans pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes*»¹⁷. Con questa disposizione – fedelmente ripresa, come vedremo nel prosieguo della trattazione, dall’art. 6 dello Statuto Albertino – si voleva limitare espressamente il potere del Re, al quale era riconosciuta la facoltà di emanare decreti ed ordinanze per attuare ed eseguire le leggi, ma gli era inibita la possibilità di introdurre ad esse delle deroghe¹⁸.

3. Le prime forme di ordinanze nelle Costituzioni spagnole.

¹⁶ Cfr. GROSSO E., *Francia*, Bologna, 2013, pp. 38 ss.

¹⁷ In particolare, la norma, riprendendo in gran parte quanto disposto dall’art. 14 della precedente Costituzione, stabiliva che il Re fosse ancora il 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», con la precisazione, però: «senza poter giammai né sospendere le leggi medesime né dispensare dalla loro esecuzione».

¹⁸ Cfr. PALICI DI SUNI E., *La regola e l’eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell’esecutivo*, Milano, 1988, pp. 24 ss.

Le previsioni contenute nelle Costituzioni francesi, oltre ad aver, come accennato, influenzato i redattori dello Statuto Albertino, hanno trovato eco anche nelle Costituzioni Spagnole. Invero, la prima Costituzione spagnola¹⁹ venne votata da un'assemblea costituente, di stampo liberale, e sebbene fosse vigente nella parte meridionale del Paese, ossia la parte che aveva resistito all'invasione napoleonica, di fatto, recepì molto dalla Costituzione francese del 1791²⁰.

La successiva Costituzione di Cadice di stampo liberale, approvata il 19 marzo 1812, denominata “*Estatuto del Estado*”²¹ – la quale, benché abbia avuto una vigenza piuttosto ridotta, ebbe un importante valore ideologico, politico e culturale, in quanto particolarmente garantista²² –, rimetteva alla competenza del Re «tutto quanto conduce alla conservazione dell'ordine pubblico per l'interno, ed alla sicurezza dello stato per l'estero», con l'unico limite derivante dal fatto che tale potere dovesse esercitarsi in modo tale da risultare «conforme alla Costituzione ed alle leggi»²³. Si tratta di una formulazione piuttosto ampia e generica, che di fatto finiva con il riconoscere al Sovrano un potere normativo molto esteso, indirizzato alla salvaguarda dell'ordine pubblico e della sicurezza.

L'art. 321 della Costituzione di Cadice, inoltre, riconosceva ai municipi – ed, in particolare, alla figura dell’“*alcalde*”, ossia il Sindaco – competenza generale in materia di «sicurezza delle persone e sostanze degli abitanti e la conservazione dell'ordine pubblico». Si tratta, a ben vedere, del riconoscimento dei poteri che

¹⁹ Come sottolineato in dottrina, il testo di questa Costituzione trovò applicazione, sebbene in misura solamente limitata e parziale, anche nella parte meridionale dell'Italia. In tal senso cfr. CORCIULO M.S., *La Costituzione di Cadice e le rivoluzioni italiane del 1820-'21*, in *Le Carte e la Storia*, Fasc. 2, 2000, pp. 18 ss. Invero, in seguito all'abdicazione di Vittorio Emanuele I e prima che salisse al trono il fratello dello stesso Vittorio Emanuele I, Carlo Felice, al Re di Sardegna Carlo Alberto era stato imposto dalle forze rivoluzionarie di adottare la Costituzione di Cadice, legata alle ideologie della prima fase della rivoluzione francese e, con il suo monocameralismo, esposta al rischio della tirannide assembleare. Tanto esposta da indurre Carlo Felice a revocarla immediatamente e chiedere a Carlo Alberto, ottenendola sotto solenne giuramento sottoscritto a Parigi nel dicembre 1823 presso l'Ambasciata di Sardegna, la promessa che non avrebbe mai più concesso una Carta costituzionale ai suoi sudditi. Cfr. CONSO G., *Dalla flessibilità dello Statuto albertino alla rigidità della Costituzione repubblicana*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, p. 10.

²⁰ Cfr. SCARCIGLIA R., DEL BEN D., *Spagna*, Bologna, 2013, pp. 22 ss.

²¹ Cfr. CASTELLS I., MOLINER A., *Crisis del Antiguo Régimen y Revolución Liberal en Espana*, Barcellona, 2000, pp. 81 ss.

²² Cfr. GAMBINO S., LOZANO J., PUZZO F., RUIZ RUIZ J.J., *Il sistema costituzionale spagnolo*, Milano, 2018, pp. 2 ss.

²³ Cfr. PALMA L., *Le Costituzioni dei popoli liberi*, Torino, 1894, pp. 137 ss.; RUIZ RUIZ J.J., *Manuale repubblicano per una nazione monarchica*, in *Costituzione di Cadice (1812)*, Macerata, 2009, pp. IX ss.

successivamente saranno riconosciuti in capo alle amministrazioni periferiche spagnole, da cui l'ordinamento italiano – già in epoca statutaria – aveva tratto ispirazione.

Il riconoscimento dei medesimi poteri in materia di sicurezza ed ordine pubblico si ebbero anche nella Costituzione spagnola del 30 giugno 1876, la quale prevedeva, nell'art. 50, una normativa piuttosto analoga a quella appena vista nella Costituzione di Cadice, secondo la quale il Re, oltre al potere di fare eseguire le leggi, deteneva l'autorità in «tutto ciò che si riferisce alla conservazione dell'ordine pubblico» interno, nonché, più in generale, «alla sicurezza dello Stato nel rispetto della Costituzione e delle leggi»²⁴.

Merita menzione – benché sia rimasta in vigore per un arco temporale piuttosto limitato, la Costituzione repubblicana spagnola del 1931, la quale, nel riconoscere espressamente dei poteri normativi in capo al Governo, tra cui il decreto legge ed il decreto legislativo, benché subordinati al controllo preventivo o successivo del Parlamento, prevedeva all'art. 80 la possibilità, nell'ipotesi in cui il congresso fosse sciolto, per il Presidente di adottare decreti su proposta del Governo «in casi eccezionali, che richiedono decisioni urgenti, o quando si richiede la difesa della Repubblica». Si trattava di atti emergenziali, aventi, appunto, carattere eccezionale, diretti a garantire in situazioni eccezionali, la sicurezza dello Stato, i quali avevano una durata temporale circoscritta al momento in cui il Congresso non si fosse nuovamente ristabilito e avesse provveduto o legiferato in materia²⁵.

4. L'ordinamento tedesco e le ordinanze emergenziali.

Nel processo di ricostruzione storica del potere di ordinanza, da un punto di vista comparatistico, merita, altresì, una particolare attenzione l'ordinamento tedesco, nel quale sotto il nome di “*Verordnungen*” vengono introdotte, nelle

²⁴ Cfr. PÉREZ SERRANO N., *La Costituzione spagnola del 1931*, in *Rivista di Diritto privato*, 1932, pp. 237 ss.

²⁵ Cfr. GARCIA OVIEDO C., *La nuova Costituzione spagnola*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1932, I, pp. 186 ss.; PIERANDREI F., *La Costituzione spagnola del 9 dicembre 1931*, Firenze, 1946, passim.

Costituzioni successive alla Confederazione germanica del 1815, le ordinanze emergenziali, poste a tutela della sicurezza pubblica²⁶. Anche in tali testi era evidente, d'altro canto, la forte influenza della Costituzione francese del 1814 e, di conseguenza, il modo di intendere il potere di ordinanza emergenziale era sostanzialmente analogo.

Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla Costituzione del Granducato di Baden del 22 agosto 1818, il cui art. 66 prevedeva che il granduca avesse il potere di emanare i decreti, di scrivere i regolamenti e di impartire in generale tutti gli ordini necessari «pure per la sicurezza dello Stato».

Ancora, la Costituzione del Granducato di Württemberg del 25 settembre 1819 menzionava espressamente le ordinanze in almeno due norme, ossia nell'art. 88, il quale disponeva che nessuna legge potesse essere fatta, abolita, cambiata, o autenticamente interpretata senza il consenso degli Stati, e nell'art. 89, dove veniva chiaramente specificato 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 Stato». Si riconosceva, dunque, in capo al Re, la competenza di emanare ordinanze per gestire le emergenze che avessero potuto mettere in pericolo la sicurezza dello Stato.

La Costituzione del Granducato di Assia-Darmstadt del 17 dicembre 1820, a sua volta, con l'art. 73 attribuiva un potere piuttosto ampio e generale al granduca, il quale non solamente aveva «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, al contempo, poteva fare «nei casi urgenti tutto ciò che è necessario alla sicurezza dello Stato».

L'art. 63 della Costituzione Prussiana del 31 gennaio 1850, invece, introduceva una limitazione: al Governo era riconosciuto il potere di emanare ordinanze con forza di legge – “*mit Gesetzeskraft*” –, ma «solo nel caso in cui trattisi della sicurezza pubblica, o di bisogni urgenti e straordinari» e «in assenza delle

²⁶ Cfr. PALERMO F., WOELK J., *Germania*, Bologna, 2013, pp. 19 ss.

camere». Nella prima convocazione utile, questi atti, avrebbero dovuto essere approvati dalle Camere per rimanere in vigore.

Il medesimo disegno costituzionale si è mantenuto anche con la Costituzione dell'Impero del 16 aprile 1871²⁷, sebbene, tuttavia, la disposizione in tema di ordinanze e regolamenti, ossia l'art. 17, aveva una portata ben più ampia, in quanto nel riconoscere all'Imperatore il potere di emanare ordinanze e regolamenti, essa non lo limitava più alla necessità di garantire la sicurezza, ma lo formulava in maniera più ampia e generica. All'imperatore, tuttavia, veniva riconosciuto un potere specifico nell'art. 68: il potere di dichiarare lo stato di assedio «se la sicurezza pubblica è minacciata nei confini del territorio della Confederazione». In tale situazione, dunque, il potere sarebbe venuto a concentrarsi in mano all'Imperatore e l'ordinamento ordinario dello Stato interessato dall'emergenza sarebbe stato sospeso.

Tra i vari testi, tuttavia, quello che più di tutti desta maggiore interesse per l'argomento *ivi* affrontato è senz'altro la Costituzione di Weimar, posto che l'istituto dell'ordinanza emergenziale viene con essa ed essere previsto per la prima volta nell'ambito di un testo costituzionale di impronta democratica, nella quale i diritti fondamentali vengono riconosciuti con maggior rigore. Non a caso, infatti, questa Costituzione rappresenterà un punto di riferimento per le successive Costituzioni²⁸.

L'art. 48, infatti, dettava una disciplina dell'istituto molto più dettagliata nella definizione e nei limiti, rispetto alle disposizioni sinora analizzate. In virtù di tale norma, dunque, il potere di ordinanza era riconosciuto in capo al Presidente del *Reich* (ossia, al governo del *Reich*) – nonché, a livello regionale, al governo di un *Land* – e si sostanziava nel potere di adottare qualunque provvedimento si rivelasse necessario al fine di ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica «quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza

²⁷ Cfr. sul punto PALICI DI SUNI E., *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, cit., p. 43

²⁸ Cfr. LANCHESTER F., *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, 1985, p. 33.

armata». L'espressione "qualunque provvedimento" nella prassi venne identificato proprio con le ordinanze²⁹.

La Costituzione, tuttavia, prevedeva anche un limite a tale potere di ordinanza: era previsto il dovere in capo al Presidente di comunicare «senza indugio» «tutte le misure prese» al *Reichstag*, il quale avrebbe potuto chiederne la revoca. Nei fatti, tuttavia, il Parlamento non riuscì mai ad opporsi a nessuno di questi provvedimenti emergenziali, a volte perché non aveva la forza politica necessaria per opporsi, altre volte, invece, si arrivò persino allo scioglimento da parte del Presidente, a manifestazione del fatto che quest'ultimo godeva di un potere più incisivo rispetto al Parlamento, il quale, dal punto di vista politico, non era un organo coeso al suo interno, ma, al contrario, era, invece, molto frammentato.

Sul punto, ovviamente, si rinveniva una contraddizione del sistema: se, da un lato, la Costituzione garantiva i diritti fondamentali, dall'altro lato consentiva che per il tramite delle ordinanze si potessero sospendere tali diritti qualora ciò si rivelasse indispensabile per garantire la sicurezza dello Stato. D'altro canto, il secondo comma dell'art. 48 *de quo* consentiva che tramite ordinanza si potessero limitare i diritti alla libertà personale (art. 114), all'inviolabilità del domicilio (art. 115), al segreto epistolare e postale (art. 117), alla libertà di stampa (art. 118), alla libertà di riunione (art. 123), libertà di associazione (art. 124) e alla tutela della proprietà privata (art. 153). Peraltro, si trattò di una elencazione solamente esemplificativa, tanto che nella prassi vennero emanate diverse ordinanze che andavano ben oltre questa previsione; basti pensare, per fare un esempio, al «decreto del Presidente del *Reich* per la protezione della popolazione e dello Stato» del 28 febbraio 1933, adottato ai sensi dell'art. 48, secondo comma, Cost., con il quale il Governo nazionalsocialista, a seguito dell'incendio del palazzo del *Reichstag*, dispose una sospensione dei diritti fondamentali piuttosto ampia.

Sebbene l'ultimo comma dell'art. 48 prevedeva che la procedura per l'esercizio dei poteri emergenziali del Presidente o del Land fosse successivamente disciplinata nel dettaglio da una legge dello Stato, questa legge non fu mai approvata. Questo fece sì che da potere di carattere eccezionale, di fatto, il potere

²⁹ Cfr. FROSINI V., *La democrazia pericolante (Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar)*, in *Diritto e società*, 1979, fasc. 2, pp. 315 ss.

di ordinanza divenne uno strumento ordinario di regolazione: furono, infatti, emanate più di 250 ordinanze negli ambiti più svariati, tra cui, appunto, in materia di diritti fondamentali³⁰.

Nonostante l'uso distorto che se ne fece nella pratica, tuttavia, l'art. 48 rappresenta una norma fondamentale in tema di potere di ordinanza, in quanto, come sottolineato in dottrina, ha posto in «chiave moderna» il tema della fonte dell'emergenza e della garanzia dello Stato e dei diritti, a differenza di quanto avevano fatto le Costituzioni precedenti³¹.

5. Il potere di ordinanza nello Statuto Albertino.

Originariamente la legge e l'ordinanza erano pacificamente ritenute come eguali forme di manifestazione dell'unitaria volontà dello Stato, benché, di fatto, si trattasse di due fonti del diritto riconducibili a soggetti diversi, ossia il legislatore e l'amministrazione. Invero, si riteneva che il rapporto tra legge ed ordinanza fosse la base stessa della Costituzione, posto che «se il prevalere di questa su quella conduce direttamente al dispotismo, il predominio della prima sulla seconda porta seco necessariamente l'impossibilità di governo»³².

Di talché, dovere del diritto costituzionale moderno avrebbe dovuto essere quello di considerare, tanto la legge quanto l'ordinanza, come espressioni – sebbene

³⁰ Cfr. RIDOLA P., *La Costituzione della repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, in *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, p. 54, il quale sottolineava come «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». Cfr., altresì, GRAZZI R., *L'emergenza costituzionale nel modello weimariano: origini e lascito concettuale*, in R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi (a cura di), *La rappresentanza in questione*, Napoli, 2016, pp. 35 ss.

³¹ In tal senso FROSINI T.E., *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997, pp. 9 ss.

³² Cfr. VON STEIN L., *Verwaltungslehre (1865-1868)*, traduzione italiana a cura di A. Brunialti, *La scienza della pubblica amministrazione*, Torino, 1897, pp. 443 ss.

in forma differente – della volontà statale ed in quanto tali avrebbero dovuto essere coordinate in maniera «armonica»³³.

Sul punto, infatti, in dottrina si affermava che l'ordinanza dovesse «attendere a tutte quante le relazioni ordinate dalla legislazione ed essere limitata da ciò»³⁴; invero, il potere governativo si doveva esercitare proprio per il tramite delle ordinanze, che potevano assumere due diverse connotazioni, a seconda delle varie fattispecie concrete che di volta in volta ne venivano in rilievo. Potevano, cioè, aversi ordinanze generali, c.d. “*ius edicendi*”; oppure potevano aversi ordinanze particolari «per l'emanazione di ordini, comandi e divieti», c.d. “*ius jubendi*”. Rientrava, infatti, nella potestà governativa, non solamente il potere di influenzare il legislatore, ma anche il diritto di «ordinare decisamente il necessario e procacciare anche l'adempimento delle sue ordinanze»³⁵.

Il potere, dunque, riconosciuto in capo al governo di emanare le ordinanze rinveniva la propria *ratio* nel presupposto che accanto all'ordinamento generale, fondato sul principio di uguaglianza della legge, dovesse esistere un'azione dello Stato in grado di adattarsi «a tutte le varie circostanze e condizioni dei singoli rapporti della vita sociale ed umana». In altre parole, dunque, mentre la norma generale dello Stato, fondata, appunto, sul principio di uguaglianza, costituiva la legge – uniforme ed immutabile –, laddove, invece, venissero in rilievo i mutevoli bisogni della società civile o laddove si ponessero delle condizioni particolari nella realtà, il mezzo con cui fronteggiarli avrebbe potuto essere l'ordinanza³⁶.

Se, dal punto di vista teorico, tale ricostruzione poteva rivelarsi senz'altro accettabile, dal punto di vista pratico, tuttavia, l'ordinanza, a differenza della legge,

³³ Cfr. ORLANDO V.E., *Le fonti del diritto amministrativo*, in Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. I, 1900, p. 1048.

³⁴ Cfr. BLUNTSCHLI J.K., *Dottrina dello stato moderno*, vol. I, *Dottrina generale dello stato*, Napoli, 1879, pp. 450-451.

³⁵ Cfr. BLUNTSCHLI J.K., *Dottrina dello stato moderno*, vol. II, *Diritto pubblico universale*, Napoli, 1879, p. 102.

³⁶ Sul punto, in particolare, cfr. VON STEIN L., *Verwaltungslehre (1865-1868)*, cit., pp. 449 e 450, nelle quali l'Autore scrive che la legge e l'ordinanza non devono considerarsi come «due forze opposte e contrarie», posto che derivano sempre dalla «volontà suprema dello Stato». Di talché, «la volontà della legge s'arresta dove comincia l'ordinanza; l'una completa l'altra ed ambedue servono a completare, nella sua manifestazione ed attuazione, la volontà universale dello Stato». Invero, l'adattamento ai casi della vita, richiede che si faccia ricorso al potere di ordinanza, sul presupposto per cui, se alla legge, in queste ipotesi, serve l'ordinanza, è pur vero che l'ordinanza non potrebbe esistere senza la legge, in quanto se la sola legge potesse bastare per esprimere e rappresentare la volontà dello Stato, si rischierebbe di ricadere «nell'assolutismo e nel dispotismo».

poneva un problema di non agevole risoluzione, posto che si andava incontro a delle difficoltà nel momento in cui si cercava di ricostruire la sfera d'azione, ossia il suo concreto ambito applicativo, posto che, come sottolineato dalla dottrina, non esisteva «un criterio positivo per la determinazione della sfera del diritto d'ordinanza»³⁷.

5.1. (Segue) La portata dell'art. 6 dello Statuto Albertino ed i poteri legislativi del Re.

A norma dell'art. 6 dello Statuto Albertino, si statuiva che il Re dovesse occuparsi di emanare decreti e regolamenti «per l'esecuzione delle leggi senza sospenderne l'osservanza o dispensarne»³⁸. La valenza, non solamente pratica, ma anche simbolica di questa norma nello Statuto albertino è piuttosto evidente: infatti,

³⁷ Cfr. ORLANDO V.E., *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, V ed., 1917, p. 224.

³⁸ Testualmente, disponeva la norma: «Art. 6. – Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato; e fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne». In realtà questa disposizione non faceva altro che riprodurre letteralmente l'articolo 15 della Costituzione francese del 1814 (poi riportato col n. 14 in quella del 1830) anche se, a differenza del testo francese, l'articolo 6 dello Statuto non prevedeva l'avverbio «*jamais*», con riferimento alla possibilità di sospendere l'osservanza o dispensare dall'esecuzione i decreti e regolamenti. Ciò fu la causa dell'accendersi di un ampio dibattito dottrinario, che vide schierarsi, da un lato, coloro che ritennero di poter scorgere nell'art. 6 la possibile base su cui fondare giuridicamente i poteri ordinatori di necessità e l'adozione dello stato d'assedio (cfr. CODACCI PISANELLI A., *Ammissibilità delle ordinanze di urgenza nel diritto italiano e valore di esse innanzi all'autorità giudiziaria*, in *Foro italiano*, 1890, I, pp. 19 e ss.; ZANICHELLI D., *Lo statuto di Carlo Alberto secondo i verbali del Consiglio di Conferenza*, Roma, 1898, passim), e, dall'altro, vi era chi, invece, riteneva di poter escludere che nella norma fosse possibile rintracciare la base per riconoscere il potere eccezionale di ordinanza in Capo al Re. Cfr. in tale ultimo senso Cfr. ORIGONE A., *Ordinanza (diritto costituzionale)* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, 1939, p. 298; MORTARA L., *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *Riforma sociale*, 1895, III, pp. 910-911; 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, p. 199; PERASSI T., *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».

La norma, inoltre, richiama anche l'art. 26 della Costituzione belga del 1831, la quale rappresenta, senz'altro, la Costituzione in cui maggiormente si evidenzia la centralità del Parlamento nel sistema politico-istituzionale, in quanto aveva pienamente realizzato la divisione dei poteri statali, in maniera certamente più nitida e decisa rispetto a quanto fatto con lo Statuto Albertino. Sul punto, in particolare, cfr. PALMA B., *La decretazione d'urgenza nello Statuto Albertino*, cit., pp. 159 ss.

più di ogni altra disposizione, essa rappresenta la consacrazione del regime costituzionale ed il tramonto definitivo del regime assoluto che aveva visto nel Re il sovrano assoluto, ossia la carica in cui sino a quel momento si erano concentrate le tre funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale.

Tale disposizione lasciava intendere che il decreto servisse per rendere esecutiva la legge, nel senso che al Re era fatto esplicito divieto di emanare decreti che avessero il potere di sospendere l'osservanza delle leggi o di dispensare taluno dalla loro esecuzione. Nei fatti, dunque, al Re non era consentito di innovare l'ordinamento giuridico, né di disciplinare rapporti che fossero già oggetto di disciplina da parte delle norme legislative e non gli era, dunque, neppure concesso di abrogare, derogare o prorogare tali norme³⁹. Si trattava di un divieto conforme e conseguente a quanto disposto dall'art. 3, il quale affidava la potestà legislativa al Parlamento⁴⁰.

La fase della formazione ed approvazione delle leggi, infatti, avveniva esclusivamente all'interno delle Camere, le quali costituivano l'espressione, almeno di quella elettiva, della suprema volontà della Nazione. I casi di conflitto nel processo legislativo tra Camera e Re, infatti, sarebbero stati risolti ricorrendo al corpo elettore, il quale, mediante le elezioni periodiche dei suoi deputati, aveva il mezzo costituzionale e giuridico di imporre la propria suprema volontà⁴¹.

Di talché, una parte della dottrina italiana era giunta a ritenere che lo Statuto non vietasse, in modo assoluto, la facoltà del governo di assumere funzioni legislative⁴², ma, al contempo, riteneva che occorresse fare ricorso ad un criterio di carattere negativo, al fine di individuare quali fossero gli atti di cui ne fosse precluso il compimento da parte del potere esecutivo. In virtù di tale criterio si riteneva che tutte le norme che avessero un contenuto giuridico dovessero essere

³⁹ Contra, MORELLI A., *Il Re*, Bologna, 1899, p. 703, il quale afferma che il divieto contenuto nell'art. 6 dello Statuto, in realtà, si riferirebbe esclusivamente alla sospensione o dispensa dell'osservanza delle leggi; questo, tuttavia, non doveva considerarsi un divieto per il Re di emanare norme del tutto nuove che, pur innovassero l'ordinamento giuridico; l'unico limite che incontrava il suo potere legislativo era il divieto di emanare norme che sospendessero o dispensassero dall'osservanza delle leggi già esistenti.

⁴⁰ Cfr. PALMA B., *La decretazione d'urgenza nello Statuto Albertino*, in *Studi*, 40, 1956, pp. 159-182.

⁴¹ Cfr. RACIOPPI F., BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, p. 201.

⁴² Cfr. FIORAVANTI M., *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'Ancien régime all'Italia liberale*, Milano, 2009, pp. 174 ss.

necessariamente regolate ricorrendo alla legge, così come tutti i provvedimenti aventi natura finanziaria, sia che fossero di connotazione impositiva, sia che comportassero degli oneri a carico dello Stato; lo stesso valeva per quei provvedimenti che portassero ad una compressione per taluno dei diritti di libertà. Infine, esulavano dalla competenza del potere esecutivo anche tutte quelle materie già regolate dalla legge e solo da quest'ultima modificabili⁴³.

Con l'art. 6 dello Statuto, quindi, si veniva a formalizzare il principio – che nel frattempo era divenuto pacifico – secondo cui i confini del potere di ordinanza, quale espressione del potere dell'amministrazione, fossero circoscritti dalla legge, cosicché, se alla legge si doveva obbedienza assoluta, la stessa la si doveva anche nei confronti dell'ordinanza, purché, però, quest'ultima fosse conforme alla legge. Si affermava, infatti, che il governo fosse limitato nell'esercizio del potere di ordinanza «per mezzo dell'esistente costituzione, legislazione e ordinamento giuridico, entro cui si deve muovere: esso non può violare questi limiti»⁴⁴.

Tale principio, tuttavia, andava incontro ad una eccezione, la quale, seppur non espressamente prevista dallo Statuto, era ritenuta ovvia: era fatto salvo «il diritto eccezionale per causa di necessità pubblica»⁴⁵, nel quale era ammesso il «potere eccezionale del governo», giustificato dal «diritto di necessità politica»⁴⁶. In questi casi, infatti, era possibile che venissero adottate delle “leggi eccezionali”, intese come norme, ma anche come misure diverse dalle norme, giustificate dalla sussistenza di una situazione di “suprema urgenza”, emanate dal Governo ed efficaci per il perdurare della situazione emergenziale⁴⁷.

⁴³ Cfr. ORLANDO V.E., *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 225.

⁴⁴ Cfr. BLUNTSCHLI J.K., *Dottrina dello stato moderno*, cit., p. 102. In senso conforme, BRUNIALTI A., *Prefazione. La Legge nello Stato moderno*, in *Biblioteca di scienze politiche*, volume IV, Torino, 1888, p. CCXXXIX. In particolare, quest'ultimo Autore affermava che la facoltà del potere esecutivo di emanare le ordinanze potesse sempre essere ammesso, «in più o meno larga misura quando viene esercitato *secundum legem*, ovvero *intra legem*; può esserlo soltanto in casi di necessità, sotto la sanzione più sollecita del Parlamento, quando sia esercitato *contra legem*».

⁴⁵ Cfr. ORLANDO V.E., *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 228.

⁴⁶ Cfr. BLUNTSCHLI J.K., *Dottrina dello stato moderno*, cit., p. 104, il quale affermava che «senza dubbio questo potere non è senza pericolo per diritto e per la libertà, e se esso fosse elevato a regola nell'esercizio del potere governativo, sarebbe allora questo un potere assoluto, che dovrebbe menare alla tirannia. Ma ciò nonostante come eccezione in caso di necessità esso è indispensabile, perché il tutto non deve essere sacrificato alla parte».

⁴⁷ Cfr. CODACCI PISANELLI A., *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, pp. 71 ss.; CODACCI PISANELLI A., *L'ordinanza d'urgenza*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, p. 100.

Si potevano individuare diverse categorie di ordinanze: le ordinanze esecutive della legge, le ordinanze indirizzate a colmare le lacune legislative, le ordinanze necessarie per regolamentare quelle relazioni soggette a «frequente mutamento», le ordinanze che si riferivano «a particolari istituzioni politiche», ossia inerenti all'amministrazione della finanza, ai rapporti di polizia o ai regolamenti militari e, infine, le ordinanze generali, le quali, essendo particolarmente affini alla legge, erano soggette al controllo da parte del Parlamento⁴⁸.

Ulteriori distinzioni erano, poi, tra ordinanze esecutive ed ordinanze amministrative: le prime erano indirizzate ad adempiere o ad attuare la legge; le seconde, invece, intervenivano solamente quando la legge fosse lacunosa o incompleta o laddove si aprisse un qualche dubbio ermeneutico⁴⁹; e tra “ordinanze d'esecuzione” ed “ordinanze autonome”: le prime erano strettamente vincolate e condizionate all'esistenza della legge cui si riferivano e le altre, invece, venivano emanate in assenza di una previa disciplina legislativa, benché dovessero comunque disporre sempre *secundum legem*⁵⁰.

Ancora, accanto alle ordinanze esecutive e a quelle amministrative, la dottrina individuava anche la categoria delle c.d. “ordinanze di necessità”⁵¹, nelle quali rientravano non tutte le ordinanze giustificate da una qualunque necessità, ma soltanto quelle che «di fronte ad una qualsiasi forza considerevole e superiore, vuoi naturale (malattie infettive), vuoi personale (ribellione, pericolo di guerra), sospende l'esecuzione di una legge esistente oppure sempre in occasione di una simile necessità impone ai singoli doveri ed obbligazioni che non sono stabilite da nessuna legge»⁵².

⁴⁸ Tale classificazione si rinviene in BLUNTSCHLI J.K., *Dottrina dello stato moderno*, cit., pp. 450 e 451.

⁴⁹ Cfr. VON STEIN L., *Verwaltungslehre (1865-1868)*, cit., p. 451.

⁵⁰ Cfr. RACIOPPI F., BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, volume I, Torino, 1909, p. 319.

⁵¹ Su questo *nomen*, derivato dalla terminologia giuridico-politica francese, si veda, in particolare, RACIOPPI F., BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, cit., p. 397: «Questi atti dell'Esecutivo si designano col nome tecnico di ordinanze di necessità od ordinanze d'urgenza: in Italia, con suggestivo accozzamento di due termini contraddittorii che ben rispecchiano il carattere ibrido del prodotto, si chiamano *decreti-legge*».

⁵² Cfr. VON STEIN L., *Verwaltungslehre (1865-1868)*, cit., p. 451; 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, pp. 133 ss. 45; 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*

I casi di necessità, peraltro, potevano essere molteplici: l'approvazione di nuovi crediti per la finanza pubblica, la dichiarazione dello stato di assedio civile nell'amministrazione della giustizia e dello stato di assedio militare nell'amministrazione straordinaria in tempo di guerra, le requisizioni militari, i provvedimenti in materia di sanità, i provvedimenti per ristabilire la quiete pubblica in caso di pericolo o minaccia necessari per imporre a carico dei cittadini ordini o divieti.

Va da sé, ovviamente, che le materie nelle quali era esercitabile un potere di ordinanza erano piuttosto vaste e ciò finiva con il creare confusione in quanto ci si trovava di fronte ad atti che potevano essere tra di loro molto diversi, sia dal punto di vista formale che materiale⁵³, con la conseguenza che sovente era difficoltoso identificare un determinato atto come "ordinanza di necessità", o come "ordinanza d'urgenza" o, addirittura come decreto-legge e, quindi, non si riusciva a capire se quella prescrizione avesse carattere provvedimentale o normativo⁵⁴.

Invero, soprattutto tra ordinanze di necessità e decreti-legge i confini erano piuttosto labili, posto che entrambi gli atti erano riconducibili al potere di ordinanza riconosciuto in capo all'amministrazione. Del decreto legge, infatti, si era fatto un uso sempre più costante ed abituale⁵⁵ e sovente tali decreti erano emanati persino senza l'osservanza della necessaria clausola di presentazione alle Camere per la conversione, innovando, così, l'ordinamento giuridico «senza che il Parlamento ne fosse stato in qualche modo investito al fine di una ratifica», posto che, come disposto dall'art. 10 dello Statuto, al Re era riconosciuto un mero potere di iniziativa

codici vigenti, Firenze, 1886, pp. 247 ss.; ROMANO S., *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Il Filangieri*, vol. 23, 1898, pp. 161 ss., in particolare, pp. 336 ss.

⁵³ Cfr. ORIGONE A., *Ordinanza (Diritto costituzionale)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1939, pp. 296 ss.; RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1956, p. 90. In senso conforme, in particolare, si veda CODACCI PISANELLI A., *Legge e regolamento*, cit., pp. 71 ss. L'Autore, in particolare, si dimostra particolarmente critico circa la «confusione di competenze» che si percepiva e che di fatto poneva in seria difficoltà chiunque si approcciasse a tratteggiare la linea di demarcazione tra la categoria delle leggi e quella delle ordinanze. Ciò sul quale, tuttavia, non doveva controvertersi era che la legge nazionale non doveva in alcun modo venire compromessa dalla vigenza di questi atti.

⁵⁴ Cfr. MANCINI M., GALEOTTI I., *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, 1887, p. 425; CONTUZZI F.P., *Atti del governo*, in *Digesto Italiano*, Volume IV, parte II, Torino, 1893-1895, p. 183; SALTELLI C., *Potere Esecutivo e norme giuridiche. La legge 31 gennaio 1926, n. 100 commentata ed illustrata*, Roma, 1926, p. 24.

⁵⁵ Cfr. CANEPA VACCARO P., *Sulle ordinanze d'urgenza*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1895, pp. 338 ss.; CODACCI PISANELLI A., *L'ordinanza d'urgenza*, cit., p. 101; MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, p. 55.

legislativa, nonché, a norma dell'art. 7 dello Statuto, il potere di sanzione delle leggi⁵⁶.

La dottrina, d'altro canto, considerava la normazione d'urgenza come la temporanea assunzione della funzione legislativa da parte del potere esecutivo, la quale si sarebbe potuta considerare legittima solamente nel momento in cui quella normazione d'urgenza fosse stata, poi, convertita in legge⁵⁷. Si affermava, infatti, che i decreti-legge «come dice lo stesso nome, non sono né decreto, né legge, ma partecipano dell'uno e dell'altra, anzi, più propriamente, sono dei decreti che diventano leggi: il tratto di unione tra le due parole dinota precisamente il passaggio dall'una all'altra forma»⁵⁸.

5.2. (Segue) Alla ricerca di un fondamento giustificativo delle ordinanze di necessità ed urgenza.

La dottrina e la giurisprudenza si sono sovente confrontate con il tema relativo alla ricerca del fondamento e della natura delle ordinanze di necessità ed urgenza. Sul punto, tuttavia, occorre procedere, anzitutto, a fare una precisazione. Dal punto di vista storico, il concetto di ordinanza di necessità e d'urgenza o di ordinanze di necessità, (*Nothverordnung*) si è spesso ritenuto come fungibile rispetto al concetto di ordinanze contingibili ed urgenti, espressione più che altro utilizzata nell'ordinamento italiano per indicare quei poteri di carattere eccezionale riconosciuti in capo agli enti locali. Tale precisazione si rivela necessaria onde scongiurare il rischio di fare confusione tra due diverse categorie, ossia tra gli atti – o ordinanze – necessitati e le ordinanze contingibili ed urgenti: i primi si connotano per avere un contenuto tipico, a differenza delle seconde che, invece, si connotano per essere indeterminate, soprattutto dal punto di vista contenutistico⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. PALMA B., *La decretazione d'urgenza nello Statuto Albertino*, cit., pp. 159 ss.

⁵⁷ Cfr., in tal senso, FIORAVANTI M., *Le potestà normative*, cit., p. 180; CIAURRO G.F., *Decreto legge*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 2.

⁵⁸ Cfr. DI SALVO V., voce *Legge*, in *Digesto italiano*, XIV, Torino, 1902-1905, p. 290.

⁵⁹ Cfr. GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione Civile*, 1948, fasc. I, pp. 389 ss.; GALATERIA L., *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, pp. 29 ss.

La dottrina più risalente riteneva che il potere eccezionale riconosciuto in capo ai diversi organi fosse da giustificare mediante il ricorso alla massima latina “*salus populi suprema lex esto*” (oppure “*salus rei publicae suprema lex*”). Invero, l’esperienza stessa insegna che i legislatori passati, allorché avvertivano la necessità di disciplinare di volta in volta situazioni derivanti da contingenze storiche ben definite e determinate, lo hanno fatto con leggi apposite, subito dismesse allorquando le contingenze che le avevano determinate venivano meno. Una testimonianza dell’esattezza di tale tesi si trae, per l’appunto, dalla legge delle XII tavole (tavola VII), che ben può essere ritenuta la nostra prima Costituzione democratica e repubblicana. Essa era ordinata alla disciplina ed all’organizzazione dell’intero ordinamento dello Stato, ed i suoi compilatori, quando giunsero all’elencazione dei doveri dei magistrati e dei consoli, si resero conto che nessun precetto era possibile dare ad essi, ma che avrebbero dovuto trovare tutti il principio delle rispettive deontologie nel concetto di bene comune e nello spirito di dedizione alla patria e nell’adempimento degli imperativi categorici ch’essa imponeva: «due siano investiti del regio impero, ed essi, dal presiedere, dal giudicare e dal provvedere si chiameranno pretori, giudice, consoli ed avranno il comando supremo dell’esercito; non saranno soggetti ad alcuno; il bene del popolo sarà per essi legge suprema»⁶⁰.

Secondo tale ricostruzione dottrinarina, dunque, la necessità costituiva la base dell’esercizio eccezionale del potere di ordinanza di necessità ed urgenza, ma non costituiva la base dell’intero ordinamento giuridico: si doveva, cioè, essere in grado di reagire alle diverse situazioni inaspettate che potevano presentarsi nella realtà sociale e, di conseguenza, giuridica⁶¹.

⁶⁰ Cfr. BLUNTSCHLI J.K., *Dottrina dello stato moderno*, cit., p. 104; ORLANDO V.E., *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 228; RANELLETTI O., *La polizia di sicurezza*, in Orlando V.E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, volume IV, Torino, 1904, p. 255. Contra, tuttavia, BRUNIALTI A., *Prefazione. La legge nello Stato moderno*, cit., p. CCXLI, il quale sostiene «Non vi è necessità di stato che possa legittimare o scusare la formale e durevole sostituzione dell’ingiustizia al diritto, né questo è il caso che noi contempliamo parlando di *Nothverordnung*, di un atto legislativo emanato dal potere esecutivo sotto l’impero di una vera, urgente, evidente, necessità, nell’interesse generale e sotto la duplice salvaguardia della responsabilità ministeriale e dell’approvazione del Parlamento».

⁶¹ Cfr. GRASSO P., voce *Necessità (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, volume XXVII, pp. 869 ss.

Di talché, l'ordinanza avrebbe senz'altro potuto disporre oltre a ciò che prevedeva la legge, così come avrebbe potuto sospendere la sua efficacia o imporre obblighi e restrizioni in capo ai singoli, ma non avrebbe mai potuto essere qualificata alla stregua di una norma giuridica, tanto meno avrebbe potuto condurre all'instaurazione di un nuovo ordinamento giuridico.

Per dirla con le parole di Carl Schmitt, l'ordinanza avrebbe potuto contribuire all'instaurazione di una "dittatura commissaria", la quale «sospende in concreto la Costituzione per difenderne l'esistenza», ma non avrebbe mai potuto condurre ad una "dittatura sovrana", la quale, al contrario, «vede in tutto l'ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione». La dittatura sovrana, dunque, non può arrivare a sospendere una costituzione vigente «facendo leva su di un diritto fa essa contemplato, e perciò esso stesso costituzionale, bensì mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una costituzione ritenuta come quella autentica. In altre parole, la dittatura sovrana si richiama non ad una costituzione già in vigore, ma ad una ancora da attuare». La dittatura commissaria, quindi, presuppone un intervento dettato dalle circostanze, la dittatura sovrana, invece, coincide con il concetto di *pouvoir constituant*⁶².

Nei fatti, al potere esecutivo, quindi, non era riconosciuto un potere eccezionale di ordinanza, illimitato e libero, perché altrimenti si sarebbe potuti cadere nella tirannia, ma era necessario che un simile potere fosse opportunamente segnato da alcuni limiti, in quanto la contingenza non avrebbe dovuto essere considerata come assenza di diritto. In particolare, tali limiti si sostanziavano, anzitutto, nel fatto che l'ordinanza dovesse avere uno scopo ben preciso, ossia quello di intervenire su una situazione di urgente necessità o di grave pericolo pubblico, che il Parlamento avrebbe, poi, potuto valutare in sede di responsabilità ministeriale. In secondo luogo, sebbene tramite ordinanza si sarebbe potuto anche intervenire sui diritti individuali, le restrizioni o le soppressioni ad esse imposte non avrebbero mai potuto sfociare in una loro compressione totale, tanto meno avrebbe potuto giustificare una usurpazione di funzioni spettanti ad altri organi, come, ad

⁶² Cfr. SCHMITT C., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (traduzione italiana, 1964), Bari, 1975, pp. 148 ss.

esempio, la sostituzione dei tribunali militari alla giurisdizione ordinaria. Infine, l'ordinanza, per aver validità, avrebbe dovuto essere suscettibile di essere trasformata in legge, mediante ratifica *ex post*⁶³.

Di talché, ai fini della legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza, era necessario che fossero rispettati determinati presupposti. Era necessario, cioè, che vi fosse, in primo luogo, una necessità oggettiva: come sostenuto in dottrina, «perché il diritto eccezionale venga in effettuazione, deve esservi una necessità reale o almeno un pericolo stringente di detta necessità» e non basta «il solo interesse per la maggior prosperità del popolo», altrimenti si finirebbe con il ritenere che l'eccezione possa rappresentare, poi, la regola⁶⁴.

In secondo luogo, era necessario che la Costituzione non avesse già previsto la situazione di necessità predisponendo apposite disposizioni per intervenire. Era, inoltre, necessario che la Costituzione, tuttavia, prevedesse che in simili evenienze, al Capo supremo di Stato fosse riconosciuta la titolarità di tali poteri eccezionali, o, in sua assenza, che di tali poteri fosse insignito un suo delegato in funzione di commissario o di *vices delegatus*, in capo al quale fosse possibile imputare la responsabilità di tali atti, della cui legittimità se ne sarebbe, poi, discusso in Parlamento «sia perché questo non sempre è riunito nel tempo quando urge la necessità, sia perché non ha la destinazione e la capacità di conoscere gli stringenti bisogni momentanei e stabilire i mezzi opportuni per appagarli»⁶⁵.

Altro presupposto è dato dal fatto che quella situazione di contingenza e necessità non avrebbe potuto essere affrontata senza sospendere temporaneamente l'esecuzione di determinate leggi e, infine, era necessario che tutte le misure adottate fossero proporzionate al fine da raggiungere, nel *quomodo* e nel *quando*⁶⁶.

⁶³ Cfr. ORLANDO V.E., *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 231.

⁶⁴ Cfr. BLUNTSCHLI J.K., *Dottrina dello stato moderno*, cit., p. 106.

⁶⁵ Cfr. BLUNTSCHLI J.K., *Dottrina dello stato moderno*, cit., p. 107. L'Autore, in particolare, sottolinea che il potere di ordinanza eccezionale non può essere esercitato laddove già sussistano «i mezzi costituzionali e legittimi del potere dello Stato per frastornare la necessità ed assicurare lo Stato ed il pubblico ordinamento [...] dove è riconosciuto nella Costituzione il diritto del governo ad emanare eccezionali leggi provvisorie [...] non è questa una applicazione del diritto di necessità dello Stato in senso stretto, ma una competenza legislatrice del Capo dello Stato precedentemente stabilita e limitata dalla rimanente Costituzione e legislazione».

⁶⁶ Cfr. VON STEIN L., *Verwaltungslehre (1865-1868)*, cit., pp. 451 e 452. L'Autore, in particolare, sottolinea come l'autorità che emette tale ordinanze dovrà, poi, rispondere circa la sussistenza reale della necessità, che si pone a fondamento della sospensione della legge; deve dimostrare che non si può provvedere altrimenti e che l'estensione e la durata della sospensione non eccedano ciò che effettivamente è richiesto dalla necessità.

Ciò che si tentava di salvaguardare mediante la predisposizione di tali presupposti di legittimità, in sostanza, era che lo stato di eccezione non si trasformasse, poi, in diritto ordinario.

5.3. (Segue) Le ordinanze di urgenza e i poteri dell'esecutivo.

Come abbiamo visto, dunque, il potere eccezionale di ordinanza si sostanzia nel diritto riconosciuto in capo all'esecutivo all'adozione di tutti quegli atti o quelle misure indispensabili per regolare la circostanza concreta: per cui, la necessità di imporre una misura eccezionale, benché talvolta possa anche porsi in contrasto rispetto a quanto previsto dall'ordinamento, può, tuttavia, essere adottata se ciò significa intervenire per tutelare, in quella situazione concreta priva di previa regolamentazione, l'ordinamento stesso.

In particolare, secondo la dottrina, nell'ambito delle ordinanze eccezionali potevano essere ricondotte tanto le c.d. *Nothverordnungen*, ossia le ordinanze d'urgenza, quanto le c.d. *Ausnahmeverordnungen*, ossia le ordinanze di eccezione, posto che in entrambi i casi «si ha l'emanaione da parte dell'esecutivo di un provvedimento che normalmente è di competenza del legislativo. [...] sospendere l'osservanza della legge o dispensarne esorbita dalla competenza dell'esecutivo, la cui attività è concepita come diretta ad eseguire la legge o a perseguire i propri scopi, nei limiti delle leggi, ma mai in contrasto con esse»⁶⁷.

Proprio in virtù di quanto detto, dunque, la prassi, di fatto, ha conosciuto sovente la vigenza di provvedimenti eccezionali, dalla forma e dai contenuti piuttosto eterogenei. Basti pensare, che, durante il regime statutario, vennero adottate delle ordinanze d'urgenza con efficacia provvisoria di legge, che all'epoca, appunto, vennero identificate proprio come “decreti-legge”, tra i quali vi erano i decreti con i quali, come abbiamo precedentemente accennato, si proclamava lo “stato d'assedio”, in materia di polizia.

Invero, lo “stato d'assedio” era uno strumento utilizzato per giustificare, inizialmente, l'adozione delle ordinanze d'urgenza. Era stato elaborato

⁶⁷ Cfr. Liuzzi B., *Le ordinanze d'urgenza contemplate dall'art. 3 della legge 31 gennaio 1926, n. 100*, Città di Castello, 1928, pp. 5 ss.

nell'ordinamento francese quale strumento mediante il quale si sarebbe potuto far fronte alle eccezionali esigenze del territorio che fosse stato posto sotto assedio da parte dei nemici; successivamente il medesimo strumento è stato utilizzato per fronteggiare episodi di turbamento dell'ordine pubblico – c.d. “stato d'assedio politico” –, nonché le catastrofi naturali, come, ad esempio, il terremoto di Messina e di Reggio Calabria del 1908 – c.d. “stato d'assedio fittizio” –⁶⁸.

Tali atti emergenziali, dunque, erano in via generale visti come l'espressione di un potere dell'esecutivo, del tutto legittimo, diretto a sospendere l'esecutività della legge, sotto la sua responsabilità, per la cui validità era necessaria comunque la ratifica del Parlamento: in capo ai giudici era, tuttavia, previsto che ne facessero applicazione, anche prima della conversione in legge, senza che ne fosse sindacata la legittimità⁶⁹.

Proprio riconoscendo la potenzialità del potere in esame, la dottrina nel corso del tempo ha cercato di elaborare delle tesi piuttosto restrittive in merito al ricorso a tale strumento. Vi era, ad esempio, chi riteneva – in contrapposizione a chi parlava di “suprema necessità dello Stato” quale movente per il ricorso alla decretazione d'urgenza – che la disposizione di cui all'art. 6 dello Statuto Albertino introducesse un divieto assoluto di sospensione della legge e della Costituzione mediante le ordinanze o i regolamenti. Invero, i casi in cui il potere governativo poteva intervenire si ritenevano tassativi, e laddove la legge espressamente non li avesse previsti, si doveva ritenere che la competenza fosse del Parlamento e non del Governo⁷⁰.

Di conseguenza, nei casi di effettiva emergenza, non era sempre ammesso il potere di emanazione di ordinanze d'urgenza da parte del Governo; invero, laddove il governo fosse intervenuto, il suo operato non poteva essere solamente giustificato dalla necessità, ma, al contempo, per sgravarlo di responsabilità era necessario che il Parlamento emanasse una legge di ratifica con effetto retroattivo:

⁶⁸ Cfr. AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Torino, 2003, pp. 13 s.; MOTZO G., *Assedio, stato di*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, pp. 250 ss.

⁶⁹ Cfr. MARANINI G., *Storia del potere in Italia (1848-1967)*, Milano, 1995, p. 185.

⁷⁰ Cfr. CAMMEO F., *Della manifestazione di volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, cit., p. 199.

«finché questa legge non c'è, e, ove essa sia rifiutata, tale responsabilità sussiste piena ed intera»⁷¹.

5.4. (Segue) L'abuso della normativa d'urgenza e il tentativo di arginarlo.

Fin dai primi anni del Regno, dunque, come poc'anzi detto, si cominciò a fare un uso sempre più largo di atti di questo genere, anche in forza degli orientamenti favorevoli della giurisprudenza. Invero, una sentenza della Corte di Cassazione di Roma, a Sezioni Unite⁷² del 1888 aveva riconosciuto in capo al potere esecutivo la possibilità di legiferare mediante ordinanze o decreti reali, «solo in via di urgenza e con riserva di proporli al Parlamento per convertirli in legge: in questo caso, hanno essi vigore provvisorio di legge, finché [...] non li converta definitivamente in legge il Parlamento medesimo». Sebbene tale principio non fosse espressamente previsto dallo Statuto, a parere della Corte, infatti, esso «non contraddice lo Statuto, anzi lo esplica e lo compie, perché nella vita quotidiana di uno Stato non si provvede a sole esigenze ordinarie e sempre rinascenti, che uno Statuto abbia potuto già prevedere», posto che in capo al potere esecutivo gravava senz'altro il dovere di occuparsi della risoluzione delle «invincibili necessità del fatto», in quanto esso «custode permanente della vita dello Stato».

Così progressivamente si andò affermando l'opinione per cui le ordinanze d'urgenza o i decreti d'urgenza «rappresentassero l'esercizio di un potere legittimo, per quanto essi avessero disposto in materie o gelosamente riserbate al potere legislativo (l'imposizione di tributi), o sottratte perfino al legislatore perché garantite dallo Statuto (libertà politiche e guarentigie costituzionali)»⁷³.

Facendo leva, dunque, su quanto affermato dalla Suprema Corte, una parte piuttosto ampia della dottrina cominciò a portare avanti un'opera diretta a

⁷¹ Cfr. CAMMEO F., *Della manifestazione di volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, cit., p. 200.

⁷² Cfr. Corte di Cassazione di Roma, Sezioni Unite, sentenza del 17 novembre 1888, in *Foro italiano*, XV, 1890, fasc. I, pp. 8 ss.

⁷³ Cfr. DI SALVO V., voce *Legge*, cit., p. 290.

giustificare anche in chiave teorica l'ammissibilità di tali atti, sovente ricorrendo a ricostruzioni piuttosto discutibili⁷⁴.

In particolare, secondo una prima ricostruzione dottrinarina, l'utilizzo di tale potere d'ordinanza poteva considerarsi legittimo in virtù di alcuni istituti previsti dall'ordinamento, quali la legittima difesa, o lo stato di necessità, che giustificavano, in casi estremi, il ricorso alla normativa d'urgenza per disciplinarli⁷⁵.

Secondo altra parte della dottrina, invece, il modo per giustificare l'adozione poteva trarre ispirazione dal vecchio brocardo latino "*necessitas facit legem*", con la conseguenza che la necessità dovesse arrivare a considerarsi a tutti gli effetti come una fonte del diritto, in relazione all'assunto secondo cui fosse era ben possibile che si potesse manifestare «una data condizione di cose che costituisca una manifestazione esplicita, impellente e categorica di bisogni e di forze sociali, nel senso che da essa emani immediatamente e direttamente, senza incertezze e senza possibilità di sottrarvisi, una norma obbligatoria»⁷⁶.

Basti pensare che dall'emanazione dello Statuto del 1848, fino al 1913 si contavano circa 260 atti tra decreti-legge ed ordinanze; mentre dal 1914 al 1922 ve ne furono circa 3250. Ciò significava un progressivo mutamento dell'equilibrio dei poteri dello Stato che da ordinamento monarchico costituzionale, connotato dalla centralità dell'attività legislativa del Parlamento, si avviava verso un assetto totalitario con la prevalenza del potere esecutivo⁷⁷.

Il punto era che l'equilibrio di sistema politico ed ordinamentale era paradossalmente garantito proprio dalla mancata normazione nello Statuto del potere di decretazione d'urgenza, che rimaneva confinato ad un'eccezionale e limitata deroga del canone costituzionale della divisione dei poteri. In concreto però

⁷⁴ Cfr. CERCIELLO R., *L'ammissibilità dei decreti-legge nel diritto positivo postbellico*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1921, fasc. I, pp. 459 ss.; SIOTTO PINTOR M., *Correnti di pensiero dottrinali, parlamentari e giurisprudenziali a proposito dei decreti-legge*, in *Foro italiano*, 1923, fasc. I, pp. 5 ss.; SALTELLI C., *Potere Esecutivo e norme giuridiche. La legge 31 gennaio 1926, n. 100 commentata ed illustrata*, cit., pp. 47 ss.

⁷⁵ In tal senso cfr. RANELLETTI O., *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, IV, Milano, 1904, pp. 1201 ss.

⁷⁶ Cfr. MIELE G., *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, pp. 377 e ss.; ROMANO S., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, p. 261.

⁷⁷ Cfr. SIOTTO-PINTOR M., *Nota a Cassazione di Roma 16 novembre 1922*, in *Foro italiano* 1923, fasc. I, p. 3.

le materie in cui era intervenuta la decretazione d'urgenza non sempre trovavano fondamento in situazioni davvero emergenziali, quali calamità pubbliche e accadimenti straordinari, ma più spesso attenevano all'ordinaria attività amministrativa dello Stato in forma sostanzialmente provvedimentale.

La dottrina, nell'individuare specificamente tali materie, segnalava che con regio decreto si giunse ad adottare persino provvedimenti singoli (quali il conferimento del grado di sottotenente al direttore del corpo musicale della marina regia). La clausola di conversione in legge aveva l'effetto, sul piano del regime delle fonti, di sottrarre l'atto al sindacato del giudice ordinario che solo nei confronti dell'attività amministrativa – non già di quella legislativa – aveva il potere di disapplicazione riconosciutogli dall'art. 5 della legge del 20 marzo 1865, n. 2248 (Allegato E), abolitiva del contenzioso amministrativo. Anche il giudice amministrativo, di recente istituzione, non avrebbe avuto giurisdizione nel sindacare l'atto politico di ricorso alla decretazione d'urgenza⁷⁸.

Come sottolineato in dottrina, tale buso poteva considerarsi «fra le più gravi, ed anzi la più grave, fra le questioni di diritto pubblico agitate innanzi ai tribunali dopo la costituzione del regno d'Italia»⁷⁹.

Tuttavia, occorre anche rilevare come talvolta la Corte di Cassazione di Roma abbia sanzionato l'utilizzo di tali atti, arrivando persino a disapplicarne alcuni non convertiti dal Parlamento, qualificandoli come mere “proposte di legge”⁸⁰. Nel 1922, infatti, le Sezioni Unite, con un'importante sentenza⁸¹, arrivarono a sottolineare che «non esiste nessuna norma autorizzante il governo a emanare decreti-legge. Ed è precisamente questa la ragione categorica che impone sollecitudine e diligenza nel ripristinare [...] i poteri del parlamento. [...] Qualora tale obbligo non sia adempiuto, nel tempo e nelle circostanze in cui l'adempimento

⁷⁸ Cfr. SIOTTO-PINTOR M., *Nota a Cassazione di Roma 16 novembre 1922*, cit., p. 3.

⁷⁹ Cfr. MORTARA L., *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1900, fasc. II, p. 56. In particolare, secondo Mortara – che opera una rigorosa esegesi delle norme dello Statuto, anche con riferimenti di diritto costituzionale comparato ad ordinamenti che invece all'epoca prevedevano, in capo al potere esecutivo, quello della decretazione d'urgenza – era incostituzionale ogni forma di decretazione d'urgenza che si presentasse con la forza di legge.

⁸⁰ Cfr. ROSELLI F., *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 530.

⁸¹ Cfr. Corte di Cassazione di Roma, Sezioni Unite, sentenza del 16 novembre 1922, in *Il Foro Italiano*, 1923, pp. 1/2-33/34.

[ossia la conversione del decreto-legge da parte del Parlamento] è possibile, i cittadini possono considerarsi dispensati dall'obbedire a una legge incostituzionale».

D'altro canto, come sostenuto da altra parte della dottrina, che si era, infatti, dimostrata piuttosto critica rispetto alle ricostruzioni proposte in ordine alla giustificazione del potere di ordinanza, in molti casi le ordinanze non venivano, di fatto, utilizzate per far fronte a «vere ragioni di necessità e d'urgenza», quanto, invece, con l'intento di ampliare la portata dei poteri del Governo, in palese violazione di quanto disposto dall'art. 6 dello Statuto, che, come abbiamo in precedenza visto, attribuiva al Sovrano solo il potere di emanare «i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi», ma «senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne»⁸².

Un momento critico – ma che, all'evidenza, si rivelò anche come un momento di svolta – dell'uso distorto che se ne era fatto del potere emergenziale si ebbe, in particolare, all'epoca dei moti di piazza del 1898, di stampo insurrezionale, soffocati in particolare a Milano con la dichiarazione dello stato d'assedio e la nomina di un commissario straordinario per la loro repressione⁸³. Proprio, infatti, a seguito di tale intervento, in un'ottica di prevenzione, l'anno successivo fu emanato un regio decreto che si differenziava dai precedenti per il suo contenuto ampio e di sistema, ossia il regio decreto 22 giugno 1899, n. 227 – noto anche come “Decreto Pelloux” dal nome del presidente del consiglio dell'epoca – che limitava la libertà di associazione, di riunione e di stampa e introduceva il divieto di sciopero sanzionato penalmente. Inoltre interveniva nella delicata materia della pubblica sicurezza, già disciplinata, non molto tempo prima, con la legge del 23 dicembre 1888, n. 5888, prevedendo anche ipotesi di reato.

Il regio decreto, che recava la solita clausola di futura conversione, tuttavia, non solo non fu mai convertito – benché la Corte penale, già unificata in quella

⁸² Cfr. CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato Orlando*, III, Milano, 1901, pp. 192 ss.

⁸³ Cfr. MORTARA L., *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit., p. 912, il quale, in senso particolarmente critico sul punto, sottolineava come il governo non avrebbe potuto proclamare lo stato d'assedio se non arrogandosi lo straordinario esercizio della funzione legislativa.

romana, in realtà, ne fece uso applicativo⁸⁴ – e alla fine fu oggetto di «revoca» ad opera di un successivo regio decreto del 5 aprile 1990, n. 113.

Orbene, il graduale crescere del numero dei decreti e delle ordinanze e la consapevolezza sempre più ampia degli abusi, a cavallo fra i due secoli, portarono a condannare fermamente il fenomeno: «L'uso fatto in Italia del preteso diritto di necessità concorre a convincerci ch'esso può tornar comodo per legittimare la imprevidenza e la negligenza del potere legislativo e per imporre alle assemblee l'irrevocabilità del fatto compiuto, ma non risponde punto ad un bisogno imperioso dello Stato»⁸⁵.

Si sviluppò così un dibattito sull'opportunità di intervenire per disciplinare l'uso di tali atti al fine di limitarli. Soltanto dopo gli impressionanti picchi raggiunti durante e dopo la prima guerra mondiale, in cui sostanzialmente qualunque emergenza veniva fronteggiata facendo ricorso o ad ordinanze o, soprattutto, a decreto-legge, tanto da venire, addirittura, ad essere considerati «mezzo ordinario di legislazione»⁸⁶, anche a seguito del maggior rigore giurisprudenziale⁸⁷, furono presentati progetti di legge che rispondevano all'esigenza di disciplinare in via generale i poteri emergenziali, e che ovviavano ai dubbi di costituzionalità, dato che lo Statuto Albertino costituiva una Costituzione flessibile.

In particolare, vasto eco ebbe, nel 1922, la proposta dell'onorevole Scialoja di disciplinare la procedura di conversione dei decreti-legge, allo scopo – come può leggersi nella relazione di accompagnamento – di «frenare l'abuso e [...] regolare l'uso dei decreti muniti della clausola di presentazione al Parlamento per la conversione in legge, che si sogliono designare col nome di decreti-legge»⁸⁸.

⁸⁴ Cfr., in particolare, Corte di Cassazione, sezione II, sentenza del 29 dicembre 1899, in *Giurisprudenza italiana* 1900, fasc. II, p. 51, che in particolare sorvolò sul problema della legittimità, o no, del decreto-legge, affermando che «sarebbe vana e non a proposito un'ampia ed accurata disamina sulla legalità del mentovato decreto-legge».

⁸⁵ Cfr. GALEOTTI U., *Facoltà legislativa del Governo*, in *La legge*, 1890, p. 175.

⁸⁶ Cfr. RANELLETTI O., *La potestà legislativa del Governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, fasc. I, pp. 165 ss.

⁸⁷ Cfr., in particolare, Corte di Cassazione di Roma, sentenza del 24 gennaio 1922, in *Giurisprudenza italiana*, 1922, fasc. I, pp. 65 ss.; Corte di Cassazione di Roma, sentenza del 13 marzo 1922, in *Giurisprudenza italiana*, 1922, fasc. I, pp. 298 ss.; Corte di Cassazione, sentenza del 16 novembre 1922, in *Foro italiano*, 1923, fasc. I, pp. 24 ss.

⁸⁸ Cfr. *Atti parlamentari* Senato, XXVI Legislatura, I sessione 1921-22, documento n. 345 del 15 marzo 1922.

Si arrivò così alla legge 31 gennaio 1926, n. 100 – fortemente voluta dal Guardasigilli Rocco e, soprattutto, dal regime fascista, quale ulteriore forma di depotenziamento del legislativo⁸⁹ –, la quale si presentò, come sottolineato in dottrina, «– non senza ragione – come un rimedio ed un freno ai precedenti abusi»⁹⁰.

Con questa legge, in particolare, si cercò di apportare una serie di limitazioni sostanziali e procedurali al ricorso all'uso del potere emergenziale, che si sostanziavano nell'identificazione dei presupposti di legittimità mediante una clausola generale («casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo richiedano»), nell'obbligo di presentazione al Parlamento per la conversione non oltre la terza seduta dopo la pubblicazione, nella decadenza immediata per rifiuto di conversione e nella cessazione del vigore a due anni dalla pubblicazione, ove non convertito⁹¹.

Tuttavia, occorre anche evidenziare come questa legge qualificasse in generale come «decreti» gli atti del governo e, in particolare, tutti quegli atti che non potessero essere ricondotti alla forma di legge e sentenze. In molti ambiti, inoltre, questa legge prevedeva singoli poteri di ordinanza in capo al governo o all'amministrazione che, di fatto, non facevano altro che consentire che si ricorresse ancora alle ordinanze in maniera piuttosto diffusa⁹².

Accanto a questa legge, importante fu anche il Testo Unico di pubblica sicurezza, *ex regio decreto* del 18 giugno 1931, n. 773, con il quale si cercò di

⁸⁹ Invero, tra i motivi reali che contribuirono all'approvazione della legge n. 100 *de qua* occorre, senz'altro, la volontà del Governo di sanare la patina di illegittimità che accompagnava i regi decreti e le ordinanze d'urgenza, per l'atteggiamento assunto dalla Corte dei Conti che, su sostegno della dottrina (cfr. CERCELLO R., *L'ammissibilità dei decreti-legge*, cit., p. 496), aveva ritenuto illegittimi tutti i decreti-legge emanati dal Governo Mussolini, costringendo conseguentemente a chiedere la registrazione con riserva. In tal senso, cfr. SALTELLI C., *Potere Esecutivo e norme giuridiche. La legge 31 gennaio 1926, n. 100 commentata ed illustrata*, cit., pp. 256 ss.

⁹⁰ Cfr. PALADIN L., *Sub Art.77*, in *Commentario Branca della Costituzione, Artt.76-82*, Bologna, Roma, 1979, p. 47. Sul punto cfr., altresì, RANELLETTI O., *La potestà legislativa del Governo*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 18, 1926, parte 1, pp. 165 ss., per il quale questa legge era «molto opportuna», in quanto per la prima volta si cercava di introdurre certezza in una materia sino a quel momento regolata «quasi interamente da principi dottrinali» e connotata da «discussioni e molte le incertezze». Tuttavia, l'Autore non poteva non considerare che «tale divisione e attribuzione del potere legislativo e di quello governativo rispettivamente agli organi legislativi e a quelli governativi non è (come è noto) una divisione piena, assoluta, esclusiva, ma, come tutta la divisione dei poteri nell'ordinamento del nostro Stato, è una divisione soltanto normale. Molte eccezioni il nostro diritto positivo conosce».

⁹¹ Cfr. ASTRALDI R., *Questioni processuali e di tecnica legislativa in tema di conversione in legge di decreti-legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 1934, fasc. IV, p. 38, nt. 4.

⁹² Cfr. RANELLETTI O., *La potestà legislativa del Governo*, cit., p. 175.

dettare una disciplina in relazione al potere di ordinanza prefettizio, nonché l'art. 55 del Regio decreto del 3 marzo 1934, n. 383, in relazione al potere di ordinanza sindacale⁹³ e la legge n. 225 del 1992, istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione Civile.

CAPITOLO SECONDO

Il potere di ordinanza: inquadramento giuridico nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. Il potere di ordinanza a seguito dell'avvento della Costituzione. – 2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sui limiti del potere di ordinanza. – 3. Alcuni orientamenti dottrinari sul potere di ordinanza. – 4. Il potere “libero” di ordinanza nel sistema costituzionale. – 5. Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza. – 6. Le ordinanze contingibili ed urgenti: disciplina. – 6.1. (*Segue*) La necessità e l'urgenza quali presupposti per l'adozione di un'ordinanza. – 6.2. (*Segue*) L'“impossibilità di far ricorso agli ordinari

⁹³ Cfr. GALATERIA, L., *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, pp. 41 ss., GARGIULO, U., *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954, pp. 108 ss.

strumenti amministrativi”. – 6.3. (*Segue*) Le garanzie procedimentali. – 6.4. (*Segue*) La reiterazione delle ordinanze.

1. Il potere di ordinanza a seguito dell'avvento della Costituzione.

I precedenti storici appena esaminati hanno influenzato notevolmente le posizioni emerse nell'ambito dell'Assemblea costituente in merito alle disposizioni da inserire in Costituzione per disciplinare eventuali situazioni di emergenza che si sarebbero potute presentare nella realtà.

Occorre, anzitutto, considerare il rinnovato clima dell'epoca storica in cui gli eventi si svolgevano. Rispetto allo Statuto Albertino, infatti, l'entrata in vigore della Costituzione ha determinato un netto cambiamento. I principi di cui essa è connotata, invero, operano una soluzione di continuità rispetto al passato. Si può pensare, per farsi un'idea di quanto detto, a principi come la rigidità costituzionale⁹⁴; il riconoscimento, nonché la garanzia, dei diritti fondamentali – quali valori su cui basare l'intero ordinamento giuridico –; l'istituto della riserva di legge⁹⁵; il principio del “*numerus clausus*” – che implica tipicità e tassatività – delle fonti primarie di produzione legislativa⁹⁶; la distribuzione del potere legislativo tra

⁹⁴ Va considerato che le Costituzioni moderne si connotano per essere non modificabili con legge ordinaria, nel senso che hanno la pretesa di durare nel tempo e di imporsi a tutti i soggetti dell'ordinamento, anche al potere legislativo, la cui «tendenza ad assorbire gli altri due poteri» deve essere contrastata» (cfr. HAMILTON A., MADISON J., JAY J., *Il federalista*, Bologna, 1997, pp. 71 ss., specialm. p. 585). Invero, Il termine costituzioni «rigide» si pone come sinonimo di immobili, solide, cristallizzate, i cui «lineamenti sono duri e stabili»; tali moderne costituzioni si contrappongono a quelle, più antiche, dette «flessibili» (sinonimo, a sua volta, di mobili o fluide): BRYCE J., *Costituzioni rigide e flessibili*, Milano, 1998, pp. 10 ss.

⁹⁵ Alla riserva di legge, in particolare, la dottrina ha riservato diverse funzioni. In primo luogo, essa adempie una funzione liberale o garantista: serve, cioè, alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini contro il potere esecutivo (specialmente contro il potere esecutivo). In secondo luogo, la riserva di legge adempie una funzione democratica: serve, cioè, a ricondurre la disciplina di certi oggetti sotto il dominio degli organi rappresentativi, che sono espressione della sovranità popolare, e nel cui seno hanno voce anche le minoranze politiche. Cfr. DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, pp. 64 ss.; CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte Costituzionale*, Padova, 1984, pp. 402 ss.; ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 296 ss.; CARLASSARE L., voce *Riserva di legge*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1990, pp. 1-2.

⁹⁶ Invero, con l'avvento della Costituzione si è delineato un sistema delle fonti ispirato ad un criterio gerarchico, il quale ordina le fonti secondo la loro “forza”, definibile sostanzialmente come

Parlamento e Governo, secondo il principio, sancito espressamente dall'art. 70 Cost., della supremazia del primo sul secondo; il principio di tipicità degli atti del governo aventi forza di legge, con la previsione di dettagliati limiti costituzionali, di cui agli articoli 76 e 77 Cost.⁹⁷; il riconoscimento del principio di separazione tra la legislazione (*legis-latio*) e l'amministrazione (*legis-executio*); il principio di legalità dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost.; nonché l'introduzione del controllo di costituzionalità degli atti legislativi a norma dell'art. 134 Cost.

In sede di discussione in Assemblea costituente, l'ordine del giorno Perassi, cui si guarda ancora oggi come al fondamento della forma di governo introdotta con la Costituzione, si pronunciò, infatti, «per l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo»⁹⁸. L'intento precipuo era quello di optare per un assetto costituzionale che – almeno nelle intenzioni dei padri costituenti – non affidasse le sue sorti al solo gioco degli equilibri interpartitici, e cercava, invece, di organizzare e strutturare il divenire della vita politica con norme idonee ad assicurare il formarsi di quegli equilibri anche in carenza (ovvero in presenza di difficoltà) di una composizione spontanea dei rapporti fra le forze politiche. Proprio per questa ragione, dunque, l'ordine del giorno Perassi focalizzava l'attenzione – come, del resto, l'esperienza degli anni fra le due guerre consigliava – sui rapporti fra

l'efficacia che è propria di ciascun tipo di fonte. Forma tipica e forza formale, intesa, più specificamente, come capacità innovativa (c.d. forza attiva) e come resistenza al sopravvento di fonti successive che non abbiano gli stessi requisiti formali, o, in casi straordinari, la medesima efficacia (c.d. forza passiva) si corrispondono, e la gerarchia delle fonti descrive esattamente un assetto politico nel quale la diversa "forza" di ciascun tipo di atto normativo dipende dalla collocazione che in quell'assetto assume il potere normativo di cui l'atto è espressione. Cfr. in tema, MODUGNO F., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., I, Milano, 1997, pp. 563 ss.; CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pp. 779 ss.

⁹⁷ L'Assemblea Costituente, peraltro, sia in commissione che in plenaria, affrontò l'eventuale caso in cui, in connessione con lo stato di assedio, nonché in connessione con la decretazione per ragioni di necessità ed urgenza, si sarebbe potuti pervenire a sospendere alcune libertà fondamentali dei cittadini. L'opinione prevalente era quella per cui non si sarebbe potuto mai procedere alla deroga di norme costituzionali di tale rilievo. Venne, quindi, approvato un esplicito divieto che, tuttavia, nel testo finale non vennero adottati. Sul punto cfr., in particolare, CHERCHI B., *Stato di assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1981, pp. 1108 ss.

⁹⁸ Cfr. TOSATO E., *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1976, VII, p. 917.

Parlamento e Governo con il palese intento di fare in modo che la posizione al primo riconosciuta non concorresse a rendere instabile la vita del secondo⁹⁹.

Orbene, proprio sulla base di queste premesse i principi sopra menzionati hanno, quindi, rappresentato le fondamenta del nuovo ordinamento costituzionale: è ad essi cui deve farsi riferimento nell'affrontare i diversi aspetti problematici che pone l'esercizio di poteri eccezionali di ordinanza. Basti pensare che la stessa disciplina dettata in materia di decreto legge¹⁰⁰ consente di individuare il confine e l'efficacia tra la potestà legislativa ordinaria ed i provvedimenti provvisori con forza di legge adottati nei casi straordinari di necessità ed urgenza – in modo molto più chiaro rispetto al passato –, nonché tra questi ultimi e la potestà regolamentare riconosciuta in capo all'amministrazione¹⁰¹.

Inoltre, va considerato che il testo Costituzionale non ha previsto specificamente l'istituto delle ordinanze per far fronte ad eventuali situazioni di emergenza, ma ha previsto solamente due istituti speciali cui si può far ricorso in tali situazioni, ossia: la dichiarazione dello Stato di guerra, di cui all'art. 78 Cost., nonché lo scioglimento dei Consigli regionali di cui all'art. 126 Cost., e un altro istituto, di carattere più generale, in quanto suscettibile di trovare applicazione in via residuale, che è il decreto legge, disciplinato nell'art. 77 Cost., il quale a sua volta era già stato previsto nella legge n. 100 del 1926.

A parte ciò, dunque, la Costituzione non ha considerato le ordinanze di necessità ed urgenza, quali potevano essere quelle, appunto, previste in capo al prefetto dal Testo Unico della pubblica sicurezza, o le ordinanze che poteva

⁹⁹ Cfr. BARTOLE S., voce *Governo Italiano*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VII, Torino 1991, p. 644.

¹⁰⁰ In un primo momento, nel progetto di Costituzione redatto dalla c.d. Commissione dei 75 (cfr. seduta del 21 settembre 1946, in A.C., VII, pp. 1075 ss.), si era addirittura deciso di non far menzione del decreto-legge, dedicando l'art. 74, solo alla delega legislativa. In sede di discussione congiunta in Assemblea, a seguito di un animato dibattito, venne tuttavia riconosciuta l'opportunità di una regolazione a livello costituzionale dell'istituto. Gli argomenti decisivi furono non solo la sostanziale insopprimibilità dei decreti-legge, atti necessari in alcune ipotesi, ma soprattutto la speranza che una loro rigorosa regolamentazione avrebbe consentito di limitarli maggiormente. Cfr. SOLAZZI G., *I decreti-legge*, in Aa. Vv., *Commentario Calamandrei, Levi*, II, Firenze, 1950, p. 101.

¹⁰¹ Peraltro, occorre ricordare che molte delle disposizioni contenute nella legge n. 100 del 1926 sono rimaste in vigore fino a che non venne varata la legge n. 400 del 1988, sull'ordinamento della presidenza del Consiglio dei ministri e sulla potestà normativa del Governo. Questo testo, infatti, era considerato come una sorta di appendice della Costituzione, sebbene esso non contenesse alcuna disciplina delle ordinanze di necessità ed urgenza, le quali erano, invece, contemplate dalla legislazione degli anni Trenta, nonché in alcune leggi promulgate dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

emanare il sindaco e che trovavano disciplina nell'art. 55 del Regio decreto n. 383 del 1934¹⁰².

2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sui limiti del potere di ordinanza.

La prima questione che si è posta, a seguito, dunque, dell'entrata in vigore della vigente Carta Costituzionale, ha riguardato l'individuazione del margine di operatività del potere di ordinanza di necessità ed urgenza. Orbene, la risposta è giunta a seguito delle tante questioni di legittimità costituzionale che vennero poste su diverse disposizioni di legge che erano state emanate nella vigenza dello Statuto Albertino ma che, poi, per ragioni di continuità normativa, erano state riproposte nella medesima veste nel nuovo ordinamento costituzionale.

In particolare, tra queste norme vi era l'art. 2 del Testo Unico delle Leggi di pubblica sicurezza del 1931, il quale riconosceva in capo al prefetto il potere di adottare «in caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica». In merito alla legittimità costituzionale di questa norma, invero, sono state poste diverse questioni, rispetto alle quali la Corte Costituzionale è dovuta intervenire due volte, adottando, peraltro, due decisioni dal contenuto contrastante, in quanto con la prima ha respinto la questione di legittimità costituzionale, mentre, con la seconda ha accolto i rilievi dei giudici *a quibus*, facendo, tra l'altro, sostanzialmente, ricorso ai medesimi argomenti.

In particolare, con la sentenza n. 8 del 1956¹⁰³, i profili dubitatiti sulla legittimità costituzionale venivano superati mediante una interpretazione di rigetto,

¹⁰² Cfr., sul punto, GALATERIA L., *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, pp. 41 ss., GARGIULO U., *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954, pp. 108 ss.

¹⁰³ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 2 luglio 1956, n. 8, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, fasc. I, pp. 683 ss. Sul punto, cfr. CRISAFULLI V., *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1956, n. 1, pp. 863 e ss.; NUVOLONE P., *Appunti e spunti tra precetti e sanzioni*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1956,

in virtù della quale, il potere del prefetto riconosciuto dall'art. 2 del Testo Unico del 1931 andava interpretato «non nel sistema in cui ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema nel quale vive», posto che nel sistema attuale in cui, appunto, esso «stava vivendo», la giurisprudenza ordinaria ed amministrativa era costante nel ritenere le ordinanze di necessità ed urgenza 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».

È proprio in questo che viene in rilievo, a parere della Suprema Corte, «il significato attuale della norma», il quale, se così letto, «non appare in contrasto con i principi costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i provvedimenti amministrativi adottati dal prefetto, anche se talvolta vengono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono da confondere né con le leggi, né con i decreti legge, che hanno altro carattere ed altri effetti».

Per quanto, poi, specificamente atteneva alla presunta violazione dell'art. 21 della Costituzione, la Corte Costituzionale, benché riconoscesse l'idoneità dei provvedimenti del prefetto ad incidere su tutti gli ambiti in cui si esercitavano i diritti dei cittadini, al contempo, tuttavia, escludeva la possibilità di sindacare, in sede di legittimità, anche i provvedimenti adottati in concreto dal prefetto, sostanziandosi questa in «un'indagine da farsi di volta in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente»¹⁰⁴.

Allo stesso tempo, la Corte si augurava che «nell'opera di revisione che era in corso presso gli organi legislativi, il testo dell'art. 2» rinvenisse «una formulazione» tale da porlo «nella misura massima possibile, al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione». Era l'occasione per esplicitare «alcuni canoni derivanti dal carattere amministrativo dei provvedimenti prefettizi d'urgenza»: efficacia limitata nel tempo in relazione ai connotati della

pp. 441 e ss; TREVES G., *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 994 e ss.

¹⁰⁴ La questione era sorta in merito a delle ordinanze prefettizie dirette a regolare lo strillaggio dei giornali nelle pubbliche vie, nonché la loro vendita a domicilio, al fine, sostanzialmente, di contrastare la diffusione della rivista "L'Unità". In merito, cfr. TREVES G., *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 994 ss.; CRISAFULLI V., *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza italiana*, 1956, I, fasc. 1, pp. 683 ss.

necessità e dell'urgenza, adeguata motivazione, efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale, conformità del provvedimento stesso ai principi fondanti l'ordinamento giuridico.

Tuttavia, a fronte dell'inerzia del legislatore e a fronte dello svilupparsi di una prassi che non si conformava affatto all'indirizzo espresso dalla Corte Costituzionale¹⁰⁵, la stessa si trovò costretta a procedere con un riesame della questione, adottando, stavolta, una pronuncia interpretativa di accoglimento, sul quale, però, si ebbero molte riserve¹⁰⁶.

In particolare, la Corte Costituzionale ha proceduto, anzitutto, a riaffermare i principi già espressi nella sentenza precedente, ribadendo che i poteri prefettizi «non possono in alcun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti», aggiungendo «quanto al loro contenuto», che «i relativi provvedimenti, finché si mantengono nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alle attività degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni violazione degli articoli 70, 76 e 77 e dell'art. 1, comma secondo, della Costituzione». Se anche si intendesse considerarli come “normativi”, i provvedimenti prefettizi «ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi», per cui sono legittimi solo «quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni esposte fin dalla precedente sentenza».

¹⁰⁵ Particolarmente critico sulla sentenza *de qua*, PIZZORUSSO A., *Le fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja-Branca del Codice civile*, Bologna, Roma, 2011, p. 557, il quale è scettico sul fatto che 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».

¹⁰⁶ Cfr. Corte costituzionale, 16 febbraio 1961, n. 26, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, pp. 2185 ss. In dottrina, CRISAFULLI V., *Il ritorno dell'art. 2 della legge di p.s. dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, pp. 886 e ss.; GRANATA L., *Sulla dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza*, in *Rivista penale*, 1961, parte II, pp. 659 e ss.; FASO I., *Ancora in tema di legittimità costituzionale dell'art. 2 del T.U.L.P.S.*, in *Giu. sic.*, 1962, pp. 155 e ss.; SCUDIERO M., *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. e libertà costituzionale*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1961, pp. 379 e ss.; MONTESANO L., *I provvedimenti prefettizi di urgenza ed il giudice costituzionale sui “testi legislativi ambigui”*, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, pp. 1283; LAVAGNA C., *Sull'illegittimità costituzionale dell'art. 2 T.U.L.P.S. come testo legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, pp. 898 e ss.

La nuova sentenza, inoltre, puntualizzava la questione relativa al rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, i quali costituiscono un limite invalicabile «dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino»¹⁰⁷. Tali sono «i precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento non consentono alcuna possibilità di deroga, nemmeno ad opera della legge ordinaria».

Nelle materie, invece, riservate alla legge, occorre distinguere, le ipotesi di riserva assoluta che escludono qualunque provvedimento eccezionale, non potendo «concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta l'emanazione di atti amministrativi che dispongono in difformità alla legge prevista dalla Costituzione», dalle ipotesi di riserva relativa, le quali, invece, consentono che la legge ordinaria attribuisca all'amministrazione «l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è attribuito», come pure le ordinanze in deroga alla legge, seppur con la previsione di adeguati limiti¹⁰⁸.

Di talché, la possibilità di introdurre delle regole in deroga alle leggi primarie si sviluppa in piena coerenza con il principio di legalità, sostanziandosi, concretamente – come vedremo più dettagliatamente a breve –, nell'applicazione del principio di specialità¹⁰⁹: non è, invero, l'ordinanza a derogare la legge, in quanto la deroga è prevista dalla legge attributiva del potere stesso, la quale si connota per essere una legge speciale rispetto a quelle che saranno derogate¹¹⁰.

Ecco perché, dunque, il potere di ordinanza non può considerarsi liberamente esercitabile ma soggiace ai limiti appena citati con riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale. In particolare, nel caso di materie coperte da

¹⁰⁷ Contrariamente, quindi, a quanto sostenuto in precedenza, ritenendo che la norma *de qua* conferisse al prefetto una sorta di “*potere eccezionale di disporre temporaneamente di qualsiasi diritto dei cittadini*”. Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 16 giugno 1958, n. 2068, in *Foro Italiano*, 1958, fasc. I, p. 1092.

¹⁰⁸ Seppur piuttosto chiaro questo passaggio della Corte, in dottrina non è mancato chi ha ritenuto che nella decisione n. 26 del 1961 vi fosse una sorta di autorizzazione per ordinanze contingibili ed urgenti anche nell'ambito di riserve assolute di legge. In tal senso, CERULLI IRELLI C., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 169.

¹⁰⁹ Cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., p. 95.

¹¹⁰ Cfr. PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 640 e ss.

riserva di legge¹¹¹, occorre tracciare una distinzione, in virtù della quale, nel caso di riserva assoluta all'autorità amministrativa potrà essere concesso di adottare ordinanze urgenti, ma la deroga alle norme primarie sulle quali si interviene dovrà essere particolarmente dettagliata dalla legge attributiva del potere, in modo tale da limitare la discrezionalità dell'autorità agente¹¹². Questo tipo di provvedimenti non rientrano specificamente nell'ambito dell'esercizio di un potere di ordinanza, bensì possono ricomprendersi nella categoria degli atti amministrativi necessitati¹¹³, ossia quegli atti che la Pubblica Amministrazione adotta, in mera esecuzione, dopo che il legislatore abbia valutato accuratamente tutti gli interessi in gioco e dopo aver accertato la sussistenza di uno stato di fatto dalla quale risulti l'urgenza di provvedere¹¹⁴.

¹¹¹ Cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., p. 95, il quale, con riferimento alle ordinanze su materie coperte da riserva relativa di legge, opera una distinzione: «Esaminando ora la questione delle ordinanze *contra legem* in materie coperte da riserva relativa di legge, la soluzione che bisogna dare è duplice, una di principio, una specifica, relativa alle ordinanze oggi previste nell'ordinamento italiano. In principio deve dirsi che le ordinanze *contra legem*, in materia coperta da riserva relativa di legge sono ammissibili, purché le norme che le prevedono contengano l'indicazione dei criteri direttivi che dovranno guidare la pubblica amministrazione nell'esplicazione del suo potere discrezionale, giacché questo, come minimo, esige l'istituto della riserva relativa di legge. In concreto deve dirsi invece che molte delle norme attributive di poteri di ordinanza oggi vigenti non contengono l'indicazione dei criteri direttivi e quindi non legittimano la pubblica Amministrazione (o pretendono incostituzionalmente di legittimare la pubblica Amministrazione) ad adottare provvedimenti in materia coperta da riserva relativa di legge»

¹¹² Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 26 del 27 maggio 1961, in CED Cassazione 1961: «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 dispongano 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 ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere». In dottrina, sul punto, cfr. CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 133; CRISAFULLI V., *Il "ritorno" dell'art.2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, pp. 886 e ss.; LAVAGNA C., *Sulla illegittimità dell'art.2 del t.u. leggi di p.s. come testo legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, pp. 898 e ss.

¹¹³ Cfr. GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione civile*, XXVII, 1948, pp. 388 e ss.; FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, pp. 92 e ss.; CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 4.

¹¹⁴ Per fare un esempio, sono tali le ipotesi di occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione, a norma dell'art. 22 bis del Testo Unico delle Espropriazioni, ossia il D.P.R. n. 327 dell'8 giugno 2001. In tal senso cfr. GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., pp. 949 ss.

Quando, invece, la materia da regolare è coperta da riserva di legge relativa, è possibile procedere con ordinanza, ma il relativo potere deve essere delimitato nel suo esercizio in modo tale da orientare – benché in maniera non specificamente dettagliata – l'adozione dei provvedimenti urgenti¹¹⁵.

Da tali affermazioni della Corte, dunque, ne è derivata la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2 del Testo Unico sulla pubblica sicurezza «nei limiti in cui esso attribuisce ai prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico»¹¹⁶.

Questa interpretazione della Corte ha, poi, trovato ulteriore conferma e puntualizzazione anche in seguito. In primo luogo si è avuto un chiarimento di carattere tipologico. A parere della Corte Costituzionale, i provvedimenti in questione dovrebbero farsi rientrare nella categoria delle c.d. «ordinanze libere», le quali si connotano in quanto il loro contenuto non è legalmente predeterminato, bensì viene individuato volta per volta in relazione alle circostanze della fattispecie

¹¹⁵ Così si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 115 del 7 aprile 2011, in *Corriere Giuridico*, 2011, fasc. 9, p. 1233 con cui ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 54 Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali (Decreto Legislativo del 18 agosto 2000, n. 267), come novellato dall'art. 6 del decreto legge n. 92 del 2008. In dottrina, a tal proposito, cfr. CARDONE A., *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra «presupposizione legislativa» e «conformità alla previa legge»: un doppio regime per la riserva legislativa?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 2065 ss.; CERULLI IRELLI V., *Sindaco legislatore?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 1600 e ss.; MORANA D., *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 1606 ss.

¹¹⁶ Dalla decisione della Corte, in realtà, ne derivò un vivace dibattito dottrinario proprio in merito alla vigenza o meno dell'art. 2 del Testo Unico sulla pubblica sicurezza. In particolare, la dottrina risultava divisa tra coloro che ritenevano che la norma dovesse ancora considerarsi valida, sebbene interpretata nel significato dato dalla Corte; altri, invece, ritenevano la norma del tutto abrogata. Cfr. sul punto, tra gli altri, V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, pp. 886 ss.; LAVAGNA C., *Sull'illegittimità dell'art. 2 leggi di P.S. come testo legislativo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, pp. 898 ss.; SCUDIERO M., *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T. U. leggi di pubblica sicurezza e libertà costituzionali*, in *Foro penale*, 1962, II, pp. 102 ss.

Non è mancato anche chi ha tentato di dare una lettura adeguatrice della sentenza in esame. In particolare, CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Milano, 1990, pp. 142 ss., ha ritenuto che l'art. 2 del Testo Unico sulla pubblica sicurezza ritiene certamente dal punto di vista formale non soddisfa il limite della riserva di legge relativa o la legalità sostanziale, data l'assenza di criteri adeguati a circoscrivere la discrezionalità del prefetto; di talché ha proposto di riempire di contenuto la fattispecie, connettendola, alla stregua di un rinvio, alle altre leggi vigenti. L'Autore, invero, ritiene che questa possa considerarsi nell'ordinamento, come una regola generale di giudizio: «mancando la definizione nella disposizione attributiva del potere di ordinanza è gioco forza ricercarla in tutte le norme poste dall'ordinamento legislativo per la risoluzione dei rapporti tra poteri dell'amministrazione e diritti (pubblici o privati) che ai primi si possono trovare contrapposti».

concreta, le quali, ovviamente, in astratto non possono essere certamente predeterminate¹¹⁷.

In occasione di questa pronuncia, in particolare, la Corte ha ammesso che le ordinanze possano anche derogare alla legge, ma in presenza di alcune condizioni, ossia «1) che le ordinanze si fondino su una “specificata autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto 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»¹¹⁸.

Da qui deriva, quindi, la distinzione tra “atti” necessitati ed “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».

In secondo luogo, benché la Corte abbia riaffermato che le ordinanze di necessità ed urgenza «anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto soggettivo; né tantomeno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge», ma «sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi»¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr., in particolare, Corte costituzionale 4 gennaio 1971, n. 4, CED Cassazione 1971, nonché Corte costituzionale 28 maggio 1987, n. 201, in *Consiglio di Stato*, 1987, II, p. 890. In dottrina, sul punto, cfr. ANGIOLINI V., *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Le Regioni*, 1987, pp. 1571 e ss.; CAVALLO PERIN R., *La tutela dell’ambiente: nuove norme attributive del potere di ordinanza*, in *Foro italiano*, 1988, n. 12, parte I, pp. 3538.

¹¹⁸ Cfr. MARAZZITA G., *L’emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, pp. 440 ss.

¹¹⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 4 del 4 gennaio 1977, CED Cassazione 1977. In dottrina, cfr. CARLASSARE L., *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, pp. 258 ss.; POLACCO P., *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, pp. 264 ss.

In particolare, la decisione scaturiva dalla portata dell’art. 20 del Testo Unico della legge comunale e provinciale del 1934, n. 383, la quale consentiva al prefetto 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». In virtù di tale norma, quindi, era stato ordinato, durante uno sciopero a tempo indeterminato in una scuola, ad alcune unità di

In terzo luogo, richiedendo la previsione di specifici confini all'esercizio del relativo potere, affinché lo stesso sia limitato nell'effetto di "deroga" e non anche di "abrogazione o modifica", la Corte Costituzionale ha ulteriormente specificato la necessità di «una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»¹²⁰.

Tali prescrizioni devono essere rispettate dalle norme attributive dei poteri di ordinanza, quali requisiti minimi ma essenziali di legittimità costituzionale. Di talché non deve essere concesso alcun margine per consentire, mediante appositi

personale ausiliario di riprendere il servizio. Venne, dunque, sollevata questione di legittimità costituzionale in quanto la norma violava l'art. 40 della Costituzione sul diritto di sciopero, nonché gli articoli 70, 76 e 77 della Costituzione sulla riserva di legge in materia di diritti e di principi giuridici ordinamentali. Orbene, dopo aver escluso la natura di fonte ed aver ribadito il carattere di provvedimento, la Corte Costituzionale, tuttavia, ha rigettato la questione, anche con riferimento all'art. 40 Cost., ritenendo che il diritto di sciopero trova limiti in altri principi e valori costituzionali, come nell'ambito della tutela del diritto di salute e di incolumità delle persone, ritenuti di carattere primario e predominante. Di conseguenza, nel caso di specie «i particolari limiti all'esercizio del diritto di sciopero che possono derivare dall'applicazione dell'art. 20 T.U. comunale e provinciale del 1934, trovano il loro fondamento nell'art. 32 Cost. [...], poiché tra i motivi legittimanti il Prefetto a provvedere con ordinanze contingibili ed urgenti vi sono espressamente menzionati quelli di "sanità" [...]. Ed a conclusioni analoghe deve giungersi altresì per i motivi "di sicurezza", che fanno riferimento all'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 pubblica sicurezza): 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")».

Il tema è stato, poi, successivamente affrontato dal legislatore mediante l'emanazione della legge n. 146 del 1990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

¹²⁰ Cfr. sentenza n. 201 del 1987, in tema di potere di ordinanza conferito per legge al Ministro per il coordinamento della protezione civile in materia di smaltimento dei rifiuti, pronunciata a seguito di un ricorso presentato per conflitto intersoggettivo promosso dalla regione Lombardia, la quale asseriva di essere stata lesa nelle proprie attribuzioni da alcune ordinanze in deroga alla legislazione vigente. La Corte Costituzionale, allora, coglie l'occasione per affermare che «anche se non predeterminato, il contenuto delle disposizioni derogatorie è soggetto a rispettare le garanzie costituzionali, e a non invadere la "riserva assoluta" di legge (nello stesso caso di "riserva relativa" la norma primaria attributiva dei poteri accennati deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale)». Inoltre, «pur quando le disposizioni in parola siano estese ad una generalità di soggetti e ad una serie di casi possibili, i poteri con esse esercitati devono adeguarsi alle dimensioni, territoriali e temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare». Orbene, il carattere sproporzionato – nello spazio e nel tempo – dei provvedimenti adottati in concreto dimostrava la loro portata innovativa e non meramente derogatoria degli stessi, con la conseguenza che doveva ritenersi senz'altro lesa nelle sue attribuzioni la Regione; ciò giustificava, quindi, l'accoglimento del ricorso.

In senso conforme, cfr., altresì, Corte Costituzionale, sentenza n. 418 del 1992.

tentativi di interpretazioni salvifiche, la vigenza di disposizioni che, di fatto, si pongono in contrasto con i principi sanciti espressamente dalla Costituzione¹²¹.

In sostanza, dunque, la giurisprudenza costituzionale ha individuato una lista di requisiti che contribuiscono a rendere legittima una ordinanza emanata in condizione di necessità ed urgenza, che si concretizzano, in particolare, nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico – ossia, la Costituzione, la riserva di legge, nonché i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario –; il divieto di derogare a disposizioni o atti normativi non individuati *ex ante*; la sussistenza di una situazione di urgenza qualificata; l'utilizzo del potere di ordinanza solamente in via residuale; la durata temporale limitata nel tempo; il rispetto del principio di proporzionalità tra mezzo e fine, che comporta, cioè, a sua volta, come corollari l'idoneità, la necessarietà e l'adeguatezza della misura adottata¹²².

3. Alcuni orientamenti dottrinari sul potere di ordinanza.

In virtù del fatto che il testo costituzionale, come detto, non avesse previsto alcuna norma relativa all'istituto delle ordinanze di necessità ed urgenza, ha portato, inizialmente, una parte della dottrina a ritenere che ciò stesse a significare, dunque, il divieto di esercitare qualunque potere *extra ordinem* di necessità ed urgenza, ossia qualunque potere che fosse difforme rispetto a quelli specificamente menzionati nel testo costituzionale¹²³.

¹²¹ Ciò si pone, dunque, in contraddizione con chi (tra gli altri, cfr., in particolare, CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, cit., pp. 142 ss.), al fine di adeguare fattispecie indeterminate al rispetto del limite della riserva di legge, fa ricorso ai principi positivi derivanti dalla legislazione vigente. A tale assunto, infatti, deve necessariamente muoversi la critica per cui un conto è ricorrere al diritto vigente al fine di delimitare la discrezionalità del soggetto agente, nonché l'ambito dei poteri di ordinanza che astrattamente rispettano i limiti sanciti a livello costituzionale, un altro è quello di usare il diritto vigente per sanare gli eventuali vizi di legittimità delle norme attributive di quegli stessi poteri.

¹²² Cfr., in tal senso, MARZUOLI C., *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, pp. 12 ss.

¹²³ Cfr., in particolare, tra gli altri, ESPOSITO C., *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, pp. 866 ss.; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, pp. 718 ss.; MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pp. 421 ss.

Tuttavia, successivamente, sulla base degli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza, la dottrina costituzionale ha cominciato via via ad elaborare nuove teorie in tema di potere di ordinanza. In particolare, tra queste rileva senz'altro la tesi secondo cui le ordinanze di necessità ed urgenza si connoterebbe in quanto rappresentanti una categoria di «atti generali o singolari non predeterminati quanto al contenuto, emanati in casi di urgente necessità da autorità amministrative diverse dal governo», in quanto, laddove fossero emanati dal governo troverebbe applicazione l'art. 77 Cost.¹²⁴. Di talché, la vera caratteristica del potere di ordinanza «non è già il fatto che esso sia libero nel contenuto, ma che esso non abbia un contenuto predeterminato»¹²⁵.

La differenza, dunque, tra ordinanze di necessità ed urgenza e provvedimenti non starebbe nella deroga al principio di legalità – posto che anche le ordinanze sono previste dalla legge e, quindi, rispettano pienamente il principio di legalità –, quanto, invece, nel fatto che le ordinanze si vengono a connotare per

¹²⁴ Cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., p. 91. L'Autore, infatti, sottolinea come in capo agli organi del governo – nonché, quindi, in capo ai singoli ministri – non sia possibile rinvenire alcun potere di ordinanza, posta la vigenza dell'art. 77 Cost.

In senso conforme, CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, cit., pp. 118 ss.; CAVALLO PERIN R., voce *Ordinanze (diritto amministrativo)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, pp. 3982 ss.; PEDRINI F., *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, pp. 203 ss.; CORVAJA F., *Ordinanze prefettizie e riserve di legge*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, pp. 1804 ss.; MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, pp. 214 ss. in particolare, quest'ultimo Autore arriva a ritenere che le "ordinanze straordinarie e necessitate" debbano considerarsi illegittime laddove la Costituzione riconosca in materia di emergenza l'emanazione del decreto legge, con la conseguenza che solo se il decreto legge ammette la possibilità di procedere con ordinanze, queste ultime potranno ritenersi legittime.

Contra, ANDRONIO A., *Le ordinanze di necessità ed urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004, passim., il quale, invece, sottolinea come tale potere in capo al governo, a ben vedere, non sia affatto escluso dall'art. 77, ma, anzi, trova persino conferma nel diritto positivo, tanto in materia ambientale, quanto in tema di disciplina dei poteri della protezione civile. In senso conforme, cfr., altresì, RENNA M., *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, pp. 61 ss., il quale, in particolare, richiama la legge n. 225/1992, che nell'art. 5 dettava disposizioni generali sulle ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri in caso di dichiarazione di emergenza, tra cui la clausola per cui «le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate».

Infine, cfr. Severi, F., *Le ordinanze della legge n.225/92 sulla protezione civile*, Milano, 1996, passim., il quale sottolinea, a smentita di quanto affermato da Rescigno, che, peraltro, le disposizioni contenute di tale legge sono stati, poi, ripresi nel decreto legislativo del 2 gennaio 2018, n. 1, che detta il nuovo Codice della protezione civile.

¹²⁵ Cfr. sul punto RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., p. 96. L'Autore, in particolare sottolinea come tra gli atti a contenuto libero, in realtà, rientrerebbero gli atti politici.

avere un carattere necessariamente derogatorio «o perché la fattispecie che la pubblica Amministrazione vuole disciplinare non era prevista da alcuna norma o perché quella stessa fattispecie è tale da esigere – a giudizio della Pubblica Amministrazione, una disciplina diversa da quella prevista in astratto dalla norma»¹²⁶.

Quindi, stando a tale ricostruzione, nel primo caso si verificherebbe «una deroga al diritto», mentre, invece, nel secondo si avrebbe «una deroga a specifiche norme»¹²⁷, con la conseguenza che, se si vuole distinguerle dagli atti necessitati come atti tipici, benché adottati sempre sul presupposto comune dell'urgente necessità, si dovrebbe ritenere che il fulcro delle ordinanze non sta propriamente nell'atto che viene adottato, bensì, nelle norme che le prevedono. Esse, infatti, non apportano una deroga ad alcuna norma, in quanto il rapporto regola-eccezione intercorre tra la norma derogata e l'ordinanza e mai tra la norma derogata e la norma attributiva del potere di ordinanza. Tale norma, peraltro, deve essere considerata come 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 norme di produzione giuridica, giacché, anzitutto, prevede positivamente che cosa rispetto ad una determinata fattispecie può disporre la Pubblica Amministrazione»¹²⁸.

Orbene, da quanto detto, dunque, deve concludersi che non sia possibile, a parere di questa parte della dottrina, riconoscere la natura di atto normativo, né di atto avente forza di legge alle ordinanze, le quali, invece, devono sottostare alla previsione di specifici limiti «non possono in nessun caso essere contrarie a disposizioni della Costituzione o intervenire in materie coperte da riserva assoluta di legge, possono intervenire *contra legem* in materia coperta da riserva relativa solo quando le norme relative contengono i criteri direttivi (e cioè, oggi, solo in alcuni pochi casi), possono tutte intervenire anche in deroga a legge in materie non coperte da alcuna riserva di legge, possono, infine, essere contrarie a fonti subordinate alla legge (in particolare a regolamenti)». D'altro canto, stante la natura

¹²⁶ Cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., p. 92.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., p. 93.

necessariamente derogatoria delle ordinanze, se non vi fossero tali limiti, dovrebbe ritenersi del tutto incostituzionale il riconoscimento di un potere generale di carattere derogatorio attribuito ad autorità amministrative diverse dal governo¹²⁹.

Tale ricostruzione è stata, tuttavia, criticata da altra parte della dottrina – nonché dalla giurisprudenza¹³⁰ –, che l’ha ritenuta essere non solamente parziale, ma anche contraddittoria. Il primo profilo critico rilevato è, anzitutto, quello per cui la tesi in esame ritiene che si possano applicare all’istituto delle ordinanze di necessità ed urgenza le stesse categorie concettuali che possono applicarsi alle altre fonti del diritto: norma sulla produzione, forza normativa, deroga, sospensione e via dicendo. Invece, stante proprio il carattere *extra ordinem* del potere d’ordinanza contingibile e urgente, si dovrebbe giungere a negare quella possibilità e a cercare altre soluzioni al problema della loro individuazione nell’ordinamento¹³¹.

Occorre, infatti, tenere in considerazione che questo tipo di ordinanze vengono emanate per disciplinare una situazione concreta, con la conseguenza che le regole che esse introducono hanno un’unica finalità, ossia quella di individuare la disciplina specifica della fattispecie di necessità ed urgenza che, determinandone l’occasione, le legittima. Di talché, benché in astratto il relativo potere sia previsto da norme giuridiche, di fatto quei provvedimenti sfuggono a qualunque criterio di valutazione *ex ante*, dovendo, invece, sottostare a criteri di valutazione *ex se*, generati dal caso concreto e, dunque, non previsti – e non prevedibili in astratto – dall’ordinamento giuridico. Come affermato in dottrina, invero, l’emergenza si connota per essere una situazione complessa: «di fronte al fatto emergenziale si ritiene, quindi, necessario lo stato d’eccezione»¹³².

Di conseguenza, anche l’efficacia di tali ordinanze sarà *sui generis*, la quale non potrà certamente essere spiegata ricorrendo alle tradizionali categorie dell’abrogazione, o della deroga, della sospensione, dell’annullamento e via dicendo. Qui, infatti, ci troviamo di fronte ad un rapporto regola-eccezione ed il

¹²⁹ Cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., p. 98.

¹³⁰ Cfr., in particolare, Corte Costituzionale, sentenza n. 4 del 1977, cit., nella quale la Corte non esita a sottolineare il carattere normativo delle ordinanze in esame.

¹³¹ D’altro canto, in dottrina, vi è pure chi ha sostenuto che il fenomeno delle ordinanze potesse spiegarsi facendo ricorso al sistema dialettico che vi è tra legge e amministrazione, in virtù del quale la seconda sovente tenterebbe di svincolarsi dai rigorosi limiti sanciti dalla prima. Cfr. RAMAJOLI M., *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di A. Romano*, Napoli, 2011, pp. 735 ss.

¹³² Cfr. MARAZZITA G., *L’emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., pp. 158 ss.

termine eccezione finisce con l'averne un'accezione molto stretta, in quanto utilizzato per individuare una fattispecie che si sostanzia in una *ratio* propria, che esula del tutto dalla regola sancita a livello ordinamentale. Per rendersi conto di quanto detto è sufficiente considerare la categoria della deroga: essa comporta la sottrazione dell'efficacia di una determinata regola che disciplina una situazione o un rapporto che, benché rispondente ad una *ratio* differente – propriamente detta “*ratio derogandi*” –, di fatto è pur sempre riconducibile entro i margini della regola stessa, ponendosi in un rapporto di *species a genus*. D'altro canto, l'adozione di una ordinanza in deroga alla legge non può essere neppure configurata come un illecito giustificato *a posteriori*, sulla base della sussistenza di uno stato di necessità, in quanto il relativo potere nasce proprio come originariamente lecito, seppure nel rispetto dei canoni espressamente individuati dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 8 del 1956: «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 principii dell'ordinamento giuridico»¹³³.

L'esercizio del potere di ordinanza, dunque, rappresenta la realizzazione di una condizione sospensiva della legge, in virtù di uno schema analogo a quello che si rinviene nel caso dei regolamenti di delegificazione¹³⁴.

Nello stato di eccezione – legittimante, quindi, il ricorso all'esercizio del potere di ordinanza –, non solamente non sussiste alcun tipo di relazione tra la *ratio* della regola e quella dell'eccezione, ma, peraltro, la *ratio* di quest'ultima ha anche il carattere dell'esclusività¹³⁵.

¹³³ Cfr. LONGO G. E., *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, pp. 25 e ss.

¹³⁴ Cfr. PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, *Il Foro Italiano*, 1984, pp. 640 ss.

¹³⁵ Cfr. PUGLIATTI S., voce *Eccezione (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, pp. 151 ss., il quale, in particolare, sottolinea come l'eccezione sia «qualcosa che non si può spiegare secondo una legge o una regola data, in quanto si sostanzia in una regola *contra tenorem rationis*, intesa la *ratio* come complesso di principi o regole costituenti il sistema o come spirito del sistema stesso», con la conseguenza che tale regola «è esclusa dall'omogeneo e presuppone l'eterogeneo e l'eteronomo». In senso conforme, ANGIOLINI V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 130, il quale, tuttavia, afferma, al contempo, anche che «il designare come eccezionale le norme e gli atti necessitati, può smorzare gli effetti eversivi della necessità nell'ordinamento».

Contra, GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 198 ss. e 226 ss., il quale, invece, non delinea confini così precisi tra regola ed eccezione.

Orbene, la situazione di urgente necessità che si verifica eccezionalmente nella realtà pratica, dunque, può portare a giustificare l'adozione di ordinanze di necessità ed urgenza¹³⁶, in quanto impone l'adozione di provvedimenti o di regole di contesto che devono necessariamente trovare applicazione, in quanto non sono applicabili altre norme diverse dell'ordinamento giuridico, necessarie, peraltro, anche per affermare la vigenza stessa dell'ordinamento¹³⁷.

Si può, quindi, conclusivamente affermare che le norme che derivano dall'adozione di ordinanze di necessità ed urgenza, soggiacciono ad un loro regime, atipico, che, tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, hanno nel corso del tempo individuato dal punto di vista empirico-teoretico, anziché dal punto di vista teorico-dogmatico¹³⁸.

Di conseguenza, i limiti che si pongono all'esercizio del potere di ordinanza servono, di fatto, per individuare il contenuto che sussiste nella relazione dialettica tra le norme dell'ordinamento giuridico-costituzionale e le eccezioni che possono sorgere in determinate situazioni di urgente necessità. Quanto detto consente di

¹³⁶ Cfr., FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, passim. il quale sostiene che il ricorso alle ordinanze sarebbe funzionale a porre rimedio ai disagi generali dalla c.d. "società dell'incertezza". In senso conforme, CARDONE A., *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, pp. 38 ss., il quale, in particolare, colloca il ricorso alle ordinanze nell'ambito della "crisi del parlamentarismo".

¹³⁷ Cfr. sul punto SATTA F., *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, 1989, p. 4. Risulta particolarmente interessante il suo punto di vista, in quanto egli ritiene che l'ambito di operatività del potere di ordinanza coincida con le lacune dell'ordinamento, arrivando così a tracciare una distinzione tra l'ordinamento normativo, inteso come ordinamento positivo, e l'ordinamento giuridico complessivo, che, invece, coincide con il diritto, per sottolineare come il conflitto possa verificarsi nell'ambito dell'ordinamento normativo e non nell'ambito dell'ordinamento giuridico complessivamente considerato. «Del resto», continua l'Autore, «il diritto pubblico, privato e processuale civile conoscono termini di riferimento che consentono di dare una giustificazione al complesso fenomeno delle ordinanze contingibili ed urgenti: l'esercizio di fatto di funzioni pubbliche, l'indebito arricchimento e la *negotiorum gestio*, i provvedimenti d'urgenza nel processo civile».

¹³⁸ Cfr. sul punto GNES M., *I limiti del potere d'urgenza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005, pp. 641 ss. L'Autore, dunque, ritiene che oramai sia tendenzialmente possibile individuare una tipicità nei contenuti del potere di ordinanza, tale da consentire un superamento – dal punto di vista pratico – della divergenza riscontrabile tra la categoria delle ordinanze contingibili ed urgenti e la categoria di quelle necessitate – ferma, invece, restando la differenza sul piano teorico –. Sul punto, altresì, cfr. MALO M., *Il potere di ordinanza in materia di protezione civile al vaglio della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1995, n. 6, pp. 1176 e ss.; MARAZZITA G., *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 505 e ss.; 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*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 2185 e ss.; MARZUOLI C., *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., pp. 12 ss.

spiegare anche l'evoluzione che i tentativi di dogmatizzazione formale rispetto il potere di ordinanza hanno vissuto nel corso del tempo, passando dal cercare di individuare una forma di tipicità formale e preventiva, ad un momento nel quale si è preso atto del fatto che esse vanno individuate dal punto di vista empirico, mediante l'ausilio, soprattutto dell'attività pretoria. In altre parole, la *ratio* delle ordinanze non va tanto individuata nella loro pretesa conformità al principio di legalità astratto, quanto nella loro giustiziabilità dal punto di vista della loro concreta operatività. Come detto, infatti, in apertura del presente lavoro, questo processo si riconnette, sostanzialmente, alla parabola storica che ha condotto via via all'affermazione del principio di legalità¹³⁹.

4. Il potere “libero” di ordinanza nel sistema costituzionale.

Come abbiamo visto, dunque, la dottrina maggioritaria¹⁴⁰ – soprattutto in conformità con gli orientamenti giurisprudenziali succedutisi nel corso degli anni – ritiene oggi che, salvo la previsione di alcuni limiti, indispensabili per garantire la legittimità costituzionale, le ordinanze in deroga alla legge possano ritenersi del tutto ammissibili.

In particolare, la dottrina ha, poi, introdotto ulteriori argomenti a sostegno della c.d. “tesi conservativa”, ossia della tesi che conclude per la conformità al dettato costituzionale delle ordinanze in esame, che solo in parte si sovrappongono a quelli già visti. Anzitutto, come abbiamo già visto, l'orientamento prevalente è quello per cui sussiste un'autorizzazione legislativa che consentirebbe di

¹³⁹ Cfr. SORDI B., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 33 ss.

¹⁴⁰ Cfr., in particolare, RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pp. 89 e ss.; RESCIGNO G.U., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e di urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., pp. 2189 e ss.; BARTOLOMEI F., voce *Ordinanza (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, pp. 970 e ss.; BARTOLOMEI F., *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, passim.; GALATERIA L., *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, cit., passim.; GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit., pp. 388 e ss.; MIGLIARESE F., *Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1990, pp. 1 e ss.

circoscrivere la deroga alla legge operata con l'esercizio del potere di ordinanza all'interno del principio di legalità¹⁴¹ e delle riserve di legge relative¹⁴².

In secondo luogo, l'esclusione della natura normativa a tali ordinanze consentirebbe di elidere la constatazione per cui potrebbe esserci una antinomia diretta con le leggi derogate¹⁴³, nonché la mancanza di forza di legge¹⁴⁴.

Altro argomento richiamato è anche il fatto che la necessità rappresenterebbe quale fonte del diritto capace di legittimare gli interventi che sono necessari in presenza di lacune ordinamentali¹⁴⁵.

¹⁴¹ Cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., p. 95. A parere dell'Autore, infatti, 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». In senso conforme, CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pp. 8 e ss.; CRISAFULLI V., *Il ritorno dell'art. 2 dell'articolo 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., p. 892; SEVERI F.S., *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, Milano, 1996, p. 29, a parere del 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».

¹⁴² A tal proposito, SEVERI F.S., *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, cit., p. 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».

¹⁴³ Cfr. MIGLIARESE F., *Ordinanze di necessità*, cit., p. 2; RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., p. 93. In particolare, quest'ultimo Autore, a sostegno dell'esclusione della natura normativa delle ordinanze richiama il principio 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».

¹⁴⁴ In particolare, sul punto, cfr., tra gli altri, PALADIN L., *Commento all'art. 77 Cost.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, Bologna, 1991, pp. 69-70. L'Autore, per escludere che alle ordinanze di necessità ed urgenza possa riconoscersi forza di legge, riporta la constatazione per cui tale efficacia possa essere riconosciuta solamente agli atti deliberati dal Consiglio dei Ministri e non, invece, agli atti che siano stati adottati da autorità amministrative diverse dal Governo. In senso conforme, altresì, cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., p. 94, il quale, in posizione critica ritiene che se si riconoscesse la forza di legge alle ordinanze si perverrebbe alla loro automatica incostituzionalità. Nel sostenere ciò, in particolare, riporta quattro ordini di considerazioni. Anzitutto, il nostro ordinamento non riconosce la forza di legge ad atti che non hanno natura normativa; in secondo luogo, l'attribuzione di tale forza «ha significato in quanto serve ad individuare gli atti soggetti al solo giudizio della Corte costituzionale». Ancora, la forza innovativa nell'ordine legislativo può essere riconosciuta anche agli atti legali in deroga a norme dispositive; infine, le ordinanze si connotano essenzialmente per avere una limitata e temporanea capacità innovativa, al contrario degli atti aventi forza di legge, i quali si caratterizzano per avere una generale capacità di innovare stabilmente nell'ordine legislativo.

¹⁴⁵ Cfr. CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., pp. 70 ss.

Orbene, occorre considerare che negli ultimi decenni sono state previste numerose nuove ipotesi di ordinanze di necessità e urgenza in diverse leggi di settore¹⁴⁶. Tra di queste è stata particolarmente importante la legge n. 225/1992, che nell'art. 5 ha previsto alcune disposizioni generali sulle ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri in caso di dichiarazione di emergenza, tra cui la clausola per cui «le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate»¹⁴⁷. Quanto contenuto in questa legge è stato, successivamente, ripreso dal decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018, recante le disposizioni del nuovo Codice della protezione civile.

In particolar modo a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 5 *bis* della legge del 9 novembre 2001, n. 401, di conversione del decreto legge del 7 settembre 2001, n. 343, si era consentito il ricorso all'esercizio dei poteri di ordinanza anche per i c.d. "grandi eventi" che fossero «diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato d'emergenza». Invero, per almeno un decennio era invalsa la prassi di ricorrere all'uso delle ordinanze persino per fare fronte a eventi che sovente non erano neppure connesse a fattispecie di carattere emergenziale, i quali avrebbero, invece, giustificato il ricorso a poteri amministrativi ordinari¹⁴⁸.

Di fatto, era invalsa sempre più la prassi di ricorrere alle ordinanze di protezione civile in qualsiasi occasione, tanto che la dottrina era persino arrivata ad affermare che si fosse instaurato «un vero e proprio sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario, che si estende alle categorie più diverse di fatti di amministrazione»¹⁴⁹.

Invero, a seguito del dilagare di tale fenomeno, la dottrina è arrivata a registrare nuove posizioni sull'argomento¹⁵⁰, prestando particolare attenzione alla

¹⁴⁶ Tra cui, in particolare, merita menzione, la normativa in materia di ambiente, ove sono state previste diverse fattispecie in cui è possibile agire mediante l'adozione di ordinanze. Cfr., a tal proposito, RENNA M., *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, pp. 61 ss.

¹⁴⁷ Cfr. SEVERI F., *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, Milano, 1996, passim.

¹⁴⁸ Cfr. GNES M., *I limiti del potere d'urgenza*, cit., pp. 641 ss.

¹⁴⁹ Cfr. CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, p. 377. In senso conforme, cfr., altresì, BROCCA M., *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012, pp. 33 ss.

¹⁵⁰ Cfr. PINELLI C., *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto Pubblico*, 2009, pp. 317 e ss., il quale si è impegnato ad individuare un *discrimen* tra l'uso del decreto legge e l'uso delle ordinanze di necessità ed urgenza.

questione relativa alla legittimità costituzionale della norma attributiva del potere – c.d. “tesi radicale”¹⁵¹ –, nonché al problema della legittimità dell’esercizio del relativo potere e, quindi, dell’adozione delle singole ordinanze – c.d. “tesi mediana”¹⁵² –.

Va considerato che il potere di ordinanza, dal cui esercizio derivano atti emanati da autorità amministrative, tali da derogare e/o sospendere la legge, risulta non in armonia con il dettato costituzionale

Il punto è che, sebbene tutte le diverse opinioni dottrinali sin qui analizzate siano meritevoli di attenzione e sebbene nella prassi l’istituto delle ordinanze stia vivendo una fase dotata di particolare vis espansiva, l’analisi delle norme primarie attributive del potere rischiano di essere in antinomia con le norme della Costituzione in tema di decretazione d’urgenza, di forza di legge e di forma di governo. La citata “tesi radicale” conclude con il ritenere che la competenza amministrativa «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. Essa individua due punti di contrasto fra il potere “libero” di ordinanza e la fonte super-primaria: la disciplina della decretazione d’urgenza e la forza e il valore di legge»¹⁵³.

Orbene, la prima questione investe l’art. 77 Cost., dalla cui analisi esegetica pare potersi rinvenire una riserva di decreto legge in caso di straordinaria necessità ed urgenza; dalla norma, a ben vedere, si potrebbe rilevare la regola secondo cui

¹⁵¹ Cfr. MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, pp. 82 e ss., il quale 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 para-legislativa»; di talché «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». In senso conforme, PEDRINI F., *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. Barbera e T.F. Gipponi, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pp. 193 e ss.

¹⁵² Cfr. CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, cit., pp. 377 e ss.; GANDINI F., MONTAGNI A., *La protezione civile*, Milano, 2007, pp. 56 e ss.; CARDONE A., *Le ordinanze di necessità e urgenza del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti 2006*, a cura di P. Caretti, Torino, 2007, pp. 236 e ss.; RAZZANO G., *Le ordinanze di necessità e urgenza nell’attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli, 2008, passim.; STAIANO S., *Brevi note su un ossimoro: l’emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, pp. 659 e ss.

¹⁵³ Cfr. MARAZZITA G., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, pp. 15 ss.

«in casi straordinari di necessità ed urgenza solo il Governo può adottare provvedimenti provvisori con forza di legge», con la conseguenza che tale norma «non esclude solo che ad altre autorità possa spettare di provvedere in genere, in caso di necessità, secondo necessità ed urgenza, ma anche che autorità diverse dal Governo possano provvedere, secondo necessità e senza altro limite che la necessità, a qualsiasi singolo o individuato bisogno pubblico»¹⁵⁴.

Invero, va tenuto in considerazione che tra i “limiti soggettivi” del decreto legge vi è, senz’altro, la circostanza per cui la legittimazione di cui al secondo comma dell’art. 77 Cost. riguarda solamente il Governo, con la conseguenza che si potrebbe sostenere che «l’attuale incostituzionalità o, addirittura, l’avvenuta abrogazione delle disposizioni di legge attributive del potere derogatorio di ordinanza ai sindaci, ai prefetti e ad ogni altro organo diverso dal Governo»¹⁵⁵.

Peraltro, il riferimento della norma *de qua* al Governo «vale anche ad escludere che possano in alcun modo equipararsi ai decreti legge – né per la natura, né per il regime, né per l’efficacia – le “ordinanze di necessità” e altri provvedimenti “contingibili e urgenti” che siano adottati da autorità diverse dal governo sulla base di poteri loro conferiti dalla legislazione ordinaria»¹⁵⁶.

Per ciò che concerne, invece, i c.d. “limiti oggettivi”, «la potestà governativa in questione, non solo risulta condizionata alla presenza dei presupposti giustificativi dell’urgente necessità, ma deve anche esercitarsi nella forma e con l’efficacia tipica dei decreti legge; il Governo non può adottare provvedimenti normativi necessitati privi della forza di legge, che sarebbero sottratti al regime proprio di tali atti ed in particolare al controllo (politico) del Parlamento»¹⁵⁷.

Occorre considerare che la Costituzione ha disciplinato l’ipotesi in cui si riveli necessario intervenire al livello normativo primario, ma non sia possibile

¹⁵⁴ In particolare, sul punto, merita menzione la posizione di ESPOSITO C., *Decreto legge*, cit., pp. 866 e 867.

¹⁵⁵ Cfr. PALADIN L., voce *Decreto Legge*, in *Novissimo Digesto*, V, Torino, 1950, p. 288.

¹⁵⁶ Cfr. CIAURRO G.F., voce *Decreto legge*, in *Enciclopedia Giuridica*, X, Roma, 1988, p. 6. Sul punto cfr., altresì, RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., pp. 94 e ss.

¹⁵⁷ In tal senso, FRESA S., *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto legge*, in AA.VV., *Decreto legge e i suoi aspetti problematici*, Roma, 1980, p. 75, il quale afferma che «il Governo non può adottare provvedimenti normativi necessitati privi della forza di legge, che sarebbero sottratti al regime proprio di tali atti ed in particolare al controllo (politico) del Parlamento».

ricorrere alla legislazione ordinaria. In tali ipotesi è possibile ricorrere solamente al decreto legge. Invero, la *ratio* sottostante l'art. 77 Cost. è quella per cui si vuole escludere che in situazioni emergenziali possa mettersi in discussione il sistema delle fonti, nonché la forma di governo, consentendo l'adozione in simili evenienze di atti necessitati, diversi dal tipico provvedimento d'urgenza, che si arroghino forza di legge. Invece, ricorrendo alla decretazione d'urgenza, non si pone alcun problema sul rispetto della forma parlamentare, posto che il rapporto di fiducia tra Esecutivo e Parlamento viene salvaguardato¹⁵⁸.

A ben vedere, infatti, tra il decreto legge e le ordinanze in questione sono rilevabili notevoli differenze che fanno sì che il potere di ordinanza sia «chiaramente distinguibile da quello costituzionalmente prescritto», ossia dal potere di decretazione. La prima è, senz'altro, quella per cui il decreto legge è un atto con forza di legge, mentre l'ordinanza è un atto formalmente amministrativo¹⁵⁹. Inoltre, diverge la competenza, poiché, mentre la decretazione d'urgenza è riservata al Governo nella sua collegialità, il potere di ordinanza è solitamente esercitato da organi amministrativi ad esso subordinati (il Prefetto, il Sindaco quale ufficiale di governo, il Commissario di governo o singoli Ministri)¹⁶⁰.

Accanto a questa, tuttavia, si pone un'altra differenza di notevole rilievo, ossia il fatto che, mentre nel caso del decreto legge, la competenza legislativa del Parlamento è compensata dalla previsione per cui l'atto decade qualora non sia convalidato dalle due Camere; peraltro, al Parlamento è anche riconosciuta la facoltà di elidere l'efficacia del decreto fin dal giorno della sua emanazione, qualora esso non risulti conforme al dettato dispositivo costituzionale.

Il Parlamento, dunque, nella portata dell'art. 77 Cost. assume un ruolo centrale, in quanto, senza la sua partecipazione, l'attività del Governo non avrebbe

¹⁵⁸ Cfr. MARAZZITA G., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., pp. 15 ss.

¹⁵⁹ Cfr. SEVERI F.S., *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, cit., p. 55, il quale, in particolare, individua la differenza nel fatto che «l'ordinanza, quale strumento di attuazione di interventi di protezione civile, ha un'efficacia limitata. Essa non si propone di introdurre innovazioni stabili nella disciplina dei rapporti, ma ha come effetto quello di rendere possibile l'esplicazione di un'attività che non era preventivamente prevista». Di talché, l'Autore ritiene che «l'intervento dell'atto con forza di legge risulterebbe in questo contesto ultroneo, essendo escluso un cambiamento stabile dell'ordinamento».

¹⁶⁰ L'unica eccezione è data dalla legge n. 225 del 1992, la quale prevede un intervento del Consiglio dei Ministri in occasione del ricorso al poter di ordinanza, seppure al limitato fine di porre il presupposto per il suo esercizio, «deliberando» lo stato d'emergenza.

alcun rilievo normativo, con la conseguenza che le materie coperte da decreti non convertiti dovranno necessariamente essere, poi, disciplinate dalla legge¹⁶¹.

Ancora, deve considerarsi anche la possibilità che la Corte Costituzionale possa svolgere un controllo di legittimità del decreto-legge, finanche dopo la sua conversione¹⁶². Quando, invece, si tratta di ordinanze necessitate, il Parlamento, non solamente non può entrare nel merito della decisione sulle norme da sospendere e/o derogare, ma non possiede neppure alcun potere di controllo preventivo o successivo all'adozione del relativo atto; allo stesso modo, alcun potere di sindacato compete al Presidente della Repubblica – al quale non è riconosciuto il potere di emanare atti straordinari – o alla Corte Costituzionale.

Va da sé che in un simile quadro, l'organo che senz'altro rimane menomato è il Governo, il quale risulta del tutto escluso dal relativo procedimento che andrà comunque ad incidere sulla normazione primaria. D'altro canto, non può sottacersi la circostanza per cui, anche in caso di guerra – una delle più gravi situazioni emergenziali che possano verificarsi –, la Costituzione, all'art. 78, riconosce al Parlamento un ruolo di rilievo nella dichiarazione dello stato eccezionale ed ha, al contempo, anche previsto che l'eventuale ampliamento dei poteri governativi «necessari» sia rimesso alla sola decisione delle Camere. In altre parole, tanto l'art. 77, quanto l'art. 78, sebbene siano incentrati su situazioni emergenziali di differente portata, riconoscono entrambi la centralità del Parlamento. «Creando una soluzione di continuità rispetto all'ordinamento statutario si è voluto fare della forma di governo un principio organizzativo inderogabile in ogni situazione e quindi anche in tema di emergenza»¹⁶³.

¹⁶¹ Cfr. sul punto AINIS M., *Gli effetti irreversibili del decreto legge*, in *Le parole e il tempo della legge*, Torino, 1996, pp. 181-220, il quale, in particolare, mette in evidenza come il decreto-legge non convertito possa produrre effetti irreversibili che non vengono meno con la semplice decadenza dell'atto.

¹⁶² A tal proposito, nella sentenza n. 29 del 27 gennaio 1995, in *Foro Amministrativo*, 1997, p. 2629 si riconosce alla Corte Costituzionale il potere di sindacare la legge di conversione «sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla preesistenza dei presupposti di necessità ed urgenza». Tuttavia, con la sentenza n. 360 del 24 ottobre 1996, in *Corriere Giuridico*, 1996, fasc. 12, p. 1355, pur dichiarando l'incostituzionalità della reiterazione dei decreti, la Corte è tornata indietro, ritenendo che vizi in procedendo del provvedimento provvisorio sarebbero sanati dall'avvenuta conversione.

¹⁶³ Cfr. MARAZZITA G., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., pp. 15 ss.

Un altro motivo di contrasto tra le norme attributive del potere “libero” di ordinanza e la legge primaria può riscontrarsi nella lesione della “forza” della legge, in particolare del lato passivo, che si sostanzia nella sua capacità di resistere, e del “valore” di legge, inteso come connotazione tipica della legge e dell’atto ad essa equiparato. Solo la Corte Costituzionale ha un potere sospensivo cautelare, che consiste nella possibilità di elidere o ridurre l’efficacia della legge, anche qualora ciò avvenga solamente in via provvisoria.

Rispetto all’ordinamento statutario, in cui alla Pubblica Amministrazione era consentito di emanare qualunque atto che non fosse esplicitamente vietato dalla legge, nel sistema costituzionale repubblicano, invece, i poteri dell’amministrazione sono strettamente vincolati dalla legge. Inoltre, il principio di rigidità costituzionale fa sì che sia rispettata la supremazia della fonte primaria. Di conseguenza, a differenza di quanto accadeva in passato, in cui le ordinanze “libere”, in quanto atti non disciplinati dalla legge nei presupposti e nel contenuto, non soggiacevano ad alcun dubbio di ammissibilità purché fossero legislativamente autorizzate, oggi, invece, il dettato costituzionale esige che vi sia un’attenta analisi della legittimità costituzionale delle norme attributive.

La necessità, infatti, non può ergersi a fonte del diritto¹⁶⁴. Sebbene vi siano situazioni emergenziali non prevedibili e, quindi, non disciplinate previamente dalla legge, di per sé non legittima l’adozione di regole che non rispettino le norme sulla produzione. Invero, di fronte ad una lacuna normativa atta a fronteggiare la fattispecie di necessità, è possibile ricorrere a rimedi che siano previsti dal diritto positivo o che, comunque, non si pongono con esso in contrasto. Il fatto che le ordinanze di necessità vengano in rilievo per ottemperare a situazioni di emergenza non è sufficiente per giustificare la loro ammissibilità.

Può, dunque, ritenersi, che il problema della loro ammissibilità non sorge fino a che le ordinanze si attestino nell’ambito delle fonti secondarie, nel pieno rispetto del principio di legalità; la questione rileva, invece, laddove si verifichi una antinomia tra la legge e l’ordinanza, la quale, stando alla finalità per la quale si

¹⁶⁴ Cfr. ROMANO S., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti minori*, Milano, 1950, passim.; ROMANO S., *L’ordinamento giuridico*, Pisa, 1918; ROMANO S., *Sui decreti-legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, Milano, 1909; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 715.

ricorre all'adozione della stessa, dovrebbe concludersi ritenendo che sia l'atto amministrativo a dover prevalere nella circostanza concreta.

A nulla rileva il restante requisito della forza di legge – non riconoscibile alle ordinanze –, posto che, come rilevato in dottrina, lo stesso concetto di forza di legge, in realtà, non è altro che un mero «pseudoconcetto», posto che «non serve a graduare la diversa efficacia degli atti riconducibili a differenti tipi e che il problema della prevalenza di un atto, rispetto ad un altro, riconducibile ad un diverso tipo va posto nei termini della sindacabilità dell'uno rispetto all'altro»¹⁶⁵.

D'altro canto, la forza di legge è l'attitudine di un atto ad innovare nell'ordine legislativo non costituzionale preesistente (efficacia o forza attiva) e la capacità di resistere alla «eliminazione, modificazione, sospensione, derogazione, dispensazione ad opera di atti non dotati della medesima forza» (forza passiva)¹⁶⁶. Di talché ammettere un'ordinanza sulla base della verifica che abbia forza di legge, «significa elevare ad elemento decisivo di giudizio ciò che in realtà è la conclusione dell'analisi stessa o comunque un suo postulato»¹⁶⁷. Va da sé, infatti, che se si riconoscesse la forza di legge alle ordinanze, si finirebbe con il sancire la loro incostituzionalità posto il principio di tassatività delle fonti primarie: «specularmente, una volta affermata la loro incostituzionalità potremmo argomentarla sulla base della loro sostanziale forza di legge. Inammissibilità e forza di legge, in questa dinamica giuridica, sono termini logicamente inscindibili: trarre l'uno dall'altro è fuorviante ed inutile»¹⁶⁸.

D'altro canto, la dottrina, argomentando proprio sulla mancanza di forza di legge delle ordinanze, al fine di tutelare il principio di legalità, ha cercato di ricavare dalle norme attributive del potere di ordinanza «limiti sostanziali» come «principi generali dell'ordinamento giuridico, precetti costituzionali, obbligo di motivazione in riferimento alle norme legislative oggetto di deroga, limitazione spaziale e temporale»¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Cfr. MODUGNO F., *Legge in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Milano, 1973, p. 891

¹⁶⁶ Cfr. MODUGNO F., *Legge in generale*, cit., p. 890; CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 326 e ss.

¹⁶⁷ Cfr. MARAZZITA G., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., pp. 15 ss.

¹⁶⁸ Cfr. MARAZZITA G., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., p. 21.

¹⁶⁹ Sul punto, in particolare, si veda SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, pp. 242-243, ove segnala che «la qualificazione in termini amministrativi delle ordinanze in

Tuttavia, ciò non è sufficiente per collocare definitivamente le ordinanze tra le fonti subordinate. Le norme costituzionali ed il principio di ragionevolezza – nel cui ambito è possibile ricomprendere tanto i limiti di tempo, quanto i limiti di spazio, ossia il rapporto strumentale intercorrente tra l'emergenza e la risposta giuridica – si rivelano vincolanti anche rispetto alle fonti primarie e, quindi, rispetto anche al decreto legge. L'obbligo di motivazione sulle leggi derogate dall'atto amministrativo consente un sindacato che non assume come parametro la legge ma, pur sempre, la ragionevolezza della misura emergenziale che ad essa deroga. Infine, per ciò che attiene al limite dei principi generali dell'ordinamento, questo potrebbe ritenersi certamente l'unico parametro di livello primario, ma, di fatto, ha una portata troppo generale, con la conseguenza che nella pratica non può rappresentare un vincolo stringente a carico dell'autorità amministrativa, in relazione a quanto sancito dal principio di legalità.

D'altro canto, la prassi ormai sembra propensa a preferire l'adozione di ordinanze anziché di decreti legge, tanto che oramai il potere di ordinanza ha preso il posto degli «atti provvisori con forza di legge» nel fronteggiare i «casi straordinari».

Al di là di queste considerazioni, tuttavia, la questione centrale è pur sempre quella di valutare la compatibilità di tale potere con le norme che regolano la produzione degli atti normativi primari, al fine di valutare se, effettivamente, il suo esercizio possa comportare una menomazione della forza di legge oltre i limiti consentiti dalla Carta Costituzionale. Si tratta di capire, in particolare, quale sia nella sostanza l'efficacia degli atti necessitati per poterli poi inserire nel sistema delle fonti.

La risoluzione del quesito richiede di focalizzare l'attenzione sulla disciplina derogata, al fine di stabilire se la limitazione di forza che la legge subisce a seguito dell'adozione delle ordinanze sia compatibile con il sistema costituzionale e, soprattutto, se possa considerarsi possibile per un atto amministrativo limitare, seppur temporaneamente, l'efficacia della legge.

argomento ha consentito di portare l'attenzione del sindacato del giudice amministrativo, non solo sugli elementi di fatto (gli "eventi") su cui si fonda al potere di ordinanza, ma soprattutto sul rapporto tra questi elementi e la deroga alle norme legislative, insieme con la congruità della relativa motivazione».

Orbene, la prima considerazione da cui partire è che quando viene adottata una ordinanza di necessità, essa va ad incidere sulla sfera di efficacia dell'atto sospeso e/o derogato: nel dettaglio, l'effetto delle ordinanze è quello di combinare gli effetti della deroga con quelli della sospensione, in quanto essa introduce una disciplina che ha carattere transitorio, in quanto destinata a decadere a prescindere dall'esplicitazione del limite temporale di vigenza. In altre parole, l'ordinanza impedisce – per un determinato periodo – che ad una determinata legge che la sua portata possa considerarsi rivolta a tutti o solo ad alcuni dei suoi destinatari, nonché che essa possa trovare applicazione in sede giurisdizionale e che la pubblica amministrazione possa applicarla ed, infine, che su di essa possano porsi questioni di costituzionalità, difettando il requisito della rilevanza.

Da quanto detto, dunque, è chiaro che l'ordinanza va ad incidere sull'efficacia della legge, sebbene tutto ciò abbia durata temporale limitata, poiché al venire meno della situazione che ne aveva determinato l'adozione, la legge riacquisterà la sua forza tornando a disciplinare tutte le fattispecie, sebbene rimarrebbero in piedi gli effetti permanenti della stessa¹⁷⁰.

Tuttavia, il sistema di garanzie che connotano la legge non consente che un'ordinanza, fondata su una «mera clausola autorizzativa» che non è in grado di incidere sul contenuto del potere che verrà esercitato dall'autorità amministrativa, limiti in alcun modo l'efficacia della normazione primaria.

Ciò che veramente rileva, in quanto alla presunta illegittimità della competenza de qua, non è la sua capacità di innovare l'ordinamento giuridico, quanto la sua attitudine a superare la forza di legge, in quanto il *vulnus* che subiscono gli atti primari a seguito dell'esercizio di tale potere si pone al di fuori di qualunque previsione costituzionale. Occorre, tuttavia, fare una precisazione: il sospetto di incostituzionale concerne le norme attributive di questo potere “libero” di ordinanza, le quali attribuiscono una competenza avente carattere generale – in quanto le fattispecie sono descritte in maniera piuttosto generica –, a contenuto libero – posto che le misure emergenziali sfuggono al principio di tipicità –, suscettibile di prevalere – quanto alla sospensione o alla deroga provvisoria – su

¹⁷⁰ Cfr. MARAZZITA G., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., p. 23.

tutta la normativa in vigore, anche primaria, con l'unico limite dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Queste riflessioni sull'evoluzione che ha avuto nel corso del tempo il potere di ordinanza riflettono, in termini molto più generali, l'evoluzione che il nostro sistema parlamentare sta subendo, spostandosi da un modello classico verso altre forme ibride che si basano sull'attribuzione all'esecutivo di un ruolo significativo nella determinazione dell'indirizzo politico. Il Governo, in altre parole, sta cercando di virare verso l'appropriazione della forza della legge a discapito, naturalmente, del Parlamento. Basti pensare a quanto il complesso reticolato delle competenze normative individuato dalla Carta Costituzionale stia subendo degli attacchi, rappresentati dall'abuso della decretazione d'urgenza, della delega legislativa, dei regolamenti di delegificazione e, ultimo in ordine di tempo, il ricorso sempre più frequente al potere di ordinanza. E, proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto, la dialettica fra autorità e regole si svolge tutta sui presupposti legittimanti – ossia il verificarsi di un evento eccezionale, come le calamità naturali, altri eventi e grandi eventi –, sulla natura della competenza – straordinaria o ordinaria –, sulla sua capacità di derogare le fonti primarie nel rispetto del principio di legalità, ma anche sulle concrete modalità di esercizio, sotto il punto di vista sia quantitativo, che qualitativo.

5. Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza.

Alla luce delle riflessioni svolte finora, dunque, occorre individuare il fondamento costituzionale delle ordinanze contingibili ed urgenti. Il primo passo da compiere consiste nell'inquadrare questo istituto nel contesto ordinamentale italiano, comunemente definito "costituzionale pluralista"¹⁷¹. Tale espressione, infatti, delinea una forma di Stato in cui – per effetto del c.d. "pluralismo fattuale" –, la Costituzione non si pone solamente al vertice nella gerarchia delle fonti, ma,

¹⁷¹ Cfr. CARDONE A., *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., pp. 347 ss.

al contempo, rappresenta anche il complesso di regole che, a discapito delle altre fonti di rango inferiori confliggenti, può direttamente regolare le fattispecie concrete, tanto nei rapporti tra individuo ed apparato pubblico, quanto nei rapporti stessi tra individui¹⁷².

Orbene, se si arriva, dunque, a ritenere che la Costituzione sia fonte direttamente applicabile, si dovrà, parimenti, arrivare a concepire le norme che hanno maggiore portata prescrittiva – ossia quelle che riguardano i diritti e le libertà fondamentali dell’individuo – come, anch’esse immediatamente applicabili, senza alcuna necessità di intermediazione legislativa. Di talché, essendo tali norme alla base della corretta convivenza civile e politica, dovranno necessariamente considerarsi come applicabili persino nelle condizioni di emergenza, ossia anche nella vigenza di uno Stato d’eccezione¹⁷³.

Partendo, dunque, dalla prospettiva dello Stato costituzionalista pluralista, ci si trova davanti ad una alternativa: o si accetta che la Costituzione, in una fattispecie emergenziale, ceda il passo ad una regolamentazione che non rispetta i procedimenti da essa imposti – ossia, che non rispetti quanto sancito dall’art. 1 Cost., in virtù del quale la sovranità appartiene al popolo –, ma che si fondi su altri parametri – come, appunto, la necessità, il diritto naturale e via dicendo –; oppure si deve ritenere che il testo costituzionale sia redatto in maniera tale da fronteggiare anche le situazioni di emergenza, garantendo, persino nello Stato di eccezione l’effettività dei suoi diritti e delle sue libertà.

Osservando, dunque, il potere di ordinanza alla stregua di questo punto di vista, ci si rende immediatamente conto di come, in realtà, a ben vedere, le ordinanze di necessità ed urgenza sono un mero strumento mediante il quale l’ordinamento, in condizioni di eccezionale emergenza, attua i suoi stessi fini, ossia i fini che sono positivizzati dalle sue disposizioni. In altre parole, quindi, il potere

¹⁷² Cfr. BARILE P., *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, passim. Importanti sono gli studi della dottrina tedesca in proposito, la quale ha coniato il termine di “*Drittwirkung*”, proprio per sottolineare la duplice valenza che può assumere il significato di Costituzione. Sul tema, in particolare, cfr. CHESSA O., *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, passim.

¹⁷³ Cfr. CARDONE A., *Il rapporto tra ordinanze del governo e decreti-legge alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere extra ordinem: alcune tendenze costanti che vanno oltre le “nuove” dinamiche della normazione al tempo della crisi economica*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3, 2016, pp. 27 ss.

di ordinanza è uno strumento mediante il quale si possono attuare i diritti e le libertà fondamentali, non solamente in condizioni di emergenza, ma anche qualora vi sia un conflitto con gli altri diritti e le altre libertà.

Muovendosi in questa ottica, dunque, può comprendersi quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella parte in cui rileva che le ordinanze possono limitare i diritti e le libertà, in quanto ciò rappresenta il modo mediante il quale il diritto assume concretezza in uno stato di emergenza, ossia in una situazione in cui si trova a concorrere con altre posizioni soggettive parimenti garantite e tutelate dalla Costituzione¹⁷⁴.

Si può, dunque, concludere nel senso di ritenere che le ordinanze non siano il frutto di un potere del tutto libero, posto che i relativi limiti, benché non espressi dal legislatore, possono rinvenirsi nella portata precettiva dei diritti delle libertà fondamentali, nonché nel bilanciamento che l'amministrazione di essi deve, di volta in volta, in relazione alle circostanze del caso concreto, fare seguendo il canone della ragionevolezza.

A sostegno del ragionamento qui proposto, d'altronde, si pone anche il principio della c.d. "doppia coestensività tra Amministrazione e Costituzione", in virtù del quale la cura degli interessi pubblici che spetta all'Amministrazione presuppone che vi sia una perfetta coincidenza tra l'agire pubblico ed il perseguimento dei fini costituzionale, in quanto, se, da un lato, tutta l'attività amministrativa deve esercitarsi nel pieno rispetto della Costituzione, dall'altro, tutte le disposizioni costituzionali presuppongono un'attuazione amministrativa¹⁷⁵.

Interpretando, dunque, la Costituzione come espressiva di una forma di Stato pluralista e ritenendola applicabile al caso concreto – in quanto manifesta la propria portata precettiva mediante le regole applicabili a seguito di un apposito bilanciamento ispirato al criterio della ragionevolezza –, allora si può concludere che il potere di ordinanza trovi il fondamento diretto proprio nella Costituzione.

Di talché, pienamente rispettato sarà anche il principio di legalità, il quale, in ambito amministrativo rileva in una duplice veste, ossia dal punto di vista della

¹⁷⁴ Cfr., in particolare, le sentenze n. 4 del 1977, n. 100 e n. 201 del 1987, cit.

¹⁷⁵ Per fare un esempio di quanto detto, si può pensare al diritto di proprietà: per poter costruire è necessario avere l'apposita autorizzazione; oppure, ancora, si può pensare ai diritti sociali, i quali non sono esercitabili se non vi sia un previo intervento pubblico.

sua “valenza garantista” e della sua “valenza democratica”. In particolare, la valenza garantista esige che l’atto amministrativo sia conforme alla previa legge, poiché è proprio la legge ad individuare il suo schema legale tipico, con la conseguenza che laddove il cittadino si ritenesse leso in suo diritto o interesse legittimo da un atto amministrativo non conforme a tale schema legale, potrebbe agire in giudizio per ottenere adeguata tutela. Laddove, invece, la legge non individuasse uno schema legale tipico dell’atto amministrativo da emanare, allora per tutelare quel cittadino, il quale si troverebbe di fronte al fatto di non avere alcuna forma di garanzia contro di esso, posto che non può assumere alcun riferimento normativo con cui chiedere al giudice la conformità o meno, viene in rilievo la valenza garantista del principio di legalità: il cittadino potrà comunque ottenere tutela dal sindacato che il giudice darà sul rispetto da parte dell’atto dei principi che sono posti alla base della sua emanazione. In altre parole, il relativo giudizio di conformità, in questa ipotesi «si trasferisce di piano, al livello della legge fondamentale, la quale contiene le regole ed i limiti di quel potere»¹⁷⁶.

Il potere amministrativo, dunque, non potrà considerarsi illimitato non essendoci una legge che specificamente ne disciplini il contenuto, ma dovrà derivare i suoi limiti dal fatto che le libertà costituzionali – ossia quelle che necessitano comunque di attuazione anche in un contesto emergenziale – devono bilanciare la loro vigenza nel rispetto del principio di ragionevolezza, il cui rispetto potrà essere oggetto di vaglio da parte del giudice nel momento in cui il cittadino si ritenga leso.

Per quanto, invece, concerne la c.d. “valenza democratica” del principio di legalità, l’agire amministrativo può considerarsi democratico – ossia fondato sulla sovranità popolare – solamente quando il suo esercizio derivi dalla legge, che lo autorizzi espressamente, in quanto solo così potrà essere collegato al principio di sovranità popolare, mediante il meccanismo della rappresentanza. Viceversa, se il relativo potere venisse esercitato senza una legge parlamentare che lo autorizzi, allora dovrà considerarsi autoritario e, quindi, non conforme al principio democratico.

¹⁷⁶ CARDONE A., *Il rapporto tra ordinanze del governo e decreti-legge alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere extra ordinem: alcune tendenze costanti che vanno oltre le “nuove” dinamiche della normazione al tempo della crisi economica*, cit., p. 30.

Ora, per ricollegare questa accezione del principio di legalità, al fine di valutare se sia o meno rispettata nel caso di esercizio del potere di ordinanza, occorre considerare come, nel corso della storia del pensiero costituzionalista, talvolta le forme di legittimazione democratica dell'*agere* pubblico si sono basate su un circuito diverso da quello della rappresentanza. La c.d. “crisi della rappresentanza” che sempre più oggi è manifestata dalla dottrina – generata dal fatto che la legge parlamentare non può più ritenersi in grado di attribuire la legittimazione democratica, in quanto essa si trova incapace oramai di esprimere il rapporto tra governanti e governati, nonché di sintetizzare le istanze sociali –¹⁷⁷, d’altro canto, comporta la necessità che l’adozione di un atto amministrativo debba considerarsi sindacabile sotto il profilo – non tanto della legge parlamentare, quindi, ma – della relativa responsabilità politica di chi l’ha adottato ed è sottoponibile al controllo che il corpo elettorale esercita in occasione delle periodiche revisioni del consenso che si realizzano attraverso le elezioni.

La realtà del nostro Paese, d’altronde, rende sempre più evidente come l’esercizio del potere amministrativo sia costantemente sottoposto all’analisi critica in campo giornalistico, ma anche politico e, più in generale, in ambito culturale, in quanto esiste ormai un controllo diffuso da parte dell’opinione pubblica, il quale «contribuisce a trasferire una legittimazione democratica che si affianca a quella

¹⁷⁷ Cfr., in particolare CHELI E., *La «centralità» parlamentare: sviluppo e decadenza di un modello*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, pp. 343 e ss., spec. 348 e ss.; CRISAFULLI V., *Stato popolo governo*, Milano, 1985, pp. 219 e ss., specialm. p. 326. Per NOCILLA D., CIAURRO L., voce «*Rappresentanza politica*», in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 543 e ss., soprattutto p. 594, il fenomeno della «crisi della rappresentanza politica» si manifesta in molteplici forme che vanno oltre il crescente utilizzo degli strumenti di democrazia diretta. *In primis*, vi è il progresso scientifico capace di trasformare le «opzioni ideologiche» del legislatore «in scelte tecniche». Seguono i meccanismi automatici di traduzione in legge di accordi presi altrove, quali il recepimento dei contratti collettivi; il ricorso costante alle indagini conoscitive e alle udienze legislative o informali che consentono l’irrompere nelle Assemblee legislative di determinati interessi organizzati; la consultazione permanente ed istituzionalizzata di determinati gruppi sociali da parte del Governo; l’appoggio esterno dato più o meno palesemente ai parlamentari che si fanno, così, portatori di interessi particolari; l’influenza, esercitata soprattutto attraverso la stampa, da potentati economici; l’incapacità delle istituzioni di ricevere autonomamente dati attendibili ed il conseguente utilizzo di quelli forniti dagli stessi interessati, ecc. Sull’argomento, cfr., altresì, GUARINO G., *Riflessioni sui regimi democratici*, in *Politica del Diritto*, 1991, 3 e ss.; BILANCIA F., *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000.

sempre più precaria della rappresentanza partitica, facendo avvertire ai governanti il “peso” della loro responsabilità»¹⁷⁸.

6. Le ordinanze contingibili ed urgenti: disciplina.

Dopo aver esaminato, dunque, il fondamento delle ordinanze contingibili ed urgenti, si può ora passare a vedere in che modo concretamente la disciplina – per lo più di derivazione giurisprudenziale – che si applica in relazione all’esercizio del potere di ordinanza.

Le ordinanze contingibili ed urgenti sono, sostanzialmente, espressione del potere autoritativo della Pubblica Amministrazione. Mediante il loro utilizzo, infatti, si può apportare unilateralmente una modifica alla sfera dei diritti e doveri soggettivi dei privati, a prescindere dal consenso dei destinatari di quel provvedimento; esse, infatti, come più volte ribadito, traggono la propria legittimità dalle finalità che la legge conferisce loro, ossia la salvaguardia dell’interesse pubblico.

Orbene, nell’ambito del nostro ordinamento, il potere ordinatorio è stato previsto in specifiche circostanze, ed è riconosciuto ad organi diversi, a seconda della materia che di volta in volta viene in rilievo¹⁷⁹. Tali provvedimenti amministrativi sono le c.d. “*ordinanze extra ordinem*”, dette anche “ordinanze di necessità”, la cui adozione si ricollega ad una situazione urgente e temporanea. Esse non vanno, tuttavia, confuse con le ordinanze intese come atto autoritario rivolto

¹⁷⁸ CARDONE A., *Il rapporto tra ordinanze del governo e decreti-legge alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere extra ordinem: alcune tendenze costanti che vanno oltre le “nuove” dinamiche della normazione al tempo della crisi economica*, cit., p. 30.

¹⁷⁹ Per fare degli esempi, abbiamo le ordinanze per la tutela della sanità pubblica previste dall’art. 32 della legge del 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, le quali possono essere emanate, a seconda dell’ambito territoriale coinvolto, dal Ministro della Sanità, dal Presidente della Giunta Regionale o anche dal Sindaco; le ordinanze in materia di protezione civile, più volte menzionate nel corso della stesura del presente elaborato, previste dall’art. 5 della legge n. 225 del 24 febbraio 1992; nonché le ordinanze che il Ministero dell’Ambiente può emanare ai sensi dell’art. 8 della legge n. 225 del 3 marzo 1987. Tuttavia, i provvedimenti di necessità ed urgenza più diffusi e maggiormente adottati sono, senz’altro, le ordinanze emesse dal Sindaco in materia di igiene e sicurezza, secondo quanto disposto dagli articoli 50 e 54 del decreto legge n. 267 dell’8 giugno 1990.

dall'ente pubblico al privato, a fronte di rilevate carenze, ritardi, inadempimenti, rispetto ad obblighi di legge. D'altro canto, la differente natura e finalità di questi due provvedimenti ordinatori è stata anche confermata dalla giurisprudenza¹⁸⁰.

Le ordinanze contingibili ed urgenti, posto che è concesso loro di svincolarsi dalla definizione normativa sia per il contenuto che per gli ambiti in cui possono essere emanate – seppur con i limiti che abbiamo visto –, si connotano per avere un carattere straordinario. Esse, infatti, rappresentano uno strumento eccezionale di intervento attribuito alla Pubblica Amministrazione a fronte di situazioni di emergenza.

Inoltre, come detto, con l'ordinanza di necessità, l'Amministrazione procedente non attua un potere abrogativo generale delle norme di legge, bensì un potere sospensivo/derogatorio specifico: secondo il brocardo “*necessitas non habet legem*”, in presenza e per il solo perdurare della situazione di urgenza, le ordinanze possono intervenire per sospendere la vigenza e l'applicazione delle norme ordinarie, specificamente individuate dalla circostanza concreta di volta in volta.

Infine, stante il principio della gerarchia delle fonti, questi provvedimenti, oltre a dover essere adottati «nel pieno rispetto dei principi generali dell'ordinamento», non dovranno, quindi, violare i precetti costituzionali, come quelli relativi a materie coperte da riserva assoluta di legge, nonché gli altri principi generali dell'ordinamento non deducibili da norme costituzionali¹⁸¹.

Inoltre, non possono derogare ad interi ed indistinti corpi normativi, né tanto meno alla Costituzione ed alle norme imperative primarie, ma possono interagire solamente con quelle dispositive e suppletive¹⁸².

Diversamente, il potere ordinatorio potrebbe essere interpretato alla stregua di una violazione del principio costituzionale di tipicità del potere amministrativo,

¹⁸⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia, sezione IV, sentenza del 7 settembre 2007, n. 5782, in *Studiolegale.leggiditalia.it*.

¹⁸¹ Cfr. Lombardi, *Il potere sindacale di emettere provvedimenti contingibili ed urgenti: presupposti e caratteristiche essenziali alla luce degli orientamenti della giurisprudenza*, nota a T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 5 novembre 2002, n. 1077, in *Foro Amministrativo*, fasc. 1, p. 107. Cfr. anche, T.A.R. Lazio, Roma, Sezione III, sentenza del 15 settembre 2006, n. 8614, in *Foro Amministrativo*, fasc. 9, p. 2926; T.A.R. Lazio, Latina, sentenza del 17 dicembre 1999, n. 1017, in *Foro Amministrativo*, 2000, p. 1909.

¹⁸² Cfr., a tal proposito, Consiglio di Stato, sentenza del 3 febbraio 1998, n. 197, in *Rivista giuridica ambientale*, 1999, p. 105.

di cui all'art. 97 Cost., che riconduce l'intera attività amministrativa all'interno della disciplina legislativa.

La disciplina delle ordinanze *extra ordinem* è stata via via puntualizzata ed arricchita dalla giurisprudenza, soprattutto quella amministrativa, dalla cui analisi è possibile trarre un vero e proprio decalogo di legittimità. Invero, i presupposti per l'adozione di questo tipo di provvedimenti sono: anzitutto, l'accertamento di una situazione di minaccia di interessi pubblici, tale da richiedere un intervento urgente, tempestivo ed indifferibile¹⁸³; in secondo luogo, l'impossibilità di fare ricorso nella situazione concreta ai mezzi ordinari di intervento previsti dall'ordinamento, in ragione della loro inadeguatezza in termini di efficacia e tempistiche¹⁸⁴; la contingibilità dell'evento di pericolo, la quale va intesa come straordinarietà, accidentalità, imprevedibilità dello stesso¹⁸⁵.

Le caratteristiche principali di tali atti, invece, sono: la motivazione congrua e l'istruttoria adeguata; la specificità delle norme derogate; la temporaneità degli effetti, nonché la proporzionalità tra il provvedimento adottato e l'evento che si sia manifestato nella realtà.

6.1. (Segue) La necessità e l'urgenza quali presupposti per l'adozione di un'ordinanza.

¹⁸³ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sezione V, sentenza del 14 ottobre 2005, n. 16477, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2005, fasc. 12, p. 1335; T.A.R. Lazio, Roma, Sezione III *quater*, sentenza del 15 settembre 2006, n. 8614, *Massima redazionale* 2006: «Le ordinanze contingibili ed urgenti, ancorché utilizzabili anche nei riguardi di diritti costituzionalmente garantiti e sempre che sussista una riserva relativa di legge, 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 (T.A.R. Liguria, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524) e che, requisito di validità delle ordinanze contingibili ed urgenti, è la fissazione di un termine di efficacia del provvedimento».

¹⁸⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 5423 del 9 ottobre 2002, in *Foro Amministrativo del Consiglio di Stato*, 2002, p. 2441: «Presupposto per l'adozione da parte del sindaco dell'ordinanza contingibile e urgente è il pericolo di un danno grave ed imminente per l'incolumità pubblica al quale, per il suo carattere di eccezionalità, non possa farsi fronte con i rimedi ordinari e che richiede interventi immediati e indilazionabili, i quali si sostanziano nell'imposizione di obblighi di fare o di non fare a carico del privato»; Corte di Cassazione penale, sentenza del 2 dicembre 2004, n. 46735, in *Cassazione penale*, 2006, fasc. 4, p. 1557.

¹⁸⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 2 aprile 2001, n. 1904, in *Foro amministrativo*, 2001, p. 860.

È necessario che l'adozione di ogni ordinanza sia preceduta da una istruttoria adeguata sui presupposti di indifferibilità ed urgenza dell'evento, cui la stessa si contrappone e sia accompagnata da una congrua motivazione, dettagliata e non generica, rispetto alla sua adozione ed alle misure di intervento indicate.

In particolare, come sottolineato dalla giurisprudenza, è necessario che la situazione di pericolo risulti da «inequivoci accertamenti tecnici»¹⁸⁶. Invero, «dinanzi ad una situazione di pericolo solo potenziale e territorialmente del tutto delimitato, l'Amministrazione, prima di adottare il provvedimento, dovrebbe compiere ogni accertamento volto a fissare, a cristallizzare la “gravità” e la “contingenza” del pericolo stesso»¹⁸⁷.

In particolare, in primo luogo, dunque, è necessario rilevare la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo o di danno grave ed imminente per l'interesse pubblico tutelato¹⁸⁸. Si tratta, cioè, dell'accertamento del presupposto che comunemente viene indicato come “necessità”, intesa come la situazione di fatto che rende indispensabile derogare agli ordinari mezzi offerti dalla legislazione, tenuto conto delle serie probabilità di pericolo nei confronti dello specifico interesse pubblico da salvaguardare¹⁸⁹. Deve trattarsi di «situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo»¹⁹⁰. In particolare, come specificato dalla giurisprudenza

¹⁸⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 2109 dell'8 maggio 2007, in *Foro Amministrativo del Consiglio di Stato*, 2007, fasc. 5, p. 1501; T.A.R. Napoli, sezione V, sentenza del 25 settembre 2006, n. 8255, in *Foro Amministrativo*, fasc. 9, p. 3027.

¹⁸⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 13 giugno 2012, n. 3490, Massima Redazionale 2012: «Le ordinanze contingibili ed urgenti del Sindaco ufficiale di Governo presuppongono una situazione di pericolo effettivo in cui si possono configurare anche situazioni non tipizzate dalla legge e ciò giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi, la possibilità di deroga rispetto alla disciplina vigente e la necessità di motivazione congrua e peculiare, la configurazione anche residuale, quasi di chiusura, delle ordinanze contingibili ed urgenti. I rimedi di carattere ordinario, al contrario, sono i provvedimenti tipizzati atti a fronteggiare le esigenze prevedibili ed ordinarie e costituiscono l'elemento “normale” rimesso dalla legge ai poteri pubblici per gestire usualmente le materie a questi rimesse».

¹⁸⁸ Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sezione III, sentenza del 10 dicembre 2014, n. 3250, in *studiolegale.leggiditalia.it*; T.A.R. Toscana, sezione I, sentenza del 25 febbraio 2016, n. 337, in *studiolegale.leggiditalia.it*; Consiglio di Stato, sezione VII, sentenza dell'11 marzo 2013, n. 1262, in *www.ilcaso.it*; Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 10 dicembre 2014, n. 6051, in *studiolegale.leggiditalia.it*; T.A.R. Campania, Salerno, sezione I, sentenza del 5 marzo 2013, n. 530, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

¹⁸⁹ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sezione III, sentenza n. 1318 del 13 settembre 2011, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

¹⁹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 3077, del 25 maggio 2012, Massima redazionale 2012: «Il potere sindacale di ordinanza di urgenza presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e congrua motivazione, ed 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

amministrativa, per “situazione di pericolo” si intende «la ragionevole probabilità che accada un evento nel caso in cui l’Amministrazione non intervenga prontamente»¹⁹¹.

Al contempo, si è pure chiarito che «il verificarsi di una situazione non nuova e neanche imprevedibile non è, in linea di massima, di ostacolo all’utilizzo del potere di ordinanza, ciò che rileva non è la circostanza estrinseca, che il pericolo sia correlato ad una situazione preesistente ovvero ad un evento nuovo ed imprevedibile, bensì la sussistenza della necessità e dell’urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi pubblici da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità che dalla stessa imputabilità all’amministrazione o a terzi della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuovere. Deve, dunque, aversi riguardo unicamente all’oggettiva ricorrenza di una situazione di pericolo non fronteggiabile adeguatamente e tempestivamente con le ordinarie misure»¹⁹².

In ogni caso, la “prevenzione del pericolo” deve essere riconducibile ad una situazione connotata da gravità¹⁹³, sulla base di prove concrete e non di mere presunzioni¹⁹⁴.

Per ciò che attiene, invece, al requisito dell’“urgenza”, essa si sostanzia nella materiale impossibilità di differire l’intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno a breve distanza di tempo¹⁹⁵. Ne consegue la necessaria natura provvisoria dell’intervento e, quindi, «la prefissione di un limite temporale di efficacia, in assenza del quale il potere, previsto per fronteggiare

configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimento». In senso conforme cfr., altresì, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 15 febbraio 2010, n. 868, in *studiolegale.leggiditalia.it*, il quale ha ribadito che «presupposto per l’adozione dell’ordinanza *extra ordinem* è il pericolo per l’incolumità pubblica dotato del carattere di eccezionalità tale da rendere indispensabile interventi immediati ed indilazionabili, consistenti nell’imposizione di obblighi di fare o di non fare a carico del privato.»

¹⁹¹ Cfr. T.A.R. Abruzzo, sezione I, sentenza del 15 marzo 2011, n. 134, Massima redazionale 2011: «L’esercizio del potere del Sindaco di emettere ordinanze contingibili ed urgenti, ex art. 54, comma 2 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, presuppone l’esistenza, oltre che la sua puntuale indicazione nel provvedimento impugnato, di una situazione di pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento nel caso in cui l’Amministrazione non intervenga prontamente».

¹⁹² Cfr. T.A.R. Sardegna, sezione I, sentenza del 19 febbraio 2010, n. 204, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

¹⁹³ Cfr. T.A.R. Campania, sezione III, sentenza del 15 febbraio 2011, n. 952, in *Corriere del Merito*, 2011, fasc. 4, p. 417.

¹⁹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 9 febbraio 2010, n. 952, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

¹⁹⁵ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sezione III, sentenza del 13 settembre 2011, n. 1318, cit..

esigenze imprevedibili e non altrimenti risolvibili, si trasformerebbe in un non consentito mezzo di regolazione stabile di una situazione o di un assetto di interessi»¹⁹⁶.

In particolare, occorre che sussista il requisito della contingibilità, intesa come attualità o imminenza di un fatto eccezionale quale causa da rimuovere con urgenza¹⁹⁷. In proposito, il Consiglio di Stato ha sottolineato come nel corso del tempo siano venuti a delinarsi due orientamenti: da un lato, infatti, il carattere contingibile è ritenuto dai più come diretto a regolare una situazione nuova ed imprevedibile, dall'altro lato, invece, non assume rilevanza la circostanza che la situazione di fatto esista già da tempo, considerato che anzi il ritardo può soltanto accentuare l'urgenza, anziché escluderla¹⁹⁸. Il Supremo Collegio ha poi optato per il secondo orientamento, sostenendo che non è opportuno distinguere tra i tipi di urgenza, a seconda che la stessa consista in una situazione preesistente oppure in un evento nuovo ed imprevedibile, dato che una simile distinzione appare indifferente ai fini della tutela dell'interesse pubblico¹⁹⁹. Anche le Sezioni unite della Corte di cassazione si sono pronunciate in senso favorevole a quanto affermato dal Consiglio di Stato, ammettendo che le ordinanze contingibili ed urgenti possono essere adottate anche al solo scopo, preventivo, di attenuare le probabilità del verificarsi di pregiudizi ulteriori, in relazione ad una situazione di pericolo preesistente, anziché per scongiurare incombenti pericoli derivanti da eventi eccezionali²⁰⁰.

¹⁹⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 18 dicembre 2009, n. 8388, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

¹⁹⁷ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione II, sentenza del 21 ottobre 2003, n. 4851, in *Foro Amministrativo*, TAR, 2003, p. 2850, ove si intende la contingibilità come «l'accadimento di eventi imprevedibili, accidentali e straordinari o, qualora prevedibili, nel loro improvviso deterioramento», mentre l'urgenza è definita come «l'indifferibilità della necessità di fronteggiare la situazione di pericolo che, per la sua eccezionalità, non può essere affrontata con ordinari rimedi amministrativi».

¹⁹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 29 aprile 1991, n. 700, in *Foro Amministrativo*, TAR, 1991, p. 1163.

¹⁹⁹ «Il fatto che non si sia ancora provveduto non vuol dire necessariamente che l'urgenza non ci sia, ma piuttosto che si doveva provvedere prima o che la situazione si è aggravata. Escludere in radice, in questi casi, l'emanabilità di ordinanze di necessità e urgenza può significare esporre l'interesse pubblico ad un'ulteriore, forse definitiva, compromissione», fermo restando ovviamente il sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere in cui potrebbe incorrere l'Amministrazione. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 29 aprile 1991, n. 700, in *Foro Italiano*, 1992, fasc. III, p. 157.

²⁰⁰ Cfr. Corte di Cassazione civile, Sezioni unite, sentenza del 17 gennaio 2002, n. 490, in *Giustizia Civile Massimario*, 2002, p. 80. Cfr. anche T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 10 gennaio 2003, n. 1, in *Nuovo Diritto*, 2004, p. 531.

La provvisorietà va intesa «nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporalmente limitata. Sicché non si ammette che l'ordinanza [...] venga emanata per fronteggiare esigenze prevedibili e permanenti ovvero per regolare stabilmente una situazione o un assetto di interessi permanenti»²⁰¹.

Nei casi in cui le ordinanze di necessità ed urgenza producono effetti non provvisori, il giudice amministrativo ha, tuttavia, ritenuto che «non sia la provvisorietà a connotarle, ma la necessaria idoneità delle misure imposte ad eliminare la situazione di pericolo che ne giustifica l'adozione, e che, in definitiva, tali misure possono essere tanto definitive quanto provvisorie, a seconda del tipo di rischio che si intende fronteggiare»²⁰².

Temporaneità e provvisorietà, infatti, costituiscono il limite interno del principio di proporzionalità, secondo il quale il contenuto delle ordinanze deve essere rigidamente calibrato in funzione dell'emergenza specifica che deve essere in concreto fronteggiata²⁰³.

Tanto premesso, dunque, la carenza o l'inadeguatezza dell'istruttoria svolta al fine di rilevare la sussistenza di una situazione di effettivo e concreto pericolo ovvero l'inidoneità della motivazione sul punto ne comporta l'illegittimità sotto un profilo amministrativo²⁰⁴ e può anche configurare una responsabilità penale²⁰⁵.

La sussistenza dei presupposti per l'emanazione del provvedimento di necessità va verificata in tempi rapidi e l'ordinanza deve essere adottata con un intervento pressoché immediato²⁰⁶, tanto più che il pericolo rilevante ai fini del potere ordinatorio deve essere inteso anche in termini di mero rischio – purché

²⁰¹ Cfr. T.A.R. Campania, sezione V, sentenza del 29 dicembre 2010, n. 28169, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

²⁰² Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sezione II, sentenza del 6 giugno 2013, n. 643, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

²⁰³ Sul punto, cfr. CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2019, p. 87.

²⁰⁴ In tal senso, cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 7 settembre 2007, n. 4718, in *Guida al Diritto*, 2007, pp. 38-105.

²⁰⁵ Cfr. Corte di Cassazione penale, sezione VI, sentenza n. 3882 del 1° febbraio 2002, in *Cassazione penale*, 2003, p. 876.

²⁰⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 1678, del 2 aprile 2003, in *Diritto e Giustizia*, 2003, pp. 23-109.

oggettivo – da prevenire/evitare e non necessariamente di vero e proprio danno da riparare/ripristinare²⁰⁷.

La situazione di emergenza, inoltre, deve essere attuale e concreta: l'ordinanza, infatti, non può essere indirizzata genericamente a realizzare un miglioramento o un vantaggio in assenza di una effettiva minaccia per l'interesse tutelato²⁰⁸.

Ancora, l'ordinanza, non potendo esplicitare un potere derogatorio di carattere generale, deve indicare specificamente le norme la cui applicazione si intende sospendere²⁰⁹.

L'evento cui si intende far fronte deve avere carattere temporaneo, così come temporaneo deve essere l'intervento derogatorio dell'ordinanza²¹⁰: in altre parole, l'uso dell'ordinanza non può essere tale, per tempistiche, contenuti, modalità da «celare inefficienze e responsabilità degli ordinari organi pubblici»²¹¹.

Laddove non stabilito dalla disposizione che disciplina il potere derogatorio nella fattispecie specifica, sarà, quindi, l'ordinanza stessa a definire un termine finale di efficacia che varierà caso per caso in relazione alla situazione di emergenza cui si intende fare fronte²¹².

Importanti limiti all'esercizio del potere di ordinanza sono stati, infine, individuati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, come visto, nei principi di ragionevolezza e di proporzionalità tra il provvedimento e l'evento: il contenuto

²⁰⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 2 dicembre 2002, n. 6624, in *Ragiusan*, 2003, pp. 229-230.

²⁰⁸ Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 2 aprile 2001, n. 1904, in *Foro Amministrativo*, 2001, p. 860.

²⁰⁹ Cfr. sul punto, Autorità vigilanza lavori pubblici, determinazione del 5 aprile 2000, n. 212, nella quale si specifica che «le ordinanze [...] non possono discostarsi dai principi generali e debbono contenere specifica motivazione ed indicazione delle norme cui derogano».

²¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 13 dicembre 2002, n. 6809, in *Ragiusan*, 2003, pp. 229-239: «è illegittimo il reiterato e sistematico ricorso a strumenti extra ordinem al fine di fronteggiare una situazione di emergenza rifiuti risalente ad antica data. In tal modo, infatti, si determina una sovrapposizione di un sistema amministrativo alternativo a quello ordinario, con il rischio di estromettere le province e i comuni da un così significativo aspetto della vita delle comunità locali»; Corte di Cassazione penale, sentenza del 30 luglio 2004, n. 191, in *Rivista penale*, 2004, p. 955

²¹¹ Corte dei Conti, sezione controllo, sentenza del 19 novembre 1996, n. 151, in *Foro Amministrativo*, 1997, p. 1231.

²¹² Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 13 ottobre 2003, n. 6168, in *Foro Amministrativo del Consiglio di Stato*, 2003, p. 2934. In tale pronuncia la Corte si dimostra favorevole ad una temporaneità non fissa e predeterminata dalle ordinanze in quanto strumento necessariamente «elastico perché si deve adeguare alle imprevedibili ed impreviste situazioni di rischio per gli interessi contemplati dalla legge».

dell'ordinanza non deve essere sproporzionato rispetto alla funzione di tutela perseguita. In altre parole, il provvedimento di necessità non può imporre sacrifici eccessivi rispetto alla salvaguardia dell'interesse pubblico in questione e deve eventualmente essere sostituito appena possibile da alternative misure ordinarie²¹³.

Sottolinea la Corte Costituzionale che il potere di deroga mediante ordinanza conferito all'autorità amministrativa deve essere strumentale e congruo rispetto all'interesse tutelato; «il suddetto nesso di strumentalità è dunque principio materiale al cui rispetto deve comunque piegarsi il potere di ordinanza e soltanto la sua sussistenza può giustificare la deroga di atti normativi primari quali le leggi fondamentali in materia di urbanistica, edificabilità di suoli, lavori pubblici ed espropriazione»²¹⁴.

6.2. (Segue) L'“impossibilità di far ricorso agli ordinari strumenti amministrativi”.

Nella portata del principio di proporzionalità²¹⁵ rientra la costante affermazione secondo cui, tra i requisiti per l'adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente, deve manifestarsi l'impossibilità di far ricorso agli ordinari strumenti amministrativi²¹⁶.

²¹³ Cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 16 aprile 2003, n. 1990, in *Comuni*, 2003, fasc. 6, p. 100.

²¹⁴ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 14 aprile 1995, n. 127, in *Rivista giuridica ambientale*, 1997, p. 258.

²¹⁵ Sul punto, in particolare, cfr. DE NITTO S., *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, pp. 1035 ss.; ALBANESE A., *Il principio di proporzionalità come componente della cittadinanza amministrativa*, in A. Bartolini (a cura di), *Cittadinanze Amministrative. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, pp. 193 ss.; D'ALBERTI M., *Peripezie della proporzionalità*, in *Rivista Italiana delle Scienze Giuridiche*, 2014, pp. 279 ss.; GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2011, pp. 389 ss.; COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010, passim.

²¹⁶ Cfr., tra le altre, T.A.R. Piemonte, sezione I, 21 dicembre 2012, n. 1382, in *studiolegale.leggiditalia.it*; T.A.R. Puglia, sezione II, sentenza del 5 giugno 2012, n. 1099, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

Stando a quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, dunque, «presupposto indefettibile per l'adozione di siffatte ordinanze è la necessità di intervenire urgentemente con misure eccezionali e imprevedibili di carattere “provvisorio”, non fronteggiabili con gli “ordinari” mezzi previsti dall'ordinamento giuridico e a condizione della “temporaneità” dei loro effetti»²¹⁷.

In particolare, con l'espressione «rimedi di carattere temporaneo» si deve intendere «i provvedimenti tipizzati atti a fronteggiare le esigenze prevedibili ed ordinarie e che costituiscono l'elemento “normale” rimesso dalla legge ai poteri pubblici per gestire usualmente le materie a questi rimesse»²¹⁸.

Viene, così, delineata, dunque, una vera e propria “prova di resistenza” che deve essere esperita dall'amministrazione prima di procedere con l'adozione di una ordinanza: «l'Amministrazione deve accertare la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo di danno grave ed imminente per la incolumità pubblica, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, a seguito di approfondita istruttoria, con adeguata motivazione, circa il carattere indispensabile degli interventi immediati ed indilazionabili imposti a carico del privato»²¹⁹. Di talché, le ordinanze sono illegittime se contengono misure sproporzionate, volte ad imporre un sacrificio eccessivo, rispetto alla salvaguardia del pubblico interesse, raggiungibile con misure alternative²²⁰.

Questa valutazione, quindi, va nella direzione della verifica del rispetto del principio di proporzionalità, la cui importanza non è solo costantemente invocata dal giudice amministrativo, ma deriva anche dall'essere ricompreso tra i principi generali dell'ordinamento giuridico, o, ai sensi del primo comma dell'art. 1 della

²¹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 31 ottobre 2012, n. 5276, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

²¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 13 giugno 2012, n. 3490, cit.

²¹⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 16 febbraio 2010, n. 868, cit..

²²⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 16 aprile 2003, n. 1990, in *Comuni d'Italia*, 2003, fasc. 7-8, p. 94: «Le ordinanze contingibili e urgenti devono far fronte alle situazioni di pericolo utilizzando, ove possibile, misure che salvaguardino l'interesse pubblico con il minor sacrificio di quello privato, e sono illegittime per vizio di merito se adottino misure sproporzionate, nel senso che impongano un sacrificio della proprietà privata eccessivo rispetto alla salvaguardia del pubblico interesse, raggiungibile con misure alternative»; TAR Torino, Sezione II, sentenza del 21 aprile 2017, n. 535, Massima redazionale 2017: «Il potere di ordinanza sindacale contingibile e urgente presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione; in ragione di tali situazioni 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 provvedimentale (artt. 50, 54 D.Lgs. n. 267/2000, T.U. Enti locali)».

legge n. 241 del 1990, tra quelli di derivazione euro-unitaria. Secondo quanto, infatti, affermato dalla giurisprudenza, «il rispetto del canone della proporzionalità implica che la tutela dell'interesse pubblico sotteso deve essere perseguita, oltre che facendo uso dei precetti della logica e dell'imparzialità ai quali deve sempre ispirarsi tutta l'attività amministrativa, con strumenti idonei a realizzare gli obiettivi perseguiti, senza eccedere, utilizzando misure non necessarie per la tutela dell'interesse pubblico, e perciò, cercando di incidere sui soggetti privati nella misura strettamente necessaria, provocando così il minor sacrificio possibile dei contrapposti interessi privati»²²¹.

Letto in questa prospettiva, quindi, il criterio di proporzionalità dovrebbe supplire alla natura atipica del provvedimento e al suo carattere *extra ordinem* non disciplinato, come abbiamo detto, in modo specifico dalla legge²²². Di talché, il principio di proporzionalità finisce con il costituire il principale parametro di legittimità per l'esercizio del potere provvedimentale straordinario²²³.

6.3. (Segue) Le garanzie procedurali.

Il ricorso al potere di ordinanza, in quanto esercitato in una situazione di eccezionale urgenza o necessità, è atipico. Tali provvedimenti, infatti, si caratterizzano in quanto la legge si limita ad attribuire il potere di emanarli a determinati organi amministrativi, ma non prevede anche i casi concreti in cui tale potere debba essere esercitato, né pone limiti precisi al contenuto delle suddette ordinanze. Sono dunque atti a contenuto indeterminato, volutamente non individuato dal legislatore per lasciar spazio all'intervento dell'Amministrazione, la quale può scegliere di ricorrere a tale strumento per far fronte a particolari

²²¹ Cfr. T.A.R. Liguria, sezione I, sentenza del 19 aprile 2013, n. 702, in *studiodigitale.leggiditalia.it*. In dottrina, a tal proposito, cfr. BELLAVISTA M., *Libertà versus sicurezza?*, in *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limite del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale* Milano, 2013, pp. 22 e 23.

²²² Cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n. 1990 del 16 aprile 2003, cit.

²²³ Cfr. LORENZETTI A., *Le ordinanze sindacali ed il principio di uguaglianza: quali garanzie?*, in *Le Regioni*, 2010, p. 102. L'Autore, in particolare, sottolinea come vada verificata «la funzionalità dell'ordinanza rispetto all'interesse che si è inteso proteggere, con la conclusione che in caso di non congruità vi sarebbe difetto di ragionevolezza e una ingiustificata compressione dell'interesse antagonista».

situazioni di urgente necessità, «con il minor sacrificio possibile per i privati destinatari a fini di tutela di determinati interessi collettivi»²²⁴.

In virtù di ciò, quindi, ai fini del suo esercizio, è necessario che sia circondato da una serie di garanzie procedurali²²⁵, indispensabili per assicurare il rispetto del principio di legalità²²⁶.

Anzitutto, occorre che il provvedimento sia congruamente motivato²²⁷: l'ordinanza contingibile ed urgente, cioè, deve contenere una «specifica motivazione inerente alla sussistenza in concreto degli elementi giustificativi dell'esercizio del potere, con indicazione dell'istruttoria compiuta e dei presupposti di fatto considerati»²²⁸.

In secondo luogo, è richiesto «che siano condotti accertamenti istruttori approfonditi ed idonei a comprovare la effettiva sussistenza di una situazione di pericolo dalla quale scaturisca una situazione eccezionale di urgenza imprevedibile, e come tale non fronteggiabile tramite i rimedi ordinari offerti dall'ordinamento»²²⁹, non rivelandosi affatto sufficiente l'adozione di «formule di stile» troppo vaghe²³⁰.

²²⁴ Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sentenza del 15 luglio 1998, n. 518, in *Ragiusan*, 1999, p. 135. Il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti è stato definito un «potere di imperio che si concretizza attraverso l'emanazione di atti dispositivi, in ordine all'interesse pubblico da perseguire e che si correla con la incisione unilaterale di altrui situazioni soggettive». Cfr. GIANNINI S., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, p. 87.

²²⁵ Cfr. TROPEA G., *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, pp. 208 ss.

²²⁶ Cfr. CASSATELLA A., *L'obbligo di motivazione delle "nuove" ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo unico degli enti locali: osservazioni critiche*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 157 ss.

²²⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 29 aprile 2010, n. 2465, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2010, fasc. 7, p. 744; T.A.R. Calabria, sezione I, sentenza del 24 maggio 2011, n. 778, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, fasc. 1, p. 202.

²²⁸ Cfr. T.A.R. Abruzzo, sezione I, sentenza del 15 marzo 2011, n. 134, *Massima redazionale*, 2011: «L'ordinanza contingibile ed urgente, emessa dal Sindaco ex art. 54, comma 2 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, deve contenere specifica motivazione inerente alla sussistenza in concreto degli elementi giustificativi dell'esercizio del potere, con indicazione dell'istruttoria compiuta e dei presupposti di fatto considerati, posto che il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti presuppone la necessità di provvedere, con immediatezza, in relazione a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile far fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento»

²²⁹ Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sezione II, sentenza del 21 gennaio 2009, n. 71, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 6, 558: «L'ordinanza contingibile e urgente che fa riferimento ad esigenze di tutela della salute dei cittadini del Comune, ai sensi dell'art. 50, comma 5, del D.Lgs. n. 267/2000, postula che siano condotti accertamenti istruttori approfonditi ed idonei a comprovare l'effettiva sussistenza di una situazione di pericolo dalla quale scaturisca una situazione eccezionale di urgenza imprevedibile, e come tale non fronteggiabile tramite i rimedi ordinari offerti dall'ordinamento».

²³⁰ Cfr. T.A.R. Calabria, sezione I, sentenza n. 778 del 14 maggio 2011, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, fasc. 1, p. 202.

Allo stesso tempo, «la sommarietà degli accertamenti che precedono l'emissione di un'ordinanza sindacale contingibile ed urgente non può riguardare il quadro giuridico di riferimento, che deve essere sempre approfonditamente conosciuto dall'Amministrazione, anche nei casi che richiedano un immediato intervento, tenuto conto che i tempi pur brevi imposti dall'esigenza di provvedere non la esonerano dall'attenta considerazione di tutte le circostanze comunque apprese nel corso dell'istruttoria espletata»²³¹.

Invero, come ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, «la protezione di determinate esigenze costituisce presupposto necessario per giustificare il ricorso al potere ordinatorio, ma non sufficiente, richiedendosi ulteriori particolari requisiti di urgenza, e quindi di pericolo per la pubblica incolumità», requisiti che devono essere indicati ed illustrati nel provvedimento, non essendo sufficiente a tal fine «un generico riferimento ad una possibile situazione di pericolo»²³². Inoltre, sul punto, si è anche precisato che: «trattandosi di poteri straordinari e di provvedimenti atipici l'amministrazione quando vi ricorre, specie se non sussiste il presupposto dell'urgenza, deve compiere un supplementare sforzo istruttorio e motivazionale per evidenziare la gravità e il pericolo della situazione»²³³.

In terzo luogo, le ordinanze in questione non necessitano della comunicazione dell'avvio del procedimento, in quanto la situazione presupposta che sta alla base della sua adozione ha delle connotazioni tali da dover essere

²³¹ Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 28 giugno 2004, n. 4767, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2004, fasc. 9, p. 1025: «Il potere del sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti deve essere esercitato in base ad un'attenta considerazione del quadro giuridico di riferimento e delle circostanze emerse nell'istruttoria, seppur rapidamente espletata, e comunque nel rispetto del principio di proporzionalità».

²³² Cfr. T.A.R. Abruzzo, sezione I, sentenza del 15 marzo 2011, n. 134, cit.

²³³ Cfr. T.A.R. Campania, sezione III, sentenza del 15 febbraio 2011, n. 952, in *Corriere del Merito*, 2011, fasc. 4, p. 417. In dottrina, sul dovere di motivazione, cfr. CASSATELLA A., *L'obbligo di motivazione delle "nuove" ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo Unico degli enti locali: osservazioni critiche*, cit., p. 187, il quale afferma che «l'adempimento dell'obbligo di motivazione, oltre ad essere imposto dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990, sarebbe in questa prospettiva necessitato anche dall'osservanza del principio di buona fede oggettiva, permettendo ai destinatari dei singoli provvedimenti ed all'intera cittadinanza o pubblica opinione di comprendere, con immediatezza e trasparenza, l'effettiva ragione giuridica di determinate valutazioni, in rapporto ai pubblici interessi demandati alle cure del Sindaco in qualità di Ufficiale di Governo, depurandola da ogni impropria considerazione correlata al ruolo politico del Sindaco come organo apicale del Comune». In senso conforme, cfr., altresì, CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, (a cura di) M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, pp. 159 ss.; MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, passim.

affrontata con mezzi straordinari e misure indifferibili²³⁴. Invero, finora, giurisprudenza²³⁵ e dottrina²³⁶ hanno quasi unanimemente ritenuto che, a fronte di tali provvedimenti, in cui la situazione posta a base sia effettiva²³⁷ e sorretta da motivazione particolarmente puntuale e rigorosa²³⁸, non occorra la comunicazione di avvio del procedimento, sussistendo quelle “ragioni derivanti da particolari esigenze di celerità” che, ai sensi dell’art. 7, comma primo, della legge 241/90, esimono l’Amministrazione dall’osservanza del relativo obbligo.

Occorre, tuttavia, che il provvedimento contenga la puntuale esplicitazione dei motivi che ostano alla comunicazione dell’avvio del procedimento²³⁹: «il

²³⁴ Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sezione I, sentenza del 14 luglio 2009, n. 628, in *studiolegale.leggiditalia.it*. In dottrina, cfr. RENNA M., *Le ragioni d’urgenza impeditive della comunicazione d’avvio del procedimento*, in *Foro Italiano*, 2003, fasc. 3, pp. 303 ss.

²³⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza dell’8 ottobre 1996, n. 1100, in *Consiglio di Stato*, 1996, fasc. I, p. 1456; Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 14 aprile 1997, n. 354, in *Foro Amministrativo*, 1997, p. 1090; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sezione I, sentenza del 12 dicembre 1998, n. 427, in *TAR*, 1999, fasc. I, p. 613; T.A.R. Campania, Salerno, sentenza del 29 settembre 1999, n. 340, in *TAR*, 1999, fasc. I, p. 4487; T.A.R. Lombardia, Brescia, sentenza del 21 febbraio 2000, n. 134, in *TAR*, 2000, fasc. I, p. 1858; T.A.R. Veneto, sezione II, sentenza del 3 febbraio 2000, n. 466, in *TAR*, 2000, fasc. I, p. 1873. La dottrina si è generalmente occupata dell’argomento nell’ambito del più generale tema della partecipazione. A tal proposito, cfr. CORPACI A., *Spunti critici sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Diritto Pubblico*, 1995, pp. 119 ss.; ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, pp. 110 ss.; GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1996, pp. 120 ss.; VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, pp. 45 ss.; DI NITTO T., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1999, pp. 731 ss., spec. 734; CARANTA R., FERRARIS L., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000, pp. 92 ss.; SAITTA F., *L’omessa comunicazione dell’avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto Amministrativo*, 2000, pp. 120 ss.

²³⁶ In particolare, cfr. CORSO G., TERESI F., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Rimini, 1991, spec. p. 99; GALLO C.E., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 52 ss.; MARIUZZO F., *Commento all’art. 7*, in AA.VV. (col coordinamento di V. Italia e M. Bassani), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241 e regolamenti di attuazione)*, Milano, 1995, spec. p. 156; CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, passim.; MORBIDELLI G., *Procedimento amministrativo*, in AA.VV. (a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, II, spec. p. 1319.

²³⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 24 ottobre 2000, n. 5720, in *Consiglio di Stato*, 2000, fasc. I, p. 2331.

²³⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 5 giugno 1998, n. 918, in *Foro Amministrativo*, 1998, p. 1704.

²³⁹ Cfr. T.A.R. Toscana, sezione II, sentenza del 4 marzo 2009, n. 399, *Massima redazionale*, 2009: «L’ordinanza contingibile e urgente che impone la sospensione immediata delle emissioni acustiche (oltre ai casi specificamente indicati nell’art. 9 della legge n. 447/1995) deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento. In dette circostanze infatti vengono meno le ragioni di celerità che consentono di omettere la fase di comunicazione di avvio, fondamentale per il diritto al contraddittorio nei confronti delle attività istruttorie ed in particolare degli accertamenti eseguiti dai tecnici dell’Arpat».

principio partecipativo alla base della comunicazione di avvio del procedimento ha carattere generalizzato ed impone, alla luce delle regole fissate dall'art. 7 della legge n. 241 del 1990, che l'invio di essa abbia luogo in tutte quelle situazioni nelle quali la possibilità di coinvolgere il privato non sia esclusa da esigenze di celerità che caratterizzano la fattispecie e che, non possono ritenersi astrattamente implicate dalla natura contingibile ed urgente dell'ordinanza, ma devono essere puntualmente esplicitate nel provvedimento in concreto adottato»²⁴⁰.

La dottrina, peraltro, precisa come in questi casi non si verifica una vera e propria pretermissione od obliterazione delle garanzie partecipative, ma più semplicemente, semmai, la loro attenuazione, essendo pur sempre ammissibile l'intervento volontario nel procedimento in corso²⁴¹.

Se, per il giudice amministrativo, «l'urgenza consente di derogare all'obbligo sancito dall'art. 7 della legge n. 241/90, la circostanza che ci si trovi al cospetto di un'ordinanza contingibile ed urgente non toglie che la facoltà di deroga dipenda non dalla qualificazione astratta delle fattispecie, ma dalle caratteristiche del caso concreto, che abbisognano di specifica motivazione»²⁴². Ad esempio, non potrebbe ritenersi soddisfatta una simile motivazione qualora l'amministrazione asserisse semplicemente di agire a tutela dell'interesse pubblico individuato dalla norma attributiva del potere di ordinanza²⁴³.

Tuttavia, merita anche di essere menzionata una isolata pronuncia in cui si è ritenuto di dover propendere per la fisiologica necessità della comunicazione di avvio anche a fronte di ordinanze contingibili ed urgenti, motivando col fatto che esse non rientrano tra i provvedimenti cautelari²⁴⁴, per i quali l'obbligo di avviso è invece espressamente escluso²⁴⁵.

Su tale ricostruzione, a ben vedere, non si possono non rilevare alcuni profili critici difficilmente superabili. Anzitutto essa, pur correttamente escludendo le

²⁴⁰ Cfr. T.A.R. Campania, sezione V, sentenza del 25 febbraio 2009, n. 1083, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

²⁴¹ Cfr. MORBIDELLI G., *Procedimento amministrativo*, cit., p. 1319.

²⁴² IBIDEM.

²⁴³ Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sezione II, sentenza del 21 gennaio 2009, n. 71, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, fasc. 6, p. 558.

²⁴⁴ Cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 5 giugno 1997, n. 603, in *Consiglio di Stato*, 1997, fasc. I, p. 745.

²⁴⁵ Cfr. T.A.R. Liguria, sezione II, sentenza del 23 febbraio 2000, n. 170, in *TAR*, 2000, fasc. I, p. 1899.

ordinanze contingibili ed urgenti dal novero dei provvedimenti cautelari, sembra non considerare l'operatività dell'inciso iniziale del primo comma dell'art. 7, laddove si parla di "ragioni derivanti da particolari esigenze di celerità", cui vengono ricondotte le ordinanze in parola allorché si tratti di stabilirne il rapporto con l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento.

Tale impostazione, inoltre, pare trascurare la circostanza che il secondo comma dell'art. 7, lungi dall'escludere espressamente i provvedimenti cautelari dall'obbligo di comunicazione, si limita a rendere facoltativo per l'Amministrazione la possibilità di adottarli anche prima di effettuare la comunicazione.

Inoltre le ordinanze contingibili ed urgenti, costituendo l'*extrema ratio* per porre rimedio a situazioni di grave pericolo o di pregiudizio già attuale, sono di norma contraddistinte da un'indifferibilità ancora più stringente rispetto a quella che caratterizza i provvedimenti cautelari²⁴⁶, anch'essi peraltro fondati sull'urgenza di provvedere, riconosciuta come *in re ipsa* dallo stesso legislatore²⁴⁷, peculiarità questa che pare conferire alle ordinanze contingibili ed urgenti una maggiore attitudine a derogare all'obbligo di comunicazione ai sensi dell'art. 7 rispetto ai provvedimenti cautelari.

In ogni caso, pur se strutturati diversamente, tanto i provvedimenti cautelari quanto le ordinanze contingibili ed urgenti sembrano poter prescindere dalla previa comunicazione: i primi, infatti, verranno "doppiati" dal procedimento ordinario, alla cui apertura verrà "differita"²⁴⁸ ogni garanzia partecipativa²⁴⁹; le seconde, se effettivamente contingibili ed urgenti, non potranno neppure in via di ipotesi un problema di partecipazione, essendo altrimenti scontata la loro assoggettabilità all'obbligo di comunicazione.

²⁴⁶ Peraltro, va considerato che l'adozione delle ordinanze contingibili ed urgenti è sottoposta a limiti ancor più rigorosi rispetto a quella dei provvedimenti cautelari. Inoltre, la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 25 marzo 1996, n. 386, in *Foro Amministrativo*, 1996, pp. 861 ss.) ritiene come l'Amministrazione non possa «invocare ragioni d'urgenza per esimersi dall'obbligo di comunicazione, quando gli effetti del provvedimento definitivo e finale possono essere salvaguardati ed anticipati da misure cautelari». In tal senso, cfr. VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., p. 49, nt. 14.

²⁴⁷ Sul punto, cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza del 27 febbraio 1998, n. 350, in *Foro Amministrativo*, 1998, p. 379, nella quale si sottolinea come si tratti di urgenza *in re ipsa* per espresso riconoscimento legislativo.

²⁴⁸ Cfr. VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., p. 48.

²⁴⁹ Cfr. CARANTA R., FERRARIS L., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., p. 102.

D'altronde, la più recente giurisprudenza, nel farsi carico di individuare le ipotesi in cui l'obbligo di comunicazione può non trovare applicazione, richiama espressamente sia i provvedimenti d'urgenza sia quelli cautelari²⁵⁰.

Orbene, il rispetto delle garanzie procedurali descritte diventa ancora più rigoroso quando il provvedimento che si va ad adottare sia tale da incidere sui diritti fondamentali²⁵¹. In un simile caso, il rispetto di tali diritti «deve essere oggetto di attenta ponderazione, da operarsi mediante gli strumenti istruttori e partecipativi previsti dalla legge n. 241/90 [...] al fine di giungere a soluzioni equilibrate e proporzionate che contemperino con essi l'interesse pubblico»²⁵².

6.4. (Segue) La reiterazione delle ordinanze.

La natura delle ordinanze contingibili ed urgenti comporta, come più volte ribadito, che esse abbiano una efficacia limitata e provvisoria, e, quindi, circoscritta nel tempo. Infatti, solitamente, è anche espressamente previsto un termine. Sul piano dell'efficacia, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che quest'ultima debba essere limitata nel tempo, ammettendo esclusivamente l'emanazione di ordinanze che abbiano il carattere della provvisorietà, ossia che non producano effetti stabili e continuativi, eccedendo «le finalità di momentaneo rimedio» alla situazione contingente²⁵³, salvi casi peculiari in cui, in presenza di

²⁵⁰ In particolare, sul punto cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza del 22 maggio 2001, n. 2823, in *Guida al diritto*, 30 giugno 2001, p. 25 e pp. 65 ss.

²⁵¹ Cfr. CARUSO C., *Da Nottingham a La Mancha: l'odissea dei sindaci nell'arcipelago dei diritti costituzionali*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 15 ss.; LORENZETTI A., *Le ordinanze sindacali e il principio di uguaglianza: quali garanzie?*, cit., pp. 99 ss.

²⁵² Cfr. T.A.R. Lombardia, sezione III, sentenza del 6 aprile 2010, n. 981, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2010, fasc. 6, p. 633. In dottrina, cfr. Tega D., *Le ordinanze sindacali: un nuovo caso di glocalism?*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 213 ss.; Strazzari D., *Per una cultura istituzionale dell'antidiscriminazione: margini e opportunità di intervento dell'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni razziali nel contesto delle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 219 ss.

²⁵³ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza del 13 dicembre 1999, n. 1844, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2000, fasc. I, p. 276, che intende la provvisorietà nel «duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporalmente limitata». Si veda anche T.A.R. Valle d'Aosta, 22 gennaio 1999, n. 4, in *Foro Amministrativo*, 1999, p. 2185, che ha ritenuto illegittimo «l'ordine di sgombero di locali adibiti ad uso abitativo che si configuri come sfratto definitivo, non contenendo alcuna indicazione sulla futura sistemazione dell'interessato una volta rimosse le condizioni di disagio abitativo e lo stato di pericolo».

un'adeguata istruttoria e conseguente motivazione, si «potrebbero imporre misure non provvisorie».

Per questa ragione, una loro reiterazione comporta uno sconfinamento dei poteri dell'autorità che ha proceduto alla sua emanazione, in quanto, il suo contenuto rischia di tradursi in una disciplina a carattere generale che non si adegua alla natura provvedimentale propria dell'ordinanza e che tende a sostituire le disposizioni dei regolamenti locali o della legislazione statale e regionale o a colmare lacune normative²⁵⁴.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, affermato che «il ricorso al potere di ordinanza contingibile ed urgente non può assumere, in relazione al suo scopo, carattere di continuità e stabilità di effetti con riveniente suscettibilità di stabile regolazione di situazione e/o assetti di interesse»²⁵⁵.

Occorre, infatti, considerare che la reiterazione delle ordinanze, se non è giustificata dalla persistenza delle situazioni emergenziali da fronteggiare, finisce per trasformarsi in un potere normativo, esercitato dall'organo monocratico, non previsto dall'ordinamento.

Al contempo, la persistenza delle situazioni emergenziali, così come il ripetersi nel tempo delle medesime situazioni, non impedisce all'amministrazione di ricorrere a misure amministrative ordinarie e se del caso regolamentari.

²⁵⁴ Cfr. T.A.R. Veneto, sezione III, sentenza del 17 agosto 2009, n. 2327, in *Corriere del Merito*, 2009, fasc. 10, p. 1034.

²⁵⁵ Cfr. T.A.R. Toscana, sezione II, sentenza del 24 agosto 2010, n. 4876, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2010, fasc. 11, p. 1218; T.A.R. Veneto, sezione III, sentenza del 23 marzo 2011, n. 487, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

CAPITOLO TERZO

Il potere di ordinanza al tempo del COVID-19

SOMMARIO: 1. La pandemia e la legislazione emergenziale: considerazioni introduttive. – 1.1. (*Segue*) L'intervento dei pubblici poteri nella gestione della pandemia. – 1.2. (*Segue*) Le altre fonti invocate a sostegno della legittimità del ricorso al potere di ordinanza nella gestione della pandemia. – 2. Lo stato d'emergenza e la distribuzione dei poteri di intervento. – 2.1. (*Segue*) Il rapporto tra Governo e Parlamento. – 2.2. (*Segue*) Le c.d. fonti d'urgenza. – 2.3.

(Segue) Il nuovo rapporto tra politica e tecnica. – 3. Il rapporto tra poteri centrali e poteri periferici nella gestione dello stato di emergenza pandemica. – 3.1. (Segue) Il potere di ordinanza delle Regioni. – 3.1.1. (Segue) Alcune ordinanze regionali nella gestione della pandemia. – 3.2. (Segue) Il potere di ordinanza dei Sindaci. – 4. Alcune sentenze dei TAR avverso le ordinanze emanate durante l'emergenza sanitaria. – 4.1. (Segue) Le ordinanze annullate in tema di libertà di circolazione e spostamento sul territorio nazionale. – 4.2. (Segue) L'annullamento delle ordinanze in tema di ristorazione. – 4.3. (Segue) Le ordinanze in tema di scuola ed istruzione ed i relativi annullamenti. – 4.4. (Segue) Il potere di annullamento delle ordinanze.

1. La pandemia e la legislazione emergenziale: considerazioni introduttive.

Come scriveva diversi anni fa il saggista Elias Canetti, le epidemie “agiscono con la fulmineità delle catastrofi naturali” e quando colpiscono “si vive tutti in un'eguale, terribile attesa, durante la quale si sciolgono i consueti vincoli degli uomini”²⁵⁶.

Sebbene apprezzabile, il parallelismo tra una epidemia e una catastrofe naturale, nei fatti, non si rivela del tutto idoneo. A ben vedere, infatti, le epidemie possono anche comportare conseguenze più devastanti di una catastrofe naturale, posta la velocità con la quale la malattia è suscettibile di diffondersi, specialmente quando il contagio può avvenire per via aerea. Qualora, poi, la diffusione non risulti più limitata solamente a determinate aree geografiche, ma si propaghi a livello mondiale, allora l'epidemia si trasforma in pandemia. È, sostanzialmente, ciò che è accaduto a causa dell'epidemia da Covid-19, nuovo ceppo di *coronavirus* individuato a inizio 2020, non collocabile tra quelli più letali per gli esseri umani, ma sicuramente tra quelli a più alto indice di contagiosità²⁵⁷.

²⁵⁶ Cfr. CANETTI E., *Massa e potere*, Milano, 1981, pp. 330 ss.

²⁵⁷ Cfr. PIPERATA G., *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2020, fasc. 3, p. 318.

Nel giro di pochi mesi dall'annuncio di un focolaio nella città cinese di Wuhan a fine 2019, il *virus Sars-CoV-2*²⁵⁸ ha attraversato l'intero globo causando centinaia di migliaia di vittime. Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha proclamato lo stato di emergenza con riferimento all'epidemia COVID-19: ciò ha portato i vari Governi ad adottare delle misure straordinarie volte a proteggere, anzitutto, la salute e l'incolumità degli individui, anche attraverso restrizioni della libertà di movimento degli stessi. In tale contesto l'Italia, a far data dal 31 gennaio 2020, ha proclamato lo stato di emergenza sanitaria e poi, in data 11 marzo 2020, l'OMS ha, infine, proclamato lo stato di pandemia²⁵⁹.

L'esplosione della pandemia da *Corona Virus Disease* ha comportato un grande disorientamento e tanta incertezza, determinando una drammatica esperienza globale di paura e preoccupazione che ha visto il mondo giuridico catapultarsi in una legislazione emergenziale, con l'adozione, in gran parte degli ordinamenti, di misure di carattere straordinario, che, ancora oggi, a distanza di più di due anni, non hanno ancora raggiunto un grado compiuto di maturazione, posto che, nel corso dei diversi mesi, si sta rendendo ulteriormente necessario adottare azioni per far fronte al prolungarsi e al riproporsi dell'emergenza sanitaria, vista anche l'esigenza di risanare i danni cagionati dal *lockdown* e accompagnare la transizione del sistema giuridico verso altri e nuovi modelli organizzativi²⁶⁰.

Dopo un esordio caratterizzato da esitazioni ed incertezze dei governi nazionali sui provvedimenti da adottare a fronte del fenomeno epidemico, infatti, l'emergenza sanitaria si è ovunque instaurata con misure che hanno intaccato in maniera rilevante ogni aspetto della vita sociale, politica, economica e culturale. Il

²⁵⁸ Acronimo dall'inglese "*severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*". Si tratta, nello specifico, di un nuovo ceppo virale della specie *SARS-related coronavirus/SARS-CoV*, facente parte del genere *Betacoronavirus*, scoperto intorno alla fine del 2019, in grado di infettare esseri umani. Il nome ufficiale dato dall'Organizzazione mondiale della sanità alla sindrome causata dal *virus* è COVID-19 (abbreviazione dell'inglese *COronaVirus Disease-2019*).

Il *virus* è stato individuato a seguito di un test di acido nucleico effettuato su un campione prelevato da un paziente colpito da una polmonite, di cui non si conosceva la causa, all'inizio della pandemia del 2019-2020 a Wuhan.

²⁵⁹ Cfr. FERRONI B., *Emergenza Covid-19 e Dpi*, in *Fisco*, 2020, fasc. 23, p. 2228.

²⁶⁰ In dottrina vi è, addirittura, chi ha parlato di "diritto della pandemia". Cfr. LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta on line*, 11 aprile 2020, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*. In argomento anche AMENDOLAGINE V., *Le restrizioni alla libertà di circolazione delle persone per ragioni sanitarie*, in *Giustiziacivile.com*, 30 aprile 2020.

giurista ha spesso dovuto faticare per tenere il passo con i plurimi e concatenati effetti determinati dalla pandemia, in quanto ha dovuto costantemente confrontarsi con un pervasivo e trasversale “diritto dell’emergenza”. Qualcuno ha addirittura ipotizzato che si fosse configurata una situazione analoga a quella del conferimento al Governo dei “poteri necessari” in caso di deliberazione dello stato di guerra, secondo riletture dell’art. 78 Cost., con la metafora bellica della “guerra al *virus*”²⁶¹.

Da qui si è posta l’esigenza di sacrificare alcuni dei diritti personali dell’uomo in favore di regole inedite che ne hanno determinato in maniera drastica la compressione²⁶².

La pericolosità della situazione è stata determinata dall’incapacità di fronteggiare la diffusione, posto che il virus è un elemento invisibile, il quale mette a rischio i due beni essenziali per l’individuo, ossia la vita e la salute. In quanto facilmente trasmissibile, esso riguarda non solo il soggetto infetto, ma tutti i membri della comunità che potrebbero essere a loro volta contagiati.

Questa è stata la ragione per la quale le azioni di difesa, anziché essere lasciate ai singoli, incapaci individualmente di metterle in atto, hanno richiesto, invece, una condivisione collettiva e, quindi, si è sin da subito rivelato indispensabile l’intervento dei pubblici poteri, ai quali è stato richiesto non solamente di prevenire il contagio, ma anche, nel momento in cui questo sia avvenuto, di assicurare cure efficaci per i malati e soprattutto definire idonee misure per contenerne la diffusione.

Individuare le misure in questione non si è certamente rivelata una operazione di facile esecuzione. Le epidemie sono spesso imprevedibili e hanno un’evoluzione con diverse fasi di intensità, cosa che, pertanto, può richiedere non solo azioni straordinarie, ma anche costanti interventi di adattamento rispetto al

²⁶¹ Cfr. CUFFARO V., *La protezione dei dati personali ai tempi dell’epidemia*, in *Corriere Giuridico*, 2020, fasc. 6, p. 729.

²⁶² Sul tema, in particolare, del sacrificio, tra gli altri, del diritto alla riservatezza dei dati personali, cfr. RESTA G., *La protezione dei dati personali nel diritto dell’emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 05 maggio 2020, pp. 1 ss.; POLETTI D., *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell’epoca della pandemia: cronaca dell’emergenza*, in *Persona e Mercato*, 2020, pp. 31 e 66 ss.; D’ORAZIO R., *La privacy ai tempi del Covid-19*, in *Il Mondo degli Archivi*, 31 marzo 2020; VENCHIARUTTI A., *Diritto alla riservatezza del paziente ed emergenza da Covid-19*, in *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, Trieste, 2020, pp. 357 ss.; AMORE G., *Covid-19 e Protezione dei dati personali*, in *Studium iuris*, 2020, pp. 1159 ss.; CAMPANALE A.M., *Tra precauzione e prevenzione. Misure di sicurezza anti contagio e tutela della privacy*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, p. 803 ss.

mutamento del quadro epidemico. A ciò, peraltro, deve ulteriormente aggiungersi un'altra considerazione: come avvenuto nel caso del Covid 19, il virus è andato diffondendosi in maniera disomogenea sul territorio, con la conseguenza che le misure di contrasto e di contenimento, come vedremo nella parte finale del presente capitolo, hanno richiesto un adattamento specifico in ragione delle diverse circostanze locali²⁶³.

Le esperienze pandemiche vissute nel passato hanno lasciato un insegnamento, quello secondo il quale davanti ad eventi epidemici “*ignis, furca e aurum sunt medicina mali*”²⁶⁴: benché datato, si tratta di un assunto tuttora valido, a patto di sostituirne le componenti; per cui, al fuoco può sostituirsi la scienza e la tecnica, alla forza l'intervento dei poteri pubblici nel rispetto dello Stato di diritto e, invece, le risorse economiche continuano ad avere il medesimo peso che hanno sempre avuto nel corso del tempo.

1.1. (Segue) L'intervento dei pubblici poteri nella gestione della pandemia.

A quanto detto, occorre anche aggiungere un'altra questione che si è venuta a porre sin dall'inizio concernente non le misure, bensì gli attori: a quale dei pubblici poteri affidare il compito di definire e realizzare gli interventi di contrasto all'epidemia?

Le prime istituzioni chiamate ad intervenire sono state quelle preposte alla tutela della salute e accanto a queste, ovviamente, ce ne sono state delle altre, posto che la gestione di una epidemia rappresenta, come sostenuto in dottrina, “un'esperienza amministrativa totale”, in quanto coinvolge le istituzioni pubbliche

²⁶³ In tal senso, cfr. CHITI M.P., *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Associazione Italiana di Professori di Diritto Amministrativo*, Annuario 2005, Milano, 2006, pp. 144 ss.

²⁶⁴ È il motto coniato dal medico Giovan Filippo Ingrassia, in seguito all'esperienza vissuta in occasione della peste che nel 1576 colpì la Sicilia. Sul punto, cfr. CIPOLLA C.M., *Cristofano e la peste*, Bologna, 1976, p. 66.

ad ogni livello²⁶⁵. E non solo: trattandosi di un evento di carattere straordinario ha posto anche la necessità di creare delle figure organizzative *ad hoc*.

Il sistema istituzionale, quindi, è stato chiamato ad agire su più livelli, con il rischio di creare persino delle sovrapposizioni di ruoli, nonché dei conflitti tra poteri; ciò, infatti, è quanto accaduto nell'ordinamento nazionale, essendo il nostro sistema basato su un pluralismo istituzionale, con autorità centrali, regionali e locali tutte titolari di poteri di intervento, le quali hanno creato una forte tensione nei rapporti tra i poteri pubblici²⁶⁶.

La difficoltà nel fronteggiare le emergenze pandemiche si rivela in tutta la sua portata quando si ha a che fare, soprattutto, con agenti patogeni di origine fino a quel momento del tutto sconosciuta. La situazione che si viene a creare, infatti, richiede l'accurata predisposizione, nel minor tempo possibile, di un sistema organizzativo di attori tra i quali ripartire i compiti necessari per contenere il diffondersi dell'evento. Per il diritto amministrativo questo "corrisponde ad una tradizionale funzione del nostro apparato pubblico, parte significativa dei poteri posti a corredo del campo di azione dell'igiene pubblica"²⁶⁷.

Il nostro ordinamento – come abbiamo visto –, benché con alcune difficoltà sul piano sistematico, prevede diversi appigli normativi per giustificare, laddove ne ricorrano ovviamente i presupposti, l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti, da parte di organi diversi e in svariate materie²⁶⁸.

Le ipotesi sono molteplici ed alcune di queste disposizioni sono state variamente invocate in tempo di emergenza sanitaria da Covid-19 per legittimare il ricorso al potere di ordinanza.

In questa prospettiva, una prima disciplina è già stata introdotta con il Regio Decreto del 27 luglio 1934, n. 1265, noto come Testo Unico delle leggi sanitarie, il quale riconosce in capo all'autorità pubblica il dovere di individuare, prevenire e

²⁶⁵ Cfr. DI GIULIO M., *L'emergenza Covid-19, i rapporti centro-periferia e le lezioni che dovremmo apprendere. Per non sprecare una crisi*, in www.rivistailmulino.it.

²⁶⁶ Cfr. PIPERATA G., *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, cit., p. 318.

²⁶⁷ Cfr. FONDERICO F., *L'igiene pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, pp. 759 ss.

²⁶⁸ Cfr., tra gli altri, in particolare, MARAZZITA G., *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/500-3-giuseppe-marazzita; CAVALLO PERIN R., *Il Diritto Amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4, 2005, pp. 777-841.

curare le malattie contagiose. Qualora, poi, si tratti di malattie infettive a carattere epidemico, queste hanno un trattamento ancora più specifico, in quanto comportano l'applicazione di alcune disposizioni atte ad introdurre specifici doveri del personale sanitario e anche dei singoli cittadini. Il diffondersi di una epidemia, infatti, giustifica l'attribuzione alla pubblica amministrazione di poteri autoritativi, idonei ad introdurre limitazioni delle libertà dei privati con l'obiettivo di tutelare l'igiene pubblica²⁶⁹. Questi poteri, in particolare, possono essere ricondotti ad una tradizionale funzione di polizia – c.d. “polizia sanitaria” –, in quanto si può esercitare mediante l’emanazione di ordini che impongono ai cittadini restrizioni o limiti comportamentali necessari a contenere l’epidemia e, quindi, a tutelare la salute pubblica²⁷⁰.

La successiva legge n. 833 del 23 dicembre 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale ha, poi, confermato in capo al Ministro della salute un esteso potere di ordinanza; in particolare, il primo comma dell’art. 32 ha riconosciuto il potere di emanare provvedimenti 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”. Un analogo potere, tuttavia, è stato riconosciuto dal secondo comma dell’art. 32 *de quo*, anche al presidente della giunta regionale e al sindaco, mentre, il terzo comma ha riservato alla legge regionale la disciplina delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica.

Un’ulteriore conferma si è avuta anche da parte del Decreto Legislativo del 31 marzo 1998, n. 112, il quale ha previsto, per eventuali “emergenze sanitarie o di igiene pubblica”, un potere di ordinanza da affidare al sindaco per gli eventi a carattere locale²⁷¹ e una riserva di competenza a favore dello Stato e delle regioni

²⁶⁹ In tal senso, CROSETTI A., *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in *Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2010, p. 190.

²⁷⁰ Sul punto, in particolare, cfr. ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1959, pp. 210 ss., il quale scriveva che le ordinanze in materia “costituiscono, evidentemente, regolamenti temporanei che possono validamente limitare la libertà dei cittadini: la loro emanazione è, in pratica, frequentissima ed ha grande importanza per il traffico e per la circolazione. [...] L’autorità sanitaria è investita del potere di dare ordini, e quindi di limitare la libertà personale dei cittadini, per impedire l’invasione o la diffusione di una qualunque malattia infettiva”.

²⁷¹ Cfr. Vandelli L., Art. 117, in *Lo Stato autonomista*, a cura di G. Falcon, Bologna, 1998, pp. 396 ss., il quale specifica che il potere appena menzionato sia da raccordare con le previsioni dell’ordinamento locale che attribuiscono al sindaco, in qualità di capo dell’amministrazione comunale e rappresentante della comunità locale, analogo potere di ordinanza proprio in caso di

per l'adozione di provvedimenti d'urgenza, a seconda della "dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali" (art. 117).

Accanto a questi poteri emergenziali, inoltre, sono stati anche previsti ulteriori compiti di prevenzione, consistenti nella profilassi internazionale, riservata all'autorità statale (art. 126, Decreto Legislativo n. 112/1998), e nella profilassi delle malattie infettive, da garantire attraverso i dipartimenti di prevenzione, strutture operative delle Asl, istituite e organizzate dalle regioni (art. 7 bis, Decreto Legislativo del 30 dicembre 1992, n. 502)²⁷².

A queste misure, pensate dal nostro ordinamento sanitario e da altri testi legislativi e consistenti nella distribuzione dei pubblici di intervento tra Stato e autonomie con l'obiettivo di prevenire e contenere malattie infettive anche a carattere epidemico, altre se ne sono aggiunte con l'inizio del nuovo secolo e come conseguenza del verificarsi di nuove epidemie causate da virus trasmessi direttamente dall'animale all'uomo. A partire, infatti, dal 2003 e dopo l'epidemia di SARS - Cov, l'Organizzazione mondiale della sanità ha raccomandato a tutti gli Stati l'adozione di misure più efficaci per la prevenzione e la diffusione di nuove pandemie.

In ottemperanza a tale prescrizione, il nostro Paese si è mosso in due direzioni. Da un lato, ha costituito con legge²⁷³ il Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie (CCM). Si tratta di un organismo di coordinamento tra il Ministero della salute e le regioni, che ha come compito lo svolgimento delle attività di sorveglianza, prevenzione e risposta tempestiva alle emergenze, in particolare provvedendo a contrastare quelle legate prevalentemente alle malattie infettive e diffuse e al bioterrorismo.

Dall'altro lato, poi, il Governo italiano ha adottato il Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale, successivamente oggetto di un accordo tra Ministro della salute e regioni in sede di Conferenza permanente²⁷⁴.

emergenze sanitarie o di igiene pubblica (prima art. 38, Legge dell'8 giugno 1990, n. 142, e ora art. 50, comma 5, Decreto Legislativo del 18 agosto 2000, n. 267)

²⁷² Cfr. CORBETTA C., *Commento artt. 7 ss.*, in *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, a cura di F. Roversi Monaco, Rimini, Santarcangelo di Romagna, 2000, pp. 244 ss.

²⁷³ Cfr. Decreto Legge del 29 marzo 2004, n. 81, convertito in Legge del 26 maggio 2004, n. 138.

²⁷⁴ Cfr. Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, Provv. 9 febbraio 2006, Accordo, ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 28 agosto

Il Piano articola un sistema di azioni finalizzato a verificare i livelli di rischio epidemico e a porre in essere anche misure di contrasto alla diffusione di malattie infettive. Esso contiene anche le indicazioni per gestire in maniera coordinata l'eventuale fase emergenziale e le linee guida uniformi che le regioni devono seguire nella stesura dei piani pandemici regionali. In particolare, il Piano precisa che la fase pandemica è la fase più grave che si possa registrare in questi casi, la quale deve essere contrastata con misure idonee, che includono anche limiti alla mobilità della popolazione, obblighi di isolamento degli infetti e anche imposizione di comportamenti e regole igieniche (come l'uso di mascherine chirurgiche per limitare la diffusione di eventuali virus), ma in ogni caso le azioni da compiere “vedono coinvolti lo Stato e le Regioni in azioni condivise e coordinate” e soprattutto le “azioni sanitarie a livello territoriale sono garantite dalle Regioni”.

Lo schema di azione delineato dal Piano del 2006 non è servito a molto, dato che in seguito alla dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus rilasciata dall'OMS il 30 gennaio 2020, il giorno successivo il Consiglio dei Ministri ha deliberato lo “stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”. Tale scelta non deve meravigliare dato che lo stesso Piano pandemico prevede che qualora “l'impatto della pandemia non possa essere contenuto con gli ordinari strumenti di prevenzione e controllo e si configuri un quadro di calamità che, per intensità ed estensione deve essere fronteggiato con mezzi e poteri straordinari, il Consiglio dei Ministri, sulla base delle richieste e/o valutazioni formulate dal Ministro della Salute, su proposta del Presidente del Consiglio, può deliberare lo stato di emergenza”.

E proprio così è stato, in quanto, valorizzando altre fonti che autorizzano in questi casi l'esercizio di poteri *extra ordinem*, il Governo italiano si è mosso per dichiarare lo stato di emergenza, determinandone la durata in 6 mesi e rinviando l'attuazione concreta di alcuni iniziali interventi di assistenza ad ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile anche in deroga a disposizioni

1997, n. 281, per un Piano nazionale di preparazione e risposta per una pandemia influenzale, in G.U., 1° aprile 2006, suppl. ord., 81.

vigenti, purché nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e nei limiti delle risorse messe a disposizione.

Così facendo, la crisi sanitaria dovuta al Covid-19 è fuoriuscita dal sistema di igiene pubblica immaginato dal legislatore per il contenimento delle epidemie causate da malattie contagiose e incentrato su poteri d'ordinanza (ministeriali a livello nazionale, regionali e locali a livello territoriale), strutture tecniche (CCM) e pratiche di azione (il Piano), ma, considerata la sua gravità, è stata posta alla base di una dichiarazione dello stato di emergenza, la quale amplia il novero dei soggetti coinvolti e anche dei poteri ordinari e straordinari esercitabili.

1.2. (Segue) Le altre fonti invocate a sostegno della legittimità del ricorso al potere di ordinanza nella gestione della pandemia.

Accanto alle disposizioni che sono state invocate per sostenere l'esercizio del potere di ordinanza, appena viste, vi sono state anche delle altre. Tra queste, anzitutto, l'art. 25, del Decreto Legislativo del 2 gennaio 2018, n. 1 in materia di protezione civile²⁷⁵, l'art. 50, quinto comma, del Decreto Legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, rubricato "Testo Unico Enti Locali", che attribuisce un generale potere ordinatorio al Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, tra l'altro "in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale", nonché l'art. 54, quarto comma, TUEL, che prevede che "il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana"²⁷⁶.

²⁷⁵ L'art. 25 del D. Lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018 dispone, al primo comma: "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".

²⁷⁶ La dottrina, tuttavia, non ha tardato a manifestare le proprie perplessità rispetto al richiamo a questa norma, in quanto si è ritenuto che debba essere messa in dubbio l'idoneità del sistema delle ordinanze di protezione civile, previste dal rispettivo Codice e alle quali la dichiarazione dello stato di emergenza fa riferimento, di poter efficacemente contrastare la situazione di emergenza pandemica. Come è stato notato, infatti, tali ordinanze, secondo la previsione codicistica (art. 25),

Ancora, un ulteriore appiglio normativo è stato riscontrato nel primo comma dell'art. 117 del Decreto Legislativo del 31 marzo 1998, n. 112, secondo cui “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”, e l'art. 32, della Legge 23 dicembre 1978, n. 833, secondo cui “il Ministro della sanità può 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” e “nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile e urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale”.

Il primo comma dell'art. 217 del Regio Decreto del 27 luglio 1934, n. 1265, ossia il Testo Unico delle Leggi Sanitarie, prevede che il Sindaco possa intervenire quando “vapori, gas o altre esalazioni, scoli di acque, rifiuti solidi o liquidi provenienti da manifatture o fabbriche, possono riuscire di pericolo o di danno per la salute pubblica”, e l'art. 261, TULS, aggiunge che “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”.

Occorre, infine, menzionare gli articoli 2 e 216, del Regio Decreto del 18 giugno 1931, n. 773 in materia di ordine pubblico o sicurezza pubblica, nonché l'art. 191, del Decreto Legislativo del 3 aprile 2006, n. 152, il c.d. Codice Ambiente, per cui, in particolare, “qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti

sono preordinate a far fronte ad eventi calamitosi o disastri già avvenuti. Diversa situazione si registra, invece, a proposito di un'emergenza sanitaria dovuta ad una pandemia, che non è propriamente equiparabile ad una catastrofe naturale. Cfr. PINELLI C., *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 2020, fasc. 5, p. 5.

provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell'ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili e urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti”, ed il primo comma dell’art. 9 della Legge del 26 ottobre 1995, n. 447, secondo cui “qualora sia richiesto da eccezionali ed urgenti necessità di tutela della salute pubblica o dell’ambiente il sindaco, il presidente della provincia, il presidente della giunta regionale, il prefetto, il Ministro dell’ambiente, secondo quanto previsto dall’articolo 8 della L. 3 marzo 1987, n. 59, e il Presidente del Consiglio dei ministri, nell’ambito delle rispettive competenze, con provvedimento motivato, possono ordinare il ricorso temporaneo a speciali forme di contenimento o di abbattimento delle emissioni sonore, inclusa l’inibitoria parziale o totale di determinate attività. Nel caso di servizi pubblici essenziali, tale facoltà è riservata esclusivamente al Presidente del Consiglio dei ministri”²⁷⁷.

2. Lo stato d'emergenza e la distribuzione dei poteri di intervento.

La dichiarazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, benché fosse destinata ad incidere in misura preponderante sulla società italiana, non richiama alcuna disposizione costituzionale. Ciò, tuttavia, non deve stupire, posto che solitamente i provvedimenti di carattere emergenziale non riportano alcun riferimento alle disposizioni costituzionali e, d’altro canto, come già accennato, la Costituzione non prevede nulla rispetto allo stato di emergenza: non lo descrive come fattispecie, né prevede alcunché dal punto di vista dei presupposti e degli effetti²⁷⁸.

²⁷⁷ I diversi richiami normativi sono rinvenibili in LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 10 aprile 2020, 2020; TRIPODINA C., *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020; PAGANO F.F., *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in www.biodiritto.org, 18 marzo 2020; NOCCELLI M., *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2020; DE SIANO A., *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, 15 aprile 2020.

²⁷⁸ In alcuni ordinamenti stranieri, invece, lo stato emergenziale trova una puntuale previsione già nel Testo costituzionale. È il caso, ad esempio, della Costituzione spagnola che all’art. 116, distingue tre diversi tipi di emergenza: lo stato di allarme, quello di eccezione e quello di assedio, definendo per ognuno di essi presupposti di dichiarazione, durata e soprattutto conseguenze sui diritti e libertà dei singoli e rinviando ad una legge organica l'ulteriore disciplina di dettaglio. In virtù di tale

Invero, il secondo comma dell'art. 77 Cost. contiene solamente il riferimento “casi straordinari di necessità ed urgenza” che legittimano il Governo ad adottare “provvedimenti provvisori con forza di legge”²⁷⁹. Si tratta, tuttavia, di situazioni molto differenti da quelle riconducibili allo stato di emergenza²⁸⁰.

Il fatto, tuttavia, che una simile situazione non sia prevista espressamente dalla Carta Costituzionale non esclude che essa sia comunque ricavabile implicitamente²⁸¹, come sostenuto da parte della dottrina, in tutte quelle disposizioni che tutelano, in virtù dei principi supremi di “salvezza pubblica” o in tema di situazioni eccezionali di fatto, l’indivisibilità e l’unità della Repubblica (artt. 5 e 87 Cost.), nonché l’intangibilità dei principi supremi posti a garanzia del vigente ordine costituzionale²⁸².

disposizione costituzionale, lo stato di allarme è stato dichiarato al fine di gestire la situazione determinata in Spagna dalla crisi sanitaria dovuta alla emergenza pandemica da Covid-19, attraverso un decreto che definisce durata, ambito territoriale, autorità competenti e le principali misure di gestione, nonché le principali limitazioni alle libertà personali. Si tratta, cioè, del Real Decreto, n. 463/2020 del 14 marzo, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 67 del 14 marzo 2020.

²⁷⁹ In realtà, la nostra Costituzione, oltre al citato art. 77, come già detto, prevede una particolare situazione emergenziale. Si tratta dello stato di guerra, deliberato dalle Camere, le quali, inoltre, conferiscono al Governo i poteri necessari (art. 78, Cost.), e dichiarato dal Presidente della Repubblica (art. 87, comma 9, Cost.). Ma anche in questo caso, la situazione non può essere confusa con lo stato d'emergenza, essendo i due fenomeni completamente differenti e accostabili soltanto in un senso atecnico, al fine di accentuare la portata drammatica degli eventi che una emergenza pandemica determina. In tal senso, in particolare, cfr. FRACCHIA F., *Coronavirus, senso del limite, de globalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Diritto ed economia*, 2019, pp. 575 ss. Cfr., altresì, CASSESE S., *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il dubbio*, 14 aprile 2020; GROPPI T., *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, 2020, p. 1. Questi ultimi Autori, in particolare, escludono la possibilità di invocare l'art. 78 Cost., a copertura dello stato di emergenza dichiarato.

²⁸⁰ Sul punto, in particolare, cfr. ANGIOLINI V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, spec. pp. 96 ss., il quale aveva già segnalato come i poteri sostanziali dell'emergenza siano differenti dai poteri formali necessitati e eccezionali, previsti dal nostro ordinamento come, ad esempio, quelli richiamati dagli artt. 77 e 78 Cost., nonché quelli in materia di ordinanze contingibili ed urgenti. Sempre sull'emergenza come fenomeno che richiede un modello amministrativo di gestione cfr., tra i tanti lavori dedicati al tema, CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit., pp. 777 ss.; FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, passim.; GIGLIONI F., *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann. VI, Milano, 2013, pp. 44 – 46 e p. 58; GNES M., *I limiti del potere d'urgenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, pp. 645 ss.

²⁸¹ A tal proposito, la Presidente Cartabia, alla fine della sua relazione annuale, ha sottolineato come, nonostante l'assenza di puntuali disposizioni in tema di poteri di gestione dell'emergenza sanitaria, sia stato più volte dimostrato come la nostra Costituzione sia in grado di offrire alle istituzioni e ai cittadini “la bussola necessaria a navigare per l'alto mare aperto dell'emergenza”. Cfr. CARTABIA M., *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, Roma, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2020, p. 18.

²⁸² In tal senso, cfr. LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, in www.consultaonline.it, p. 4.

Questa è la ragione per la quale a fondamento formale della dichiarazione dello stato di emergenza, quindi, il Governo abbia posto il primo comma, dell'art. 7, lettera c) del Codice della protezione civile del 2018, il quale tipizza “le 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”, ed il primo comma dell'art. 24 del Codice *de quo*, il quale circoscrive gli aspetti salienti della dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale.

Secondo quanto disposto dal Codice della protezione civile, dunque, la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale determina un cambiamento nella distribuzione dei poteri di intervento, i quali devono essere rivolti, da un lato, a garantire l'assistenza sanitaria a coloro che hanno contratto il virus e, dall'altro, a contenere la diffusione dello stesso per quanto possibile.

2.1. (Segue) Il rapporto tra Governo e Parlamento.

La prima conseguenza della dichiarazione dello stato di emergenza si è riverberata, anzitutto, sul rapporto tra Governo e Parlamento, nel senso che il ruolo del Governo si è ritrovato ad essere potenziato, mentre, invece, il Parlamento ne è sostanzialmente uscito marginalizzato²⁸³.

D'altro canto, ciò si pone in linea con quanto previsto dal Codice di protezione civile utilizzato per dare copertura all'emergenza pandemica, il quale, in caso di eventi emergenziali di rilievo nazionale, enfatizza il ruolo di indirizzo e operativo del Governo – in particolare del Presidente del Consiglio dei ministri e del Dipartimento della protezione civile – e autorizza la produzione di diritto attraverso ordinanze “per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da

²⁸³ Cfr. CLEMENTI F., *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. 3, pp. 10 ss.

effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale” e anche “in deroga ad ogni disposizione vigente”²⁸⁴.

A norma dell’art. 25 del Codice, peraltro, il Presidente, “detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile” (che può esercitare anche per il tramite del Capo del Dipartimento) e adotta direttive con le quali fissa gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile, anche “al fine di assicurarne l’unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori”.

Orbene, a quanto detto è necessario aggiungere anche ulteriori considerazioni concernenti proprio il quadro previsto dalla nostra Costituzione. In tutti i casi in cui la nostra Costituzione ha previsto i principi che regolano gli equilibri istituzionali che caratterizzano, in situazioni di grave calamità, i rapporti tra Governo e Parlamento²⁸⁵, sebbene vi sia una deroga al normale esercizio delle competenze, rimane, tuttavia, fermo il rapporto che lega il Governo – principale responsabile delle scelte per la gestione dell’emergenza – e il Parlamento – organo che mantiene salda, pur nella eccezionalità del momento, la sua posizione centrale

286.

Occorre sottolineare, infatti, che secondo il disegno costituzionale, è il potere esecutivo – rappresentato, a seconda dei casi, dal Governo o dal Capo dello Stato – e non il Parlamento, il soggetto incaricato ad assumere le decisioni più opportune che, a causa della loro urgenza, non possono sottostare al lungo procedimento ordinariamente previsto per l’assunzione di una decisione da parte delle Camere²⁸⁷. Di talché, la disciplina dell’emergenza, così come regolata anche

²⁸⁴ Cfr. articoli 5 e 23 ss., Decreto Legislativo n. 1/2018.

²⁸⁵ Nello specifico, a mo’ di richiamo, il riferimento è, appunto, agli articoli l’art.78 Cost., che prevede la dichiarazione dello stato di guerra; l’art. 77 Cost., che disciplina l’emanazione dei decreti legge per motivi di necessità e di urgenza; l’art. 120 Cost., che regola il potere sostitutivo del Governo nei confronti delle regioni e degli altri enti locali anche per motivi di “pericolo grave per la sicurezza e l’incolumità pubblica”.

²⁸⁶ Invero, quanto detto si verifica, senz’altro, nel caso della dichiarazione dello stato di guerra, deliberato dalle Camere, la quale conferisce al Governo i poteri necessari; così è per il ricorso ai decreti legge, che decadono con efficacia *ex tunc* qualora il Parlamento non procede a convertirli in legge entro 60 giorni dalla loro emanazione. Lo stesso infine, può dirsi anche con riferimento a quanto riportato dall’art. 120 Cost., ove il potere sostitutivo del Governo è esercitato conformemente alle specifiche procedure delineate dalla legge. Sul punto, in particolare, cfr. LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on line*, 11 aprile, 2020, p. 4; CARAVITA B., *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, fasc. 6, 2020, pp. 3 ss.

²⁸⁷ Cfr. GRISOLIA M.C., *Il rapporto governo-parlamento nell’esercizio della funzione normativa durante l’emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, p. 2.

a livello costituzionale – e non solo a livello ordinario –, riconosce a pieno titolo in capo al Governo la gestione della relativa crisi.

Questo è, dunque, il quadro normativo lungo il quale si è mosso il Governo per affrontare la questione emergenziale, la quale, a causa del suo progressivo ed inarrestabile aggravarsi, ha sin da subito posto l'esigenza di procedere verso l'adozione di un numero considerevole di decreti legge, affidandone l'attuazione al Presidente del Consiglio, attraverso l'approvazione di D.P.C.M.: i veri protagonisti di questa lunga fase emergenziale. Si è trattato di una scelta senz'altro necessitata, posto che solo l'adozione di questo tipo di atti ha garantito la possibilità di procedere celermente verso la definizione delle varie esigenze che si venivano a porre, considerata la loro flessibilità e la possibilità di sfuggire ai passaggi istituzionali, che, in condizioni normali, caratterizzano invece ogni altro provvedimento del Governo²⁸⁸.

Il 23 febbraio, al fine di ricondurre la gestione dell'emergenza ad un soggetto unitario e dotato di poteri ulteriori, si è deciso di introdurre un nuovo *corpus* normativo per attribuire ulteriori poteri emergenziali principalmente in capo al Presidente del Consiglio, paralleli a quelli della protezione civile e del Ministero della salute. Il Decreto Legge n. 6 del 2020, infatti, destinato specificamente ad affrontare l'emergenza Covid-19, assegna, dunque, alle autorità competenti, non altrimenti specificate, il potere di emettere una serie di provvedimenti tipizzati nonché di adottare le ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi tipizzati²⁸⁹.

²⁸⁸ Cfr. LUPO N., *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2020, pp. 135 ss.

²⁸⁹ Con effetti di mancato coordinamento evidenti, quali ad esempio l'impugnazione da parte della Presidenza del Consiglio di una ordinanza contingibile e urgente emessa dalla Regione Marche per affrontare il caso COVID-19. Cfr. T.A.R. Marche, Decreto n. 56 del 27 febbraio 2020, in *Foro Italiano*, 2020, fasc. 3, p. 188: “[...] Ritenuto che anche l'ulteriore censura svolta dalla ricorrente, con la quale si prospetta che la Regione avrebbe erroneamente indicato, a sostegno del potere di ordinanza, la disposizione di cui all'art. 2 del D.L. n. 6 del 2020 – che prevede la possibilità per le autorità competenti di disporre misure ‘ulteriori’, al di fuori dei casi di cui all'art. 1 comma 1 (ossia anche in assenza del riscontro di almeno una persona positiva) – pare assistita dal *fumus boni iuris*, atteso che tali misure non possono essere altrettanto invasive, sia per intensità sia per latitudine, rispetto a quelle giustificate dalla presenza di un focolaio di infezione; in altri termini, la possibilità di adottare misure ‘ulteriori’ va, in via sistematica, riferita ad interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6”. Cfr., altresì, il decreto cautelare del T.A.R. Campania n. 416/2020.

Orbene, alla luce di quanto detto, la questione che si è posta, dunque, è quella relativa al se, a fronte delle numerose competenze normative esercitate dal potere esecutivo e, per suo conto, dal Presidente del consiglio, sia, in via speculare, corrisposto un ruolo altrettanto incisivo da parte delle Camere. Invero, il Parlamento è stato chiamato non solamente a svolgere gli ordinari controlli nei confronti delle attività svolte dal Governo, ma anche a svolgere le sue normali funzioni normative. È fuor di dubbio, tuttavia, che l'esercizio di quest'ultima funzione abbia subito, nella contingenza della situazione emergenziale, una riduzione drastica²⁹⁰. La dottrina, infatti, non ha esitato a sottolineare come sarebbe stato necessario procedere nella direzione di fortificare un più efficiente funzionamento delle Camere, che, di fatto, si sono rivelate incapaci di fronteggiare i loro obblighi normativi e di controllo dell'operato dell'esecutivo, in quel delicato momento di crisi²⁹¹.

D'altro canto, occorre anche considerare che per contenere il pericolo di contagio, i capigruppo hanno optato per la scelta, fatta salva l'attività delle Commissioni (spostate in aule più ampie e favorita dalla possibilità di svolgere, almeno i lavori da trattare in sede informale, con l'ausilio di strumenti telematici), di svolgimento dell'attività dell'Assemblea a ranghi ridotti, pur nella garanzia del rispetto della proporzionalità dei gruppi²⁹². Benché si sia trattato senz'altro di una scelta necessitata dalla grave situazione pandemica e dalla volontà di non dislocare

²⁹⁰ D'altro canto, basta visionare il calendario dei lavori degli ultimi tempi per prendere atto di come, dall'inizio della crisi, non solo si siano ridotte le materie che hanno costituito oggetto di dibattito parlamentare, il quale, per lo più, si è focalizzato sulla trattazione delle questioni riguardanti il coronavirus, ma di come si sia, altresì, notevolmente diminuito il numero delle sedute (di fatto limitate ad una scadenza pressoché settimanale), facendo anche ricorso a procedure, che hanno sollevato diversi problemi inerenti al normale svolgimento dei lavori, oltretutto al rispetto del libero esercizio del mandato parlamentare. Cfr. in tal senso LUPO N., *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, cit., pp. 126 ss.

²⁹¹ Quanto detto, in particolare, è stato sostenuto, in dottrina, da CLEMENTI F., *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in Osservatorio costituzionale, fasc. 3, 2020, pp. 10 ss.; VILLONE M., *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in *Il Manifesto*, 31 marzo 2020; AZZARITI G., *Il diritto costituzionale d'eccezione. Editoriale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2020, pp. III ss.; TRIPODINA C., *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2020, pp. 83 ss.

²⁹² Critici verso tale scelta, LUPO N., *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, cit., p. 125; MALASCHINI A., *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza Covid-19*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2020, p. 272; MARSOCCI P., *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria covid*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on line*, 6 maggio 2020, pp. 4 ss.; CURRERI S., *Il Parlamento nell'emergenza*, in Osservatorio costituzionale, fasc. 3, 2020, pp. 8 ss..

l'attività dell'Aula dalle sedi tradizionali, ciò ha fatto comunque rilevare come la funzione rappresentativa riconosciuta in capo a ciascun parlamentare ha, tuttavia, subito una pericolosa limitazione²⁹³.

Ciò, comunque, non ha escluso che la funzione delle Camere rimanesse del tutto vitale, soprattutto nel momento in cui il dilagare della crisi ha determinato l'introduzione di limiti ad alcuni tra i più importanti diritti riconosciuti costituzionalmente²⁹⁴: nonostante, infatti, il forzato contenimento dei lavori parlamentari, non è stata mai messa in dubbio la indiscussa centralità dell'organo parlamentare²⁹⁵.

2.2. (Segue) Le c.d. fonti d'urgenza.

La seconda conseguenza che la dichiarazione dello stato di emergenza ha comportato sul sistema ordinamentale italiano ha, poi, riguardato il sistema delle fonti. Invero, oltre ai poteri di ordinanza in precedenza menzionati, trattandosi di un'emergenza sanitaria, si sono potuti esercitare anche altri poteri che la legislazione autorizza in queste circostanze, come quelli già visti e riconosciuti al Ministro della sanità o ai presidenti di regione e ai sindaci.

Occorre considerare che il decreto legge n. 6 del 2020 ha suscitato non poche perplessità in ordine ad alcuni aspetti della disciplina che ha introdotto. Il primo problema è legato alla previsione contenuta nell'art. 1 che, oltre a prevedere un elenco particolarmente ampio di misure adottabili, ha anche disposto che le autorità competenti fossero “tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica”; inoltre l'art. 2 del medesimo Decreto Legge ha previsto espressamente che “le

²⁹³ Perplessi in tal senso, AINIS M., *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19 marzo, 2020; VILLONE M., *Camere a eletti contingentati, è incostituzionale*, in *Il Manifesto*, 11 marzo 2020.

²⁹⁴ Cfr. GRISOLIA M.C., *Il rapporto governo-parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, cit., pp. 5 ss.

²⁹⁵ Cfr. MALASCHINI A., *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 272.

autorità competenti possano adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza", diverse da quelle elencate, appunto, dall'art. 1.

L'evidente indeterminatezza delle norme che hanno riconosciuto eccezionali poteri alle "autorità competenti", hanno violato quanto disposto dalla Costituzione, il quale richiede che siano appositamente individuate le materie che possono costituire oggetto di deroga, le quali, peraltro, non devono essere coperte da riserva assoluta di legge. Parimenti, dubbi sulla conformità rispetto al dettato costituzionale si sono posti anche con riguardo al ricorso generalizzato all'irrogazione della sanzione penale prevista dall'art. 650 del Codice Penale, per sanzionare il mancato rispetto delle misure di contenimento adottate in virtù di quanto disposto dal decreto legge n. 6, che appunto avrebbero potuto essere discrezionalmente espandibili mediante il dettato dei D.P.C.M. e degli altri atti delle "autorità competenti", così contraddicendo la riserva di legge assoluta in materia penale.

Ciò ha determinato una stratificazione tra fonti emergenziali, articolata su differenti livelli di governo, che si è, di fatto, tradotta in una confusione regolativa per i cittadini e in una episodica contrapposizione tra previsioni. A quanto detto, peraltro, occorre anche aggiungere un'aggravante determinata dal fatto che le misure introdotte – benché con carattere provvisorio – mediante le c.d. "fonti d'urgenza" giustificate dall'eccezionale situazione emergenziale, hanno limitato in maniera significativa alcuni dei diritti e delle libertà degli individui costituzionalmente garantite²⁹⁶.

Tra le misure tipizzate, particolare rilevanza ha avuto la possibilità di disporre: a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui; b) divieto di accesso al comune o all'area interessata; c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato; h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; j) chiusura di tutte le attività

²⁹⁶ In particolare, sul punto, cfr. ALLEGRETTI U., *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020; CAVINO M., *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020; TROPEA G., *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020.

commerciali; k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali; m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestre, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale; n) sospensione delle attività lavorative per le imprese; o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata. Tra le misure non tipizzate, invece, si sono potute considerare tutte le altre misure possibili, anche in deroga a norme legislative e costituzionali, seppur non espressamente dichiarato. Tale conclusione si è potuta trarre da almeno tre ordini di considerazioni.

Anzitutto, perché la stessa norma, come detto, non ha posto vincoli ma anzi ha attribuito all'amministrazione procedere una delega in bianco, assegnandole il potere di adottare ogni misura necessaria a raggiungere un fine. Tali provvedimenti attuativi, proprio perché autorizzati da una norma primaria, sono andati incontro ad un solo limite, rappresentato, cioè, dal rispetto dei vincoli costituzionali, benché, tuttavia, non hanno sofferto la sottomissione alle fonti legislative di rango primario, derogate direttamente dal Decreto Legge, anch'essa fonte di rango primario.

Inoltre, in tema di possibile deroga anche delle disposizioni costituzionali, questi strumenti si sono ritenuti analoghi a quelli di protezione civile, essendo stati emessi per affrontare uno stato di emergenza nazionale, e a questi, in base ad una ermeneutica sistematica, è stata riconosciuta la forza derogatrice di ogni disposizione vigente, anche costituzionale, eccetto i principi generali dell'ordinamento e le disposizioni europee.

Occorre, infine, considerare che la giurisprudenza costituzionale si è dimostrata costante nel considerare derogabili e sacrificabili principi e diritti costituzionali da parte di leggi o atti amministrativi emergenziali, quando si intende procedere nell'ottica di tutelare un bene giuridico costituzionale superiore, quali ad esempio i diritti alla vita e alla salute. In base a questa ponderazione, pertanto, atti amministrativi emessi per affrontare questa emergenza non soggiacerebbero ai limiti ordinari, primo tra tutti il rispetto del principio di legalità, ma potrebbero agire in deroga, purché questa sia temporanea e proporzionale alla gravità della situazione affrontata. Tali considerazioni, sviluppate perlopiù in tema di ordinanze

extra ordinem e raramente estese al giudizio della stessa decretazione di urgenza, si sono ritenute applicabili a qualsiasi altro atto amministrativo, legalmente introdotto nell'ordinamento e motivato dall'emergenza, indipendentemente dal *nomen juris*²⁹⁷.

Per una logica di chiarezza e ordine si sarebbe potuto prevedere che tale impianto normativo sostituisse, per la durata dell'emergenza, i poteri e le competenze degli altri soggetti amministrativi previamente coinvolti. Invece, queste previsioni si sono sommate, anziché sostituirsi, alle precedenti, generando un complesso sistema di provvedimenti eterogenei incrociati e basati su tre normative diverse, che abilitano diversi soggetti amministrativi a provvedere all'emergenza, con poteri e finalità diversificati.

Il Decreto Legge, peraltro, ha rimesso l'adozione dei provvedimenti necessari alle autorità competenti, senza citarle. Questo ha determinato inevitabilmente una ulteriore confusione, giacché, a norma di impianto costituzionale, le autorità competenti per i casi di crisi sanitarie avrebbero dovuto essere il Ministero della salute e le regioni. Invece, il Governo nella norma, oltre a fare un riferimento generico a tali autorità, qualifica anche sé stesso quale autorità competente e sulla base di questa previsione ha proceduto ad emanare propri atti amministrativi emergenziali. Ciò, però, non ha escluso nemmeno che le altre autorità potessero sfruttare la previsione legislativa considerandosi competenti, allargando così lo spettro dei possibili contenuti dei propri atti emergenziali, a questo punto fondati su plessi normativi diversi.

Lo scenario si è rivelato ancora più confuso ove si consideri che il Governo, oltre ai provvedimenti amministrativi attuativi di tale decreto, ha continuato anche ad utilizzare largamente la decretazione d'urgenza, mischiando in modo quasi fungibile previsioni legislative e previsioni amministrative attuative delle prime.

Gli effetti di tale sistema si sono manifestati subito, posto che ha generato una "alluvionale", contraddittoria e spesso irragionevole, nonché male coordinata, produzione di atti amministrativi proveniente da molteplici fonti, in parte attuativi

²⁹⁷ Cfr. Corte Costituzionale, sentenze n. 127/1995, n. 115/2011 e n. 85/2013, cit. In giurisprudenza amministrativa, cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 774 del 21 febbraio 2017, in *studiolegaleleggiditalia.it*; Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza, n. 4817 del 26 settembre 2013, in *studiolegaleleggiditalia.it*.

del Decreto Legge emesso per l'emergenza ed in parte del tutto autonomi²⁹⁸, che si sono sostanziati in atti emessi dal Presidente del Consiglio dei ministri, ordinanze e decreti del Ministro della Salute, ordinanze e decreti delle autorità regionali e locali²⁹⁹.

2.3. (Segue) Il nuovo rapporto tra politica e tecnica.

La terza conseguenza, invece, concerne il rapporto tra politica e tecnica. Nella gestione dell'emergenza pandemica, accanto ai tradizionali organi politici e amministrativi, si è reso necessario istituire strutture commissariali o tecnico-scientifiche, con il compito di coadiuvare proprio le autorità nell'esercizio dei poteri pubblici, ordinari o straordinari, di gestione della crisi³⁰⁰.

D'altro canto, lo stesso Codice prevede proprio la possibilità di coinvolgimento di soggetti tecnici, anche esterni alla pubblica amministrazione³⁰¹. Pertanto, è stato possibile procedere alla nomina di commissari delegati, incaricati di coordinare l'attuazione delle ordinanze di protezione civile, che operano in regime straordinario fino alla scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale (art. 25, settimo comma, Codice Protezione Civile), ed è stato anche possibile coinvolgere la comunità scientifica, mediante l'integrazione delle ricerche prodotte nelle azioni di protezione civile (art. 19) o attraverso l'istituzione di centri di competenza (art. 21)³⁰².

²⁹⁸ Cfr. CELOTTO A., *Ordinanze, decreti e circolari. Celotto dà i numeri sul coronavirus*, in *Analisi commenti e scenari*, 8 aprile 2020.

²⁹⁹ Sul punto, in particolare, cfr. a MASSA PINTO I., *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche ai giuristi)*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020; DRIGO C., MORELLI A., *Dossier – L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina*, in *Diritti Regionali*, 26 marzo 2020; MORELLI A., *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, fasc. 1, 2020, pp. 517 ss.

³⁰⁰ Cfr. BARONE A., *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *federalismi.it*, 29 aprile 2020, il quale, in particolare, ha sottolineato come la scienza sia stata l'alleato indispensabile dei pubblici poteri nella gestione della crisi pandemica.

³⁰¹ Cfr. ALLEGRETTI U., *Il Codice di Protezione Civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 2018, p. 1.

³⁰² Invero, per citarne alcuni, con l'ordinanza del Capo Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020 è stato istituito il Comitato tecnico scientifico di cui si avvale lo stesso Capo Dipartimento. Con D.P.C.M. 10 aprile 2020, è stato istituito un Comitato di esperti in materia economica e sociale, con il compito di elaborare e proporre al Presidente del Consiglio misure necessarie per fronteggiare l'emergenza epidemiologica e per permettere la ripresa graduale delle

3. Il rapporto tra poteri centrali e poteri periferici nella gestione dello stato di emergenza pandemica.

L'ultima conseguenza da considerare, infine, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, ha riguardato il rapporto tra poteri centrali e poteri periferici nella gestione della crisi pandemica e nella definizione delle misure di contrasto al virus. Come detto, la dichiarazione dello stato di emergenza è stato un atto deliberato dal Consiglio dei Ministri e la rilevanza nazionale dell'emergenza pandemica ha portato ad un rafforzamento dei poteri straordinari del Presidente del Consiglio stesso. Ciò, tuttavia, non si è tradotto in una centralizzazione dei poteri di azione per contrasto all'epidemia in capo al Governo e ai poteri statali, ma anzi ha portato al coinvolgimento delle regioni e delle autonomie che hanno ricoperto un importante ruolo nella gestione della crisi.

D'altro canto, occorre considerare che l'emergenza è principalmente di tipo sanitario e non solamente l'ordinamento sanitario, come abbiamo visto, legittima azioni anche *extra ordinem* da parte di regioni e enti locali, ma tale potere di azione trova anche un ancoraggio costituzionale in una materia di legislazione concorrente, come è quella che attiene alla tutela della salute (art. 117 Cost.).

Lo stesso dicasi per la materia protezione civile, la quale copre il sistema che attraverso il Codice è stato utilizzato per dichiarare lo stato di emergenza. Il Codice, in particolare, non prevede l'esclusione delle istanze regionali e locali dall'esercizio dei poteri di emergenza, ma anzi favorisce dinamiche di collaborazione tra centro e periferia, precisando che "le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate" (art. 25, Codice della Protezione Civile).

Contribuisce a completare il quadro anche la profilassi internazionale, che però per l'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost. è materia di esclusiva

attività. La nomina dei membri di questi comitati è stata qualificata atto di alta amministrazione da parte della giurisprudenza: cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sezione I, decreto del 20 aprile 2020, n. 2915, in *studiolegale.leggiditalia.it*.

competenza statale. Tuttavia, per come è stata declinata dalla legislazione ordinaria, sembra consistere in compiti specifici che lo Stato è chiamato ad assicurare in via esclusiva nell'interesse della salute dei singoli, ma attraverso azioni proiettate verso l'esterno e in un contesto di polizia sanitaria internazionale, “anziché verso l'interno e in chiave di risposta solitaria delle istituzioni centrali a situazioni emergenziali”³⁰³.

Orbene, occorre prendere atto che il nostro ordinamento si caratterizza per essere fondato, come poc'anzi accennato, su di un “pluralismo istituzionale paritario”³⁰⁴, in virtù del quale le competenze sono diversamente articolate in base al principio di autonomia organizzativa. Orbene, la gestione dell'emergenza pandemica, che, per sua natura, oltrepassa i confini territoriali – e nazionali – e, al contempo, si sviluppa in misura di intensità differente nei diversi ambiti, ha richiesto, perciò, che i diversi enti territoriali si coordinassero al fine di predisporre gli strumenti di intervento più adeguati, in conformità al principio di leale collaborazione, in senso sia ascendente che discendente³⁰⁵.

Il quesito, dunque, che si è aperto, in questo quadro normativo che ne riconosce la competenza, ha riguardato l'individuazione delle condizioni che legittimano le “incursioni” delle autorità regionali e locali dirette ad integrare la dimensione nazionale dell'emergenza con la differente concentrazione territoriale del contagio.

Come detto, di fronte al dilagare della pandemia, dapprima in alcune zone e successivamente nell'intero territorio nazionale, il Governo è intervenuto, adottando una serie consecutiva di provvedimenti finalizzati principalmente, da un lato, a contenere la diffusione del contagio attraverso una serie di misure precauzionali, di crescente intensità, incidenti sull'esercizio di alcune delle più

³⁰³ A conferma di quanto appena affermato, può essere utile ricordare che l'art. 126, D. Lgs. n. 112/1998 definisce i compiti che devono essere riconosciuti allo Stato a titolo di profilassi internazionale, precisando che “ai sensi dell'articolo 1, comma 3, lettera i), della legge 15 marzo 1997, n. 59, sono mantenute allo Stato, anche avvalendosi delle aziende USL sulla base di apposito accordo definito in sede di Conferenza unificata, le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale, con particolare riferimento ai controlli igienicosanitari alle frontiere, ai controlli sanitari delle popolazioni migranti, nonché ai controlli veterinari infracomunitari e di frontiera”.

³⁰⁴ Cfr. CAMMELLI M., *Amministrazione (ed interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, fasc. 6, pp. 1273 ss., 1274.

³⁰⁵ Cfr. DI CAPUA V., FORGIONE I., *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza covid-19*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, fasc. 3, p. 330.

importanti libertà personali garantite dalla Costituzione, e dall'altro, a supportare l'economia nazionale, colpita indirettamente dalla crisi³⁰⁶.

Il secondo comma dell'art. 3 del Decreto Legge n. 6 del 2020 ha riconosciuto che “nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri [...], nei casi di estrema necessità ed urgenza”, le misure potessero essere adottate anche dal Presidente della Regione e dal Sindaco.

Le perplessità che una simile previsione – corrispondente ad una “delega in bianco” – ha sollevato sono state molteplici, in quanto, di fatto, non solo ci si è trovati di fronte ad un potere esercitabile da diversi organi pubblici, posto che il decreto, genericamente, contiene il riferimento alle “autorità competenti”, ma, per di più, riconosce il potere di emanare “misure ulteriori” rispetto a quelle specificamente previste dal Decreto stesso all'art. 1³⁰⁷.

Al fine di porre rimedio a questa confusa previsione, con il successivo decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020³⁰⁸, il Governo ha ritenuto che fosse opportuno concentrare il potere di gestione dell'emergenza in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, al quale ha riconosciuto la “regia” dell'operazione complessiva, individuando, al contempo, una serie di presupposti e limiti riguardanti la possibilità di esercizio del potere di ordinanza regionale e sindacale³⁰⁹.

3.1. (Segue) Il potere di ordinanza delle Regioni.

Per richiamare quanto in precedenza già detto, nell'ambito della legislazione amministrativa, il termine “ordinanza” si connota per essere idoneo a

³⁰⁶ Cfr. GNES M., *I limiti del potere d'urgenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, pp. 645 ss.; CABIDDU M.A., *Necessità ed emergenza ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, pp. 167 ss.

³⁰⁷ Cfr. sul punto MAZZAROLLI L.A., “Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo 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*, paper - 23 marzo 2020; DE GIORGI CEZZI G., *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in *Federalismi.it*, 6, 2020.

³⁰⁸ Recante “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”, convertito, con modificazioni, in Legge del 22 maggio 2020, n. 35.

³⁰⁹ Cfr. sul punto, Consiglio di Stato, parere del 7 aprile 2020, n. 735.

ricomprensione una molteplicità di atti giuridici, non riconducibili ad una categoria unitaria³¹⁰.

Generalmente, l'espressione racchiude provvedimenti autoritativi che impongono o vietano o regolano, individuando un comando più articolato del semplice ordine. Infatti, mentre quest'ultimo si atteggia come atto vincolato o frutto di discrezionalità tecnica, l'emanazione di una ordinanza consegue, invece, ad un processo valutativo: è intrisa cioè di discrezionalità³¹¹.

Invero, come abbiamo avuto modo di ribadire finora, e come sottolineato dalla dottrina più recente, il potere di ordinanza contingibile e urgente è "caratterizzato da un contenuto determinabile discrezionalmente e non prestabilito dalla legge, idoneo ad incidere, tramite la sospensione e la deroga, sulla legislazione in vigore, con efficacia tendenzialmente temporanea"³¹².

Orbene, il fondamento normativo del potere d'ordinanza riconosciuto alle Regioni in materia di sanità pubblica è costituito dall'art. 32, della Legge n. 833 del 1978 e dall'art. 117, del decreto legislativo n. 112 del 1998, espressamente richiamati dalla normativa emergenziale, che attribuiscono al Ministro della Salute, al Presidente della Regione e al Sindaco il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti, rispettivamente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, e nel caso di emergenze sanitarie, a seconda dell'estensione territoriale (nazionale, interregionale, intercomunale o comunale) del fenomeno.

³¹⁰ Cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, 1976, pp. 89 ss., specialm. 90; BARTOLOMEI F., *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, pp. 3 ss.

³¹¹ Cfr. MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, fasc. 1-2, pp. 33 ss.; GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati (commento a Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76)*, in *Giurisprudenza complementare della cassazione civile*, 1948, I, pp. 388 ss.; CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., passim; CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, cit., pp. 31 ss.; CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., pp. 345 ss.

³¹² Cfr. BERNABEI G., *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza*, Padova, 2017, pp. 225-226. Sul punto, cfr., altresì, FRANCO I., *Manuale del nuovo Diritto Amministrativo*, Milano, 2012, pp. 170-171; il quale afferma: "Pare, peraltro, fuori discussione, in primo luogo, che limiti al potere di ordinanza scaturiscano già dalle specifiche norme di legge ordinaria che attribuiscono a specifici organi della Pubblica Amministrazione, la competenza ad emettere ordinanze necessitate. [...] Si pongono, insomma, delicati problemi di bilanciamento e contemperamento di contrapposti diritti ed interessi ogni volta che la Pubblica Amministrazione avverte il dovere di provvedere con lo strumento dell'ordinanza di necessità e urgenza".

Sebbene le disposizioni richiamate abbiano un contenuto tendenzialmente non dissimile, tuttavia, esse riguardano una disciplina normativa diversa.

Invero, il settore della sanità e del connesso settore dell'igiene pubblica, da sempre rappresentano “uno dei campi di tradizionale e più diffusa applicazione” del “diritto amministrativo dell'emergenza, inteso come il complesso degli istituti giuridici utilizzati dalla pubblica amministrazione in situazioni di necessità, straordinarietà od urgenza”³¹³.

Le ordinanze contingibili ed urgenti divengono così degli strumenti privilegiati che l'autorità competente può adottare, in forza della relativa legge che ne attribuisce il potere, laddove si verificano delle circostanze di carattere eccezionale, le quali non sono suscettibili per la loro natura straordinaria di essere regolate in via ordinaria, in quanto necessitano di un intervento tempestivo per evitare il prodursi di un danno a beni e interessi pubblici di particolare rilevanza.

L'evoluzione dei caratteri del potere d'ordinanza delle autorità sanitarie riflette “la transizione dall'amministrazione delle emergenze all'amministrazione dei rischi”, e risulta scandita da tre fasi, nel corso delle quali alla perdita della fiducia nel progresso e del primato della legge, si accompagna l'adesione ad un concetto sempre più ampio di emergenza con conseguente estensione dei poteri dell'amministrazione che può intervenire per regolarla³¹⁴.

La fase conclusiva di questo processo evolutivo coincide, in particolare, con l'affermazione, nel contesto internazionale ed europeo, del c.d. “principio di precauzione”. In particolare, questo principio è entrato a far parte del nostro ordinamento nazionale grazie al “rinvio aperto” contenuto nel primo comma dell'art. 1, della Legge n. 241/1990 ai “principi dell'ordinamento comunitario”, ha profondamente modificato i caratteri della funzione amministrativa dell'emergenza. Previsto all'art. 191, paragrafo 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, tale principio, come è stato sottolineato nella Comunicazione

³¹³ Cfr. CHITI M.P., *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2006, pp. 141 ss. In particolare, L'autore sottolinea come “epidemie, pandemie e catastrofi sanitarie [siano] infatti da sempre ricorrenti e diffuse, sì da richiedere speciali misure alle pubbliche amministrazioni preposte alla cura di funzioni di protezione della salute umana e delle condizioni di salubrità collettiva”.

³¹⁴ Cfr. CHITI M.P., *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit., pp. 144 ss.

della Commissione europea del 2 febbraio 2000, dovrebbe essere preso in considerazione “nell’ambito di una strategia strutturata di analisi dei rischi, comprendente tre elementi: valutazione, gestione e comunicazione del rischio”³¹⁵.

Il ricorso al principio di precauzione si determina soltanto in presenza di un rischio potenziale, a volte globale, per l’ambiente o per la salute pubblica, in situazioni di incertezza scientifica³¹⁶: “I responsabili debbono essere pienamente consapevoli del grado d’incertezza collegato ai risultati della valutazione delle informazioni scientifiche disponibili. Giudicare quale sia un livello di rischio ‘accettabile’ per la società costituisce una responsabilità eminentemente politica. I responsabili, posti di fronte ad un rischio inaccettabile, all’incertezza scientifica e alle preoccupazioni della popolazione, hanno il dovere di trovare risposte”³¹⁷.

L’applicazione di questo principio nella fase di gestione del rischio si rivela essere un compito molto delicato, in quanto vengono in gioco interessi che spesso tra di loro possono essere in concorrenza e che richiedono un’adeguata ponderazione. In altri termini, i “responsabili politici” devono “costantemente affrontare il dilemma di equilibrare le libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni con l’esigenza di ridurre o eliminare il rischio di effetti negativi per l’ambiente o per la salute”³¹⁸.

Oltre al necessario dovere di bilanciamento, la decisione politica deve, al contempo, giustificare il ricorso al principio di precauzione: per quanto si sia di fronte ad un rischio potenziale, difficilmente quantificabile in quanto i dati scientifici si rivelano insufficienti, tale condizione di incertezza “non può in nessun caso legittimare l’adozione di decisioni arbitrarie”³¹⁹.

³¹⁵ Cfr. Commissione Europea, Comunicazione sul ricorso al principio di precauzione, COM (2000), 2, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&from=EN>.

³¹⁶ Cfr. DONATI A., *L’Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc.1, 2020, pp. 591 ss. Sulla necessaria correlazione tra principio di precauzione e principio di proporzionalità, particolarmente in riferimento all’agire pubblico, cfr. PASQUINO T., *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra “rischio” ed “emergenza”*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc.1, 2020, pp. 597 ss.

³¹⁷ Cfr. Tribunale di I grado delle Comunità Europee, 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00 e altre, *Artedogan GmbH e altri C/ Commissione delle Comunità Europee*, in *Raccolta della Giurisprudenza*, 2002, II-04945, punto 184, nella quale si afferma, altresì, “Il “principio di precauzione costituisce un principio generale del diritto comunitario che obbliga le autorità competenti ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l’ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici”.

³¹⁸ Cfr. Commissione Europea, Comunicazione sul ricorso al principio di precauzione, cit., p. 7.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 13.

Orbene, il caotico momento che si è vissuto con l'esplosione della pandemia ha, tuttavia, messo in discussione i parametri appena visti, dando vita ad una serie di modifiche – che non sembra scorretto definire talvolta “arbitrarie”³²⁰ rispetto alla disciplina appena vista – che hanno determinato di fatto uno sviamento dell'esercizio del potere di ordinanza da parte delle Regioni rispetto ai presupposti visti per l'esercizio di un potere precauzionale, che ha determinato, quindi, un ribaltamento di tali presupposti, che sono diventati così indeterminati e generici nei presupposti e nei contenuti.

Non solo, ma il carattere cautelare delle misure ha determinato anche la ripetuta modifica o la revoca al variare delle circostanze iniziali che ne avevano determinato l'emanazione. Ancora, alla base della loro emanazione non vi è neppure stata un'istruttoria completa e dettagliata, o comunque un'analisi costi/benefici derivanti dalla scelta di non agire o di agire e, di conseguenza, si è persa anche l'aderenza della misura ai canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità³²¹.

Tutto quanto detto ha fatto sì che gli effetti si riverberassero sui canoni di legittimità dell'azione amministrativa e dell'intensità del controllo giurisdizionale, che “nei provvedimenti necessitati precauzionali lambisce la proporzionalità e l'adeguatezza della misura, sviluppandosi intorno al parametro costi/benefici in relazione alle conseguenze ed estendendosi quindi alla discrezionalità”³²².

Tutto quanto detto ha comportato anche una modifica rispetto al modello di amministrazione, il quale, se nell'impostazione originaria era completamente dominato dalla legge (statale)³²³, al contrario, nelle fasi successive, susseguenti

³²⁰ Invero, come affermato dalla Commissione Europea: “i principi generali di applicazione del principio di precauzione sono: proporzionalità, non discriminazione, coerenza, esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dalla mancanza di azione, esame dell'evoluzione scientifica”. Cfr. Commissione Europea, Comunicazione sul ricorso al principio di precauzione, cit., pp. 17 ss.

³²¹ Cfr. DI CAPUA V., FORGIONE I., *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza covid-19*, cit., pp. 330 ss.

³²² Cfr. CHITI M.P., *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit., p. 152, il quale già aveva riconosciuto questa potenzialità dei pubblici poteri, nella parte in cui ha affermato che l'amministrazione “è incaricata dell'arduo compito di rendere le decisioni sensibili alla mobilità del progresso tecnico-scientifico”.

³²³ Un esempio normativo della prima fase può essere rinvenuto nel Regio Decreto del 3 febbraio 1901, n. 45 (Regolamento generale sanitario), il cui art. 134 attribuiva all'autorità sanitaria, al verificarsi “di una malattia esotica diffusiva (colera, peste, febbre gialla)” il potere di “provvedere d'ufficio”, mediante ordinanze di carattere contingibile ed urgente previste dall'allora vigente legge comunale, “all'isolamento del malato e delle persone che hanno avuto contatto con esso, nel modo che crederà più opportuno e finché non sia scomparso ogni pericolo di contagio”. Seguivano una

l'espansione dei contagi, è venuta ad assumere l'arduo compito di conformare le decisioni ai repentini cambiamenti che si stavano verificando³²⁴.

Gli articoli 32 della Legge n. 833 del 1978 e 117 del decreto legislativo n. 112 del 1998 individuano, infatti, solamente un presupposto genericamente accennato – ossia l'insorgere di eventuali emergenze sanitarie – per l'esercizio del relativo potere di ordinanza, il quale, peraltro, viene frazionato tra una pluralità di enti dotati di competenze in materia; il carattere contingibile e urgente dei provvedimenti ne legittima la natura derogatoria³²⁵.

Le ordinanze così adottate dalle Regioni possono, dunque, essere ricondotte allo schema teorico delle ordinanze *extra ordinem*, formula impiegata per riassumere una serie variegata di “atti generali o singolari non predeterminati quanto al contenuto”³²⁶, giustificati da una necessità o, comunque, da un'emergenza. Invero, le norme che disciplinano tali categorie di atti si connotano in quanto si limitano solamente ad individuare il presupposto – costituito dall'urgente necessità di provvedere – e ad indicare il fine da perseguire. Non individuano, però, nello specifico l'autorità che possa procedere alla loro emanazione, limitandosi solamente a prevedere che l'autorità procedente è “autorizzata ad eseguire, ordinare, vietare tutto quello che contingentemente appare necessario e indispensabile per il raggiungimento del fine”³²⁷.

Proprio il fatto che la disciplina in tema non individua il contenuto, ma lascia che sia l'amministrazione procedente ad individuare le misure più adeguate allo scopo in base alla natura degli eventi straordinari da fronteggiare, ha spinto autorevole dottrina a definire tali ordinanze “libere”³²⁸.

serie di norme contenenti misure puntuali, di carattere precauzionale, dirette ad evitare la propagazione della malattia (tra cui, disinfezione della biancheria, divieto delle fiere, dei mercati, delle pubbliche riunioni, ecc.). Cfr. MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., pp. 3 ss.

³²⁴ Cfr. CHITI M.P., *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit., p. 153.

³²⁵ Sul punto cfr., in particolare, RAFFIOTTA E., *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista AIC*, fasc. 3, 2017, il quale, ancora prima dell'esplosione dell'emergenza pandemica, ha sottolineato come tali atti pur avendo limiti di efficacia nel tempo, non incontrano limiti territoriali, anche se è evidente che l'ordine possa valere solo sul territorio interessato all'emergenza.

³²⁶ Cfr. CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., pp. 5 ss.

³²⁷ Cfr. RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, cit., p. 91.

³²⁸ Cfr. MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 35.

Come abbiamo visto, il fatto che la fattispecie “insolita”³²⁹ non possa essere regolata mediante il ricorso agli strumenti ordinari determina la circostanza per cui l’esercizio del potere di ordinanza si ponga in deroga rispetto alla normativa vigente³³⁰, rendendo necessaria, in virtù del principio di legalità e della riserva di legge che governa i rapporti tra legge e Amministrazione, l’aderenza ad una serie di principi precisati, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza costituzionale³³¹.

3.1.1. (Segue) Alcune ordinanze regionali nella gestione della pandemia.

In virtù di quanto sinora detto, dunque, si pone ora l’esigenza di comprendere come e quanto il potere di ordinanza regionale in materia sanitaria sia

³²⁹ Cfr. GIANI L., *Dalla cultura dell’emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. Giani, M. D’Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell’emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, pp. 15 ss.

³³⁰ Cfr. GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati (commento a Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76)*, cit., pp. 389-390, il quale, in particolare sottolinea che il potere di ordinanza “ha la funzione di valvola cui si ricorre in casi estremi, cioè, in termini non figurati, ma giuridici, è una deroga al principio della riserva di legge, predeterminata dallo stesso ordinamento per fini eccezionali”. Cfr. SPUNTARELLI S., *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottate in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, fasc. 3, III, pp. 1 ss., il quale rileva che “in questo fenomeno si verifica una sorta di autorizzazione alla deroga ‘in bianco’”.

³³¹ A mo’ di richiamo a quanto già adeguatamente trattato in precedenza, la Corte ha in più occasioni chiarito che il rapporto derogatorio, “lungi dall’aprire un vero e proprio ‘spazio vuoto’ alla attività amministrativa, trova in ragione di come esso si configura dei limiti al proprio operare nel sistema normativo” (in tal senso cfr. Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 147, con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 1961. In giurisprudenza cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 115 del 2011; n. 127 del 1995; n. 418 del 1992; n. 32 del 1991; n. 617 del 1987; n. 8 del 1956; n. 4 del 1977 (par. 3.1. del considerato in diritto).

Inoltre, tale rapporto derogatorio non può porsi in contrasto con i principi generali dell’ordinamento giuridico (espresi o impliciti) e con “quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell’ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria” (cfr. Corte costituzione, sentenza n. 26 del 1961, par. 5 del considerato in diritto).

Nelle materie coperte da riserva assoluta di legge, si esclude l’ammissibilità di ordinanze con contenuto dispositivo difforme dall’atto legislativo emanato in conformità alla Costituzione, mentre in quelle coperte da riserva relativa, le ordinanze sono legittime solo se (ed in quanto) la legge ordinaria definisca puntualmente (e preliminarmente) “i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell’organo a cui il potere è stato attribuito” (cfr. Corte costituzione, sentenza n. 26 del 1961, cit.), e dunque se si mantengano all’interno del perimetro legislativo così tratteggiato. Il potere di ordinanza *extra ordinem*, sul piano della legalità procedimentale, deve essere inoltre adeguato alla concreta situazione di fatto da fronteggiare, limitato nel tempo negli effetti (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 8 del 1956, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, fasc. I, pp. 683 ss.), motivato, ben definito “nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio” (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 127 del 1995), rispondente ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità tra il sacrificio imposto e il fine di interesse pubblico.

stato esercitato per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, inserendosi nel "varco" aperto dal Decreto Legge n. 6 del 2020.

Per rispondere alla questione posta, possono prendersi come punto di riferimento tre Regioni italiane in particolare, ossia Lombardia, Veneto e Campania, le quali hanno avuto una concentrazione di contagi differente nei rispettivi territori e si sono mosse lungo direttive diverse per fronteggiare il fenomeno³³².

Mentre infatti la Lombardia e il Veneto sono state tra le prime Regioni ad essere interessate dall'emergenza sanitaria – che ha raggiunto in tali territori un'estensione e un'intensità senza precedenti nella storia –, al contrario, il rischio di contagio in Campania non è mai arrivato a stadi così avanzati. Eppure, la strategia predisposta da quest'ultima Regione per contenere la propagazione del virus è stata decisamente più restrittiva rispetto a quella elaborata dalle prime.

Nello specifico, all'inizio dell'emergenza, la Lombardia e il Veneto hanno esercitato il potere d'ordinanza d'intesa con il Ministro della Salute³³³, ponendo in essere, dunque, un piano d'azione improntato al principio di leale collaborazione.

Tuttavia, a partire dal momento in cui l'intero territorio nazionale è stato dichiarato "zona rossa" dal D.P.C.M. del 9 marzo 2020, le due Regioni hanno agito in autonomia, sebbene le ordinanze adottate hanno introdotto solamente misure di attuazione o di integrazione delle misure assunte a livello nazionale. Ne sono emblema le ordinanze che, pur vietando l'attività ludica e ricreativa all'aperto, hanno sempre consentito l'attività motoria e sportiva individuale in prossimità dell'abitazione e nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale³³⁴; quelle che hanno disposto la chiusura delle "aree verdi"³³⁵; quelle volte a disciplinare nel

³³² Cfr. DI CAPUA V., FORGIONE I., *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza covid-19*, cit., pp. 330 ss.

³³³ Il riferimento, in particolare, è alle ordinanze del 21 febbraio 2020 e del 23 febbraio 2020, emanate, rispettivamente, dalla Regione Veneto e dalla Regione Lombardia d'intesa con il Ministro della Salute

³³⁴ Si vedano le ordinanze della Regione Lombardia nn. 514, 521 e 528, e le ordinanze della Regione Veneto nn. 33 e 40.

³³⁵ La chiusura delle "aree verdi" è stata disposta, nella Regione Lombardia, dall'ordinanza n. 514 (punto 17) e confermata dall'ordinanza n. 521, e nella Regione Veneto, dall'ordinanza n. 33, confermata dall'ordinanza n. 38, che ne ha consentito tuttavia la manutenzione. I provvedimenti si sono posti in linea con quanto disposto dall'ordinanza del Ministro della Salute 20 marzo 2020 e recepita, poi, a livello legislativo con D.L. n. 19/2020, in attuazione del quale il D.P.C.M. 10 aprile 2020 l'ha prescritta come obbligatoria sull'intero territorio nazionale.

dettaglio le modalità di svolgimento delle attività economiche consentite al fine di evitare assembramenti all'interno dei locali³³⁶ e a garantire il monitoraggio delle condizioni di salute del personale e dei clienti³³⁷; quelle che hanno assentito l'esercizio dell'attività mercatale all'aperto limitatamente alla vendita dei generi alimentari³³⁸; quelle che hanno sospeso l'attività di ristorazione con la sola esclusione della modalità con consegna a domicilio e da asporto³³⁹.

Le deroghe che hanno ampliato o ristretto la portata della disciplina nazionale hanno, infatti, costituito solamente degli interventi sporadici: si pensi, ad esempio, ai provvedimenti che hanno imposto l'uso obbligatorio del dispositivo di protezione individuale (c.d. mascherina) anche nei luoghi all'aperto³⁴⁰, in parziale difformità alle prescrizioni nazionali che, invece, hanno limitato tale obbligo ai luoghi chiusi; all'ordinanza della Regione Lombardia che ha assentito la vendita mediante consegna a domicilio anche per le categorie merceologiche non comprese nell'allegato 1 del D.P.C.M. del 10 aprile 2020³⁴¹; all'implementazione, nella Regione Veneto, degli screening sanitari volti ad individuare i potenziali contagiati "asintomatici" (considerati uno dei veicoli principali di diffusione del virus tra la popolazione)³⁴².

La Regione Campania, invece, ha esercitato il potere di ordinanza in una direzione completamente diversa rispetto a quella vista, che ha portato all'adozione di una serie di decisioni – sovente caotiche e poco coordinate – che hanno derogato alla disciplina nazionale, per l'intensità crescente delle forme di contenimento del contagio, dal contenuto particolarmente invasivo e fortemente compressivo dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantite. Si pensi al divieto imposto ai residenti nel territorio campano di uscire dalla propria abitazione, residenza,

³³⁶ Cfr., a titolo esemplificativo, cfr. l'ordinanza della Regione Lombardia n. 514 e l'ordinanza della Regione Veneto n. 33.

³³⁷ Si pensi alla rilevazione sistematica della temperatura corporea del personale e dei clienti di farmacie, parafarmacie ed esercizi commerciali. Cfr., le ordinanze della Regione Lombardia nn. 514 e 521.

³³⁸ Cfr. l'ordinanza della Regione Lombardia n. 522 e l'ordinanza della Regione Veneto n. 45.

³³⁹ Cfr. l'ordinanza della Regione Lombardia n. 514.

³⁴⁰ Cfr. le ordinanze della Regione Lombardia nn. 521 e 520 e nella Regione Veneto l'ordinanza n. 40.

³⁴¹ Cfr. l'ordinanza n. 528.

³⁴² Si tratta del Piano Epidemia Covid 19 Interventi Urgenti di Sanità Pubblica, frutto dell'accordo concluso tra la Regione e l'Azienda Ospedaliera dell'Università di Padova, allegato alla delibera della Giunta regionale n. 344 del 17 marzo 2020.

domicilio o dimora³⁴³, fornendo un'interpretazione restrittiva delle “situazioni di necessità” che giustificano lo spostamento; oppure di svolgere non solo l'attività ludica o ricreativa, ma anche quella sportiva e motoria individualmente, in prossimità dell'abitazione e nel rispetto delle norme sulla distanza di sicurezza interpersonale (attività, si badi bene, sempre consentita a livello nazionale)³⁴⁴.

Un contenuto parzialmente analogo presentano le ordinanze riguardanti le attività economiche consentite, presenti nel territorio regionale, che, sovrapponendosi ai provvedimenti nazionali, hanno recato prescrizioni derogatorie (più restrittive) dirette a limitare talune modalità di svolgimento: ad esempio, viene vietata del tutto la produzione e la vendita, anche a domicilio, di categorie merceologiche ammesse dai provvedimenti governativi, nonché lo svolgimento dell'attività mercatale all'aperto anche con riguardo alla vendita dei generi alimentari³⁴⁵.

Il raffronto tra l'operato di tali Regioni dimostra, dunque, come nell'emergenza di fronteggiare la pandemia si sia fatto senz'altro un uso piuttosto disomogeneo del potere di ordinanza. Invero, mentre la Lombardia e il Veneto si sono tendenzialmente allineate alla strategia governativa, limitandosi ad introdurre ulteriori prescrizioni di dettaglio senza tuttavia comprometterne il disegno complessivo, al contrario la Campania, nonostante l'emergenza non abbia raggiunto lo stadio delle prime, ha usato il più delle volte potere d'ordinanza in direzione ulteriormente compressiva (e talvolta sospensiva) di libertà personali ed economiche, finendo per instaurare un regime amministrativo che talvolta si è dimostrato poco conforme ai generali principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità. Il risultato che ne è derivato ha creato un articolato e complesso sistema emergenziale locale che si è sviluppato “in parallelo”³⁴⁶ al sistema di gestione nazionale, generando incertezza, insicurezza e, in alcuni casi, per il tenore delle prescrizioni impositive di obblighi e divieti, finanche paura nei consociati³⁴⁷.

³⁴³ Il riferimento è alle ordinanze nn. 15, 23, 27 e 32.

³⁴⁴ Specificamente, dall'art. 1, comma 1, lett. b), dell'ordinanza del Ministro della Salute 20 marzo 2020.

³⁴⁵ Cfr. l'ordinanza n. 13 e la successiva ordinanza n. 25.

³⁴⁶ Cfr. GIGLIONI F., *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 2013, pp. 48 ss.

³⁴⁷ Cfr. BARTOLINI A., *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, in www.giustiziainsieme.it, il quale sottolinea come l'ordinamento emergenziale abbia “innescato una

3.2. (Segue) Il potere di ordinanza dei Sindaci.

Anche rispetto alle ordinanze sindacali vale l'assunto sinora analizzato secondo cui lo stato di urgente necessità rappresenta il presupposto che giustifica l'intervento dell'Amministrazione, la quale è chiamata a definire – mediante un autonomo processo valutativo – quale sia la misura più idonea per il raggiungimento di un determinato scopo³⁴⁸.

In altre parole, posta l'eccezionalità e la straordinarietà dell'evento che si verifica, la legge non può predeterminare il contenuto di tali atti, tanto meno può tipizzarlo, lasciando che sia l'attore procedente, discrezionalmente³⁴⁹, a valutare quali siano le decisioni più adatte per fronteggiare le varie fattispecie concrete che possono manifestarsi nella realtà³⁵⁰.

Anche per ciò che concerne, quindi, le ordinanze sindacali, trattandosi di atti amministrativi, è necessario che rispettino i limiti imposti dal rispetto dell'ordinamento costituzionale e dal principio di legalità. La loro emanazione, inoltre, deve essere preceduta da una adeguata istruttoria e da una congrua motivazione in merito alla sussistenza della situazione di fatto non tipizzata dalla legge³⁵¹.

concorrenza tra livelli territoriali senza eguali, che rischia di lacerare il tessuto democratico, con conseguenze inimmaginabili per la tenuta del paese”.

³⁴⁸ Cfr. MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., pp. 33 ss.

³⁴⁹ Come sottolineato da FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., p. 91, si tratta di discrezionalità tecnica.

³⁵⁰ Cfr. La giurisprudenza ha da tempo chiarito che “l'assenza d'ogni predeterminazione legislativa del contenuto al fine di consentirle quei margini di elasticità indispensabili per garantire efficienza ed efficacia e per renderla così adeguata a provvedere ai casi di urgenza”. Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 580 del 9 febbraio 2001, in *Foro Amministrativo*, 2001, f. 2. Rileva in proposito CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., p. 796, che i presupposti, i motivi o fini di interesse pubblico, talvolta le materie definiscono “al tempo stesso le regole di legittimità delle ordinanze, o secondo altra terminologia, del corretto esercizio del potere”. Sul punto, altresì, cfr. VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, pp. 26 ss., 32 ss., i quali ritengono che le ordinanze sarebbero provvedimenti nominati, per il fatto di essere astrattamente previsti dall'ordinamento, ma non tipizzati, poiché i loro effetti non vengono puntualmente disciplinati dalla legge.

³⁵¹ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza del 29 aprile 2019, n. 2696, Massima redazionale 2019: “Poiché il potere di ordinanza sindacale contingibile e urgente presuppone comunque situazioni di pericolo effettivo non tipizzate dalla legge, la relativa sussistenza deve esser suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione, che solo in ragione di tali situazioni 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 di

In rilievo viene, inoltre, il principio di proporzionalità, in virtù del quale tra i vari strumenti di intervento disponibili, deve optarsi per quello che consenta senz'altro di raggiungere un determinato fine, ma che, al contempo, si riveli il più idoneo a tutelare l'interesse pubblico, con minore compressione delle posizioni giuridiche soggettive dei privati³⁵², in maniera tale che a seguito della sua adozione possa adeguatamente realizzarsi un equo bilanciamento tra circostanze di fatto, contenuto dell'atto e finalità di pubblico interesse perseguite³⁵³.

Al principio di proporzionalità, si affianca, anche il principio di ragionevolezza, da intendere come congruità del mezzo prescelto rispetto allo scopo da raggiungere. Tale principio postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa, attraverso la costruzione di un puntuale iter di logicità-congruità, che valorizzi la connessione tra l'evento e la misura da adottare³⁵⁴.

Fatta questa premessa di ordine generale, va considerato che l'esercizio del potere di ordinanza da parte dei Comuni in occasione di emergenze sanitarie è esplicitamente conferito dall'art. 50, quinto comma del Testo Unico Enti Locali – quali rappresentanti della comunità locale³⁵⁵ –, per far fronte a specifici pericoli per la salute pubblica a livello territoriale che esigano immediati interventi, sia per porre rimedio a un danno già verificatosi, sia per evitare che esso si verifichi, nonché, quali autorità sanitarie locali, dall'art. 32, della legge n. 833 del 1978. In simili ipotesi, il Sindaco, essendo il soggetto istituzionale più vicino ad una certa comunità, è ritenuto dall'ordinamento quello più adatto ad interpretarne e soddisfarne le criticità riferibili ad un ambito spaziale limitato.

provvedimenti”. Tale obbligo, invero, è posto in generale per tutti i provvedimenti amministrativi dall'art. 2 della Legge n. 241 del 1990, allo scopo di ricostruire le ragioni effettive delle scelte compiute, anche attraverso una valutazione della loro razionalità e adeguatezza. Sul punto cfr., altresì, GNES M., *I limiti del potere d'urgenza*, cit., a parere del quale le scelte discrezionali devono essere adeguatamente motivate dall'autorità amministrativa “sulla ricorrenza delle condizioni” legittimanti l'adozione del provvedimento.

³⁵² Questo principio non è assoluto, infatti la giurisprudenza ha specificato che esso deve temperarsi con l'esigenza di risolvere nel più breve tempo possibile l'emergenza. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione I, sentenza del 22 marzo 2000, n. 256, in *Ragiusan*, 2000, f. 197, p. 169.

³⁵³ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza del 1° luglio 2019, n. 4509, in *Quotidiano Giuridico*, 2019.

³⁵⁴ Sul punto, in particolare, cfr. COGNETTI S., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, fasc. 5, p. 1213.

³⁵⁵ Cfr. BROCCA M., *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012, pp. 131-138. L'Autore, in particolare, elabora una distinzione delle ordinanze del Sindaco quale organo dell'ente locale ovvero quale ufficiale del Governo.

Quanto previsto, dunque, comporta che il potere di ordinanza possa essere legittimamente esercitato dal Sindaco laddove si presenti una situazione emergenziale territorialmente limitata, al fine precipuo di fronteggiare un evento imprevisto che richiede un intervento immediato, di urgenza, grave e imprevedibile con misure che presentano efficacia limitata al tempo necessario alla gestione dell'emergenza o all'utilizzo dei poteri ordinari³⁵⁶.

Di talché, qualora tutti i presupposti accennati siano dimostrati, al Sindaco è permesso di agire al di fuori dei normali procedimenti di emanazione degli atti amministrativi e in deroga alla disciplina vigente, anche di rango legislativo, fermo restando il rispetto dei principi costituzionali.

Riportando quanto detto alla situazione pandemica che si sta verificando, la sua dimensione nazionale è andata, inevitabilmente, anche ad incidere in misura piuttosto rilevante sull'esercizio del potere di ordinanza dei Sindaci, posto che le misure da questi disposte non possono porsi in contrasto con quelle emanate a livello nazionale e regionale, pur potendo mantenere un limitato spazio di intervento strettamente circoscritto alle esigenze locali.

A dimostrazione di quanto detto è sufficiente già considerare quanto accaduto nella c.d. "fase uno" della pandemia. Invero, mentre il primo decreto emanato – ossia il decreto legge n. 6 del 2020 – prevedeva espressamente un ambito "di manovra" per i Sindaci, in ragione della necessità di approntare in modo rapido e indifferibile misure di contenimento, con l'aggravarsi della situazione epidemiologica e l'estensione delle misure a livello nazionale gli spazi residui per l'intervento locale si sono notevolmente ristretti.

Più nel dettaglio se, l'art. 3, secondo comma, del Decreto Legge n. 6 prevedeva un esplicito potere di una supplenza delle norme locali, da adottare rapidamente, in mancanza di quelle nazionali, ma pur sempre sottoposta a parametri legislativamente predeterminati, una volta intervenuta la regolazione nazionale le ordinanze diventano inefficaci³⁵⁷, ove contengano misure con essi in contrasto.

³⁵⁶ Cfr. SATTA F., *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, p. XXII.

³⁵⁷ Cfr. TROPEA G., *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 5., il quale ritiene che le ordinanze sarebbero adottate in carenza di potere. In merito cfr., altresì, BALDINI V., *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *www.dirittifondamentali.it*, fasc. 1, 2020.

Ciò in ragione della necessità di rispettare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e, di conseguenza, evitare interventi differenziati, tali da poter persino arrivare a compromettere l'efficacia delle misure di contenimento. Tale campo d'azione è stato poi significativamente ristretto dal successivo Decreto Legge n. 9 del 2020, il cui art. 35, a tutela del principio di tutela dell'unità dell'ordinamento, ha previsto l'inefficacia delle ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali.

Questa disposizione, successivamente, è stata abrogata dal Decreto Legge n. 19 del 2020; il nuovo secondo comma dell'art. 3, che ha sostituito il precedente art. 35, ha disposto il divieto a carico dei Sindaci di adottare ordinanze in contrasto con le misure statali e, comunque, unicamente in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, similmente a quanto previsto per le regioni. Questa norma, accentrando il potere di regolamentare gli interventi e le misure di contenimento a livello statale, ha cercato di contemperare due diverse esigenze: da un lato, quella di assicurare anche ai Comuni ambiti funzionali che consentano interventi mirati sui territori rispetto all'evolversi locale del rischio epidemiologico³⁵⁸; dall'altro quella di assicurare il ruolo dello Stato quale garante dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.³⁵⁹.

Orbene, da quanto si deduce da questa rapida evoluzione normativa, pare ormai che possa ritenersi che l'intervento sindacale sia ammesso purché si svolga all'interno della cornice delineata dai provvedimenti statali e regionali, in modo conforme alle loro previsioni³⁶⁰.

³⁵⁸ Cfr. CELOTTO A., *Emergenza e ordinanze comunali: l'“isola della ragione nel caos delle opinioni” (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale, in particolare, parla di “continua ‘corsa al rilancio’ di presidenti di regioni e sindaci”.

³⁵⁹ Sul punto, in particolare, cfr. BOGGERO G., *Le “more” dell'adozione dei dpcm sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra stato e regioni in tema di covid-19*, in *Diritti regionali*, fasc. 1, 2020, pp. 360 ss.

³⁶⁰ In tema di ordinanze sindacali, cfr. RUGGERI A., *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto costituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Diritti regionali*, fasc. 1, 2020, pp. 368 ss.; RUGGERI A., *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, fasc. 1, 2020, pp. 368 ss.

Oltre alle situazioni di aggravamento del rischio sanitario, sembra doversi ammettere un intervento “collaterale” delle ordinanze, a supporto di specifiche esigenze locali, anche non direttamente legate alla gestione del rischio sanitario, ma ad esse connesse indirettamente³⁶¹.

Di talché, può ritenersi che le ordinanze sindacali possano intervenire o con finalità integrativa ed attuativa delle misure disposte a livello centrale – in funzione, quindi, sussidiaria e di leale collaborazione – o in via autonomia, al fine di organizzare le attività della collettività locale.

Considerato, dunque, che il carattere nazionale dell'emergenza ha ridotto il potere dei Sindaci, i quali non possono adottare alcuna misura in deroga rispetto a quanto definito a livello statale, è possibile operare una distinzione tra le ordinanze, in relazione al loro contenuto ed in rapporto agli atti adottati ai livelli superiori.

Un primo ambito è quello delle c.d. ordinanze di attuazione, il cui ruolo dovrebbe essere quello di dare “esecuzione” alle misure disposte a livello nazionale e regionale, senza esercizio di discrezionalità, allo scopo di facilitare la conoscenza delle suddette misure a livello locale.

Un secondo ambito, strettamente legato al precedente, è quello delle ordinanze di integrazione delle misure statali o regionali per quanto riguarda le esigenze del territorio di riferimento, specialmente per ciò che attiene all'aggravio del rischio sanitario, ma non solo. Entro tale ambito possono essere ricondotte quelle ordinanze che, esercitando una discrezionalità minima, attuano le previsioni di livello superiore puntualizzandone il contenuto, in modo da renderlo aderente alle necessità della vita della comunità locale.

Un terzo ambito, infine, ricomprende quelle ordinanze che il Sindaco può emanare a livello locale, anche in maniera svincolata rispetto alle misure superiori – purché, però, non si pongano in contrasto con esse –, che rispondono alla necessità di prescrivere in concreto le abitudini necessarie alla vita della comunità, anche sospendendo comportamenti non essenziali, in un'ottica di prevenzione. Si è trattato, per lo più, di interventi che si sono andati ad inserire negli spazi lasciati liberi dalla regolazione di diverso rango e che talvolta hanno anticipato o

³⁶¹ Cfr. RUGGERI A., *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., p. 378.

incentivato quelli previsti in seguito dai regolatori superiori. Questi interventi, infatti, hanno consentito l'adozione di atti da parte delle Regioni o dello Stato che hanno affrontato determinate esigenze di organizzazione, percepite prima di tutti dal livello istituzionale più vicino ai cittadini, ovvero i sindaci³⁶².

Solitamente si è trattato di ordinanze con le quali si è cercato di risolvere alcuni aspetti della gestione della pandemia inerenti alle varie comunità locali, come quelle legate alle necessità di regolare e gestire le attività della comunità (es. regolare l'apertura degli uffici) o di dettare ulteriori norme igieniche (es. uso di mascherine e dpi in luoghi pubblici) e non sembrano essere uscite dagli spazi loro consentiti dalle norme generali³⁶³. Talvolta, tali ordinanze non hanno fatto altro che riportare pedissequamente quanto già disposto da altri Comuni³⁶⁴.

Dal punto di vista contenutistico, infatti, le ordinanze sindacali si sono rivelate più o meno tutte simili tra di loro, in quanto hanno semplicemente introdotto delle modalità "standard" di gestione dell'emergenza e spaziano dalla chiusura del mercato settimanale per l'impossibilità di garantire il distanziamento, alla predisposizione di soluzioni organizzative tali da permettervi l'accesso in sicurezza, alle indicazioni per le attività a carattere commerciale³⁶⁵.

La maggior parte dei Sindaci, inoltre, sono intervenuti, tramite ordinanze, per dettare misure limitative, come quelle inerenti ai servizi funebri e cimiteriali, con le quali si è disposta la chiusura dei cimiteri e contingentato l'ingresso di persone, anche prima dell'intervento del Ministero della Salute che ne ha successivamente previsto espressamente la chiusura "per impedire le occasioni di contagio dovute ad assembramenti di visitatori"³⁶⁶.

³⁶² Cfr. ALLEGRETTI U., *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Diritti Costituzionali*, 25 marzo 2020. Ciò è avvenuto, ad esempio, in tema di gioco lecito, di chiusura di parchi, giardini, aree verdi, aree cani e argini (cfr. le ordinanze dei comuni di: Bergamo n. 11; Brescia Prot. n. 58190; Milano n. 12) e per quelle disposizioni che hanno previsto chiusure per gli esercizi commerciali, salvo alcune esclusioni, nei giorni festivi (cfr. le ordinanze dei comuni di: Agropoli Prot. n. 9111; Pellezzano n. 22; Quarto, n. 6; Eboli n. 114).

³⁶³ Contra, LA PORTA S., *Per un ritorno alla normalità (anche) "istituzionale", ovvero dell'abuso del potere di ordinanza*, in *laCostituzione.info*, del 22 aprile 2020.

³⁶⁴ Cfr., ad esempio, l'ordinanza del Comune di Sala Consilina n. 7, che riprende il testo dell'ordinanza n. 1 della Regione Campania.

³⁶⁵ Cfr., ad esempio, l'ordinanza del Comune di Bergamo n. 3.

³⁶⁶ Circolare del Ministero della Salute n. 11285/2020, punto G, numeri 1. e 6. Cfr., altresì, tra le altre, le ordinanze dei comuni di: Bergamo n. 12; Lodi n. 1; Sala Consilina n. 11; Padova n. 12; Treviso Prot. nn. 696 e 46400; Brescia Prot. nn. 60026 e 60874; Bergamo n. 12; Paolisi n. 7; Sala Consilina n. 11.

4. Alcune sentenze dei TAR avverso le ordinanze emanate durante l'emergenza sanitaria.

Per far fronte alle esigenze poste dall'emergenza pandemica, come abbiamo visto, attraverso l'adozione di specifici Decreti Legge si è potuti intervenire e regolamentare singoli e precisi ambiti. Si può pensare, per fare degli esempi, alle prime misure di sostegno economico, con il Decreto legge del 2 marzo 2020, n. 9 recante misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza, o al Decreto Legge dell'8 marzo 2020 n. 11, contenente le misure urgenti per contrastare l'emergenza e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, o ancora per il potenziamento del sistema sanitario è stato adottato il Decreto-legge 9 marzo 2020, n. 14, e così via.

Il susseguirsi dei sopra citati interventi, ha innescato di fatto un meccanismo a causa del quale numerose Regioni, allo scopo di inasprire o intervenire nel proprio territorio diversamente rispetto a quanto delineato a livello nazionale, hanno emanato – come abbiamo appena visto – un numero davvero consistente di provvedimenti, talvolta dichiarati poi illegittimi nella parte in cui non possedevano il requisito dell'urgenza e della necessità previsto espressamente dall'art. 3, comma primo del Decreto Legge n. 19 del 2020, il quale è intervenuto proprio per definire il riparto di competenze in materia. Questa norma, infatti, ha posto degli specifici limiti alla libera iniziativa delle Regioni rispetto all'adozione di misure di contenimento del Covid 19 in contrasto con quanto definito a livello nazionale.

Va considerato, peraltro, che la giustizia amministrativa, nonostante la situazione emergenziale, non si è mai fermata: la piena funzionalità del processo telematico, infatti, ha consentito di prendere moltissime decisioni cautelari depositate in tempi rapidissimi.

In alcuni casi la pronuncia cautelare ha fornito indicazioni tempestive ampiamente motivate all'amministrazione su rilevanti questioni concernenti i diritti dei cittadini e la tutela della salute; in altri si è addivenuti in breve tempo a una

sentenza definitiva in doppio grado su questioni estremamente rilevanti per la ricerca e la prevenzione³⁶⁷.

Rilevante, in fase iniziale, anche al fine di orientare i rapporti tra autorità centrali e comunali nell'azione di contenimento dell'epidemia, è stato, in particolare, il parere reso dalla Sezione I in sede di annullamento governativo straordinario, a norma dell'art. 138, del Decreto Legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, dell'ordinanza del sindaco di Messina del 5 aprile 2020, n. 105, come vedremo a breve.

Così come, sul tema della trasparenza e della corretta comunicazione ai cittadini sulla gestione della pandemia, sono significativi la sentenza del T.A.R. Lazio³⁶⁸ e il decreto del Presidente della Sezione III del Consiglio di Stato³⁶⁹ in forza dei quali sono stati resi conoscibili, tramite accesso civico, i pareri adottati dal Comitato tecnico scientifico nominato ai sensi del D.L. 8 aprile 2020, n. 23.

4.1. (Segue) Le ordinanze annullate in tema di libertà di circolazione e spostamento sul territorio nazionale.

Tra gli esempi concreti di ordinanze emanate e poi annullate, si può pensare, anzitutto, a quelle aventi ad oggetto la libera circolazione e gli spostamenti su territorio nazionale. Si tratta, senz'altro, di uno dei temi più dibattuti in sede giurisdizionale e che maggiormente ha interessato le recenti pronunce dei giudici amministrativi. In materia, infatti, sono intervenuti un numero considerevole di volte sia i tribunali amministrativi sia il Consiglio di Stato, avverso ordinanze non rispondenti ai requisiti di legittimità e contrarie al principio di sussidiarietà espressamente sancito dall'art. 118 Cost.

Il Consiglio di Stato³⁷⁰ è intervenuto positivamente sulla proposta del Ministero dell'Interno di annullamento straordinario a tutela dell'unità

³⁶⁷ Come in tema di accordi tra Fondazioni I.R.C.C.S. e società private per la validazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2 (Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza del 17 dicembre 2020, n. 8126) o di visite domiciliari dei medici di medicina generale ai pazienti Covid (Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza del 18 dicembre 2020, n. 8166).

³⁶⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, sentenza del 22 luglio 2020, n. 8615.

³⁶⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 31 luglio 2020, n. 4574.

³⁷⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sezione I, parere 7 aprile del 2020, n. 735.

dell'ordinamento, ai sensi dell'art. 138 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e dell'art. 2, comma terzo, lettera p), della legge n. 400 del 1988, dell'ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020, che intendeva imporre a chi fosse voluto entrare in territorio siciliano, sia a piedi che a bordo di qualsiasi mezzo di trasporto, l'obbligo di registrazione almeno 48 ore prima della partenza nel sistema di registrazione *on-line* sul sito appositamente istituito.

In particolare, in merito a tale ordinanza, il Consiglio di Stato ha dovuto rilevare il vizio di incompetenza del Sindaco di Messina, il quale, in virtù della disciplina introdotta dall'art. 3 del decreto legge del 25 marzo 2020, n. 19, avrebbe dovuto rispettare la statuizione secondo cui "i Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti" specificati dal legislatore.

Di talché, in attuazione anche di quanto disposto dall'art. 16 Cost., si è annullata l'ordinanza motivando la decisione sul fatto che tale disposizione riserva alla legge statale ogni possibilità di limitare, anche per motivi di sanità, la libertà fondamentale di ogni cittadino di "circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale" (DPR 9 aprile 2020).

Medesima sorte è toccata all'ordinanza 29 aprile 2020, n. 37, con cui il Presidente della Regione Calabria ha disposto "ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid 2019".

In particolare, l'ordinanza aveva autorizzato 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. Dunque, a differenza della precedente ordinanza esaminata, questa proponeva non un

inasprimento delle misure, bensì un allentamento delle stesse, ponendosi in evidente contrasto con la normativa statale.

Per queste ragioni, il Consiglio dei ministri ha proposto ricorso al Tar Catanzaro contro l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria, poiché in contrasto con gli articoli 2, comma primo, e 3, comma primo, del Decreto Legge del 25 marzo 2020, n. 19. Il Tar, con sentenza n. 841/2020 ha dichiarato illegittima l'ordinanza, motivando la decisione con la lesa lealtà della Regione Calabria ai principi di collaborazione tra organi dello Stato.

Ancora, il Presidente della Regione Lazio aveva, con ordinanza recante "ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19", introdotto nuove misure tra le quali l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale stagionale per tutte le persone al di sopra dei 65 anni di età, pena il divieto di frequentare luoghi di assembramento e per tutto il personale sanitario e socio-sanitario operante in ambito regionale, nonché il divieto di avere accesso ai rispettivi luoghi di lavoro. Il Tar, con due analoghe sentenze, la 10047 e 10048 del 29 settembre 2020 ha dichiarato l'illegittimità dell'ordinanza nella parte in cui imponeva limitazioni alla circolazione e frequentazione di luoghi abituali da parte dei cittadini. A sostegno della motivazione dell'annullamento, si poneva, altresì, la circostanza per cui la normativa nazionale in materia di covid-19 non ha mai consentito simili interventi regionali in materia di vaccinazioni obbligatorie.

Caso esemplare è stato, poi, quello relativo alla Regione Sardegna, la quale, nell'agosto del 2020, ha visto un innalzamento repentino dei contagi. Tra le diverse ordinanze, quella che, senz'altro, ha più attirato l'attenzione pubblica è stata la n. 43 dell'11 settembre 2020, relativa all'obbligo di tampone o, in alternativa, la promessa di sottoporsi al test entro 48 ore e previo isolamento fiduciario. Reputata non coerente con l'art. 16 della Costituzione in quanto tassativamente impositiva di limiti alla circolazione, è stata dichiarata illegittima e quindi annullata dal Tar (decreto presidenziale 344/2020).

Si può, infine, menzionare la vicenda che ha riguardato la Regione Toscana. Il Tar Toscana, con sentenza n. 334/2021, ha annullato l'ordinanza regionale del 22 gennaio 2021 n. 3, che aveva limitato il rientro nelle seconde case soltanto a coloro che nella Regione hanno il proprio medico di medicina generale. Tra le motivazioni

a sostegno della decisione, si legge che il presidente della Regione ha emanato l'ordinanza "senza però alcuna motivazione a supporto dell'introduzione della misura", e comunque "senza che sia stata condotta una preliminare istruttoria sull'evoluzione in ambito regionale della situazione sanitaria, ovvero sul raggiungimento di soglie di rischio tali da imporre ulteriori limitazioni alla libera circolazione delle persone nelle more dell'adozione di un successivo Dpcm". Anche in questo caso, dunque, la dichiarazione di illegittimità dell'ordinanza è stata pronunciata per la carenza del presupposto dell'urgenza e necessità.

4.2. (Segue) L'annullamento delle ordinanze in tema di ristorazione.

Il D.P.C.M. del 26 aprile 2020, avente efficacia dal 4 maggio 2020 al 17 maggio 2020, ha disposto la chiusura delle attività dei servizi di ristorazione (bar, pub, ristoranti, gelaterie, pasticcerie) e, in via di eccezione, consentendo, tuttavia, che le stesse potessero svolgersi mediante attività di asporto e consegna a domicilio.

Anche rispetto a questa previsione, le ordinanze emanate sono state molte.

In particolare, il Tar, con sentenza n. 841/2020, ha annullato, dichiarandola illegittima, l'ordinanza della Regione Calabria, n. 37 del 29 aprile, la quale, ponendosi in contrasto con quanto disposto dal D.P.C.M. 26 aprile 2020, aveva consentito la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto. L'annullamento di tale ordinanza è stato motivato dalla violazione del primo comma dell'art. 2 del Decreto Legge n. 19 del 2020, il quale, come visto, attribuisce la competenza di adottare le misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19 e le ulteriori misure di gestione dell'emergenza al Presidente del Consiglio dei ministri, che provvede con proprio decreto previo adempimento degli oneri di consultazione ivi specificati.

4.3. (Segue) Le ordinanze in tema di scuola ed istruzione ed i relativi annullamenti.

Il Presidente della Regione Marche, volendo inasprire per la propria Regione le misure adottate a livello nazionale, con ordinanza del 25 febbraio 2020, n. 1, ha statuito la sospensione dell'attività scolastica di ogni ordine e grado inclusa quella universitaria. Il Governo ha impugnato l'ordinanza di fronte al Tar Marche, il quale, con decreto n. 56 del 27 febbraio 2020, ha disposto la sospensione dell'ordinanza regionale, sottolineando come il potere atipico riconosciuto alle autorità competenti poteva essere esercitato, ma soltanto con poteri meno invasivi di quelli tipizzati.

Ancora, il Tar Emilia-Romagna, con decreto n. 30/2021 pubblicato il 15 gennaio 2021, ha annullato in data 18 gennaio 2021 l'ordinanza regionale dell'8 gennaio 2021 n. 3 con la quale si era posticipata la riapertura delle scuole al 25 gennaio. Il Tar ha dichiarato, in tale occasione, illegittima l'ordinanza stabilendo la riapertura delle scuole già dal 18 gennaio.

Stessa sorte per l'ordinanza n. 30/2021 della Regione Lombardia, che posticipava il rientro in classe degli alunni, allungando conseguentemente il periodo della DAD. Il Tar Lombardia con Decreto 13 gennaio 2021, n. 32 ha dichiarato la stessa illegittima in quanto “sino al 15 gennaio 2020, data di cessazione dell'efficacia del DPCM 3 dicembre 2020, non c'è spazio per una competenza regionale diretta ad introdurre misure maggiormente restrittive, in quanto i d.l. n. 19 e n. 33 del 2020 delimitano temporalmente detta competenza, escludendola una volta entrati in vigore i DPCM previsti dagli stessi d.l.”.

Infine, è notizia di questi giorni la decisione della quinta sezione del Tar Campania, con la quale si è accolto il ricorso presentato da alcuni genitori – nonché quello presentato dall'avvocatura dello Stato per conto della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei ministeri dell'Istruzione e della Salute – contro l'ordinanza del presidente della Regione Campania Vincenzo De Luca nella parte in cui aveva disposto il rinvio al 29 gennaio della ripresa della didattica in presenza per le scuole dell'infanzia, elementari e medie. L'efficacia dell'ordinanza è stata sospesa. Invero, secondo quanto affermato dal Tar, la normativa nazionale non ammette deroghe locali sulla gestione dei servizi e delle attività didattiche in tempo di pandemia. Nel decreto del Tar, infatti, si legge esplicitamente: “Non residua spazio alcuno per disciplinare diversamente l'attività scolastica in stato di

emergenza sanitaria, in quanto interamente e minutamente regolata dalle [...] disposizioni di rango primario”, ossia quelle emanate dal Governo. Infatti, “la scelta del livello di tutela dell’interesse primario alla salute, individuale e collettiva, e il punto di equilibrio del bilanciamento tra diversi valori è già stata operata, appunto, a livello di normazione primaria, dal legislatore nazionale”.

4.4. (Segue) Il potere di annullamento delle ordinanze.

Il potere di annullamento, anche straordinario, di atti amministrativi lesivi dell’interesse pubblico, spetta al Governo in virtù dell’articolo 2, comma terzo, lettera p), della legge n. 400 del 1988 che include, tra le “Attribuzioni del Consiglio dei ministri”, “le determinazioni concernenti l’annullamento straordinario, a tutela dell’unità dell’ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato e, nei soli casi di annullamento di atti amministrativi delle Regioni e delle province autonome, anche della Commissione parlamentare per le questioni regionali”.

L’art. 138 del Decreto Legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, prevede, inoltre, che “In applicazione dell’articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell’unità dell’ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’Interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d’ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità”. Il delicato equilibrio tra i vari poteri dello Stato e le sue diramazioni a livello regionale e locale, si consolida attraverso una oculata e armoniosa applicazione di quanto statuito a livello nazionale, operando scelte regionali e, quindi specifiche per caso e circostanze, solo quando la legge stessa lo consenta.

A tal proposito il Consiglio di Stato, sez. I, parere 7 aprile del 2020, n. 735 ha così evidenziato “la perdurante attualità e rilevanza di tale istituto, in un quadro di razionale equilibrio tra i poteri dello Stato e tra questi e le autonomie territoriali, è resa particolarmente evidente a fronte di fenomeni di dimensione globale quali

l'attuale emergenza sanitaria da pandemia che affligge il Paese, dinanzi ai quali l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, pur nel pluralismo autonomistico che caratterizza la Repubblica, costituisce la precondizione dell'ordine e della razionalità del sistema, in relazione ai fondamentali principi di solidarietà e di uguaglianza, formale e sostanziale, che ne rappresentano le basi fondative generali”.

Peraltro, secondo il Consiglio di Stato il potere di annullamento da parte del Governo “trova la sua ragion d'essere nell'obbligo gravante sul Presidente del Consiglio dei Ministri, sancito dall'art. 95 Cost., di assicurare il mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo, nel quadro di unità e di indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5 Cost.”³⁷¹.

³⁷¹ Sul punto, in particolare, cfr. PIGNATELLI N., *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non “chiude” lo stretto di Messina*, in *Diritti Regionali, Forum: La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni e Enti Locali*, 12 aprile 2020, in www.dirittiregionali.it.

CONCLUSIONI

In questa Tesi si è tentato di introdurre e ricollegare l'argomento del potere di ordinanza alla luce dell'attuale situazione pandemica; ponendo la lente di ingrandimento prima, su un 'introduzione storica del potere di ordinanza, successivamente sulla sua regolamentazione come prevista dalla costituzione ed infine il suo utilizzo nel malaugurato biennio pandemico nel quale il virus covid-19 ha imperversato sul territorio della penisola Italiana.

Le osservazioni e lo studio dei testi in merito al potere di ordinanza, citate in quest'opera, hanno contribuito ad indirizzare lo studio non tanto sulla mole di ordinanze emesse nel periodo pandemico, essenzialmente ricollegate ad

un'imposizione restrittiva della libertà di circolazione, quanto più sull'analisi della legittimazione dell'utilizzo del potere medesimo.

Si è evinto come l'utilizzo di questo determinato potere, che ricordiamo in questo ultimo periodo ha assunto principalmente connotati di eccezionalità e straordinarietà, sia ricollegato all'espressa volontà del legislatore di ancorarlo a determinate situazioni di fatto e a prevederne una sua limitazione ogni qual volta esso sia privo o di legittimazione o delle medesime situazioni sopracitate che ne giustificano l'utilizzo.

L'analisi del potere di ordinanza è stata essenzialmente considerata sotto due aspetti: un primo che analizzi il potere stesso ed i suoi presupposti prescindendo qualsiasi carattere emergenziale; ricercando il fondamento dell'esercizio del potere stesso nella sua evoluzione storica, da mero strumento del sovrano alla sua visione costituzionale moderna, un secondo che invece lo analizzi in concomitanza di quelle straordinarie ed eccezionali situazioni di fatto che l'hanno reso, insieme alla decretazione d'urgenza, lo strumento impositivo più utilizzato nel recente periodo pandemico .

Il problema principale che si è tentato di trattare in questo lavoro è la contrapposizione tra i diritti costituzionalmente garantiti e la loro limitazione tramite l'utilizzo delle ordinanze.

Una limitazione che si, è stata giustificata dall'attualità dell'emergenza, ma che indubbiamente ha causato una forte polemica da parte del mondo giuridico, sostenuta principalmente dal principio di intangibilità dei diritti costituzionali;

Il dualismo tra diritti garantiti e imposizione di obblighi da parte dell'autorità ha rappresentato quindi il fulcro della polemica.

È un dualismo che ovviamente va considerato alla luce della situazione pandemica, ma è un contrasto che indubbiamente va risolto in quanto rappresenta la forma più pura di democraticità nella quale può essere messo in dubbio l'operato dell'autorità.

In aggiunta, si può dire che alla luce dell'attuale situazione pandemica l'utilizzo del potere di ordinanza è stato considerevolmente massiccio; se, personalmente, mi fosse concesso esprimere un'opinione, direi che forse vi è stata una sovrapproduzione di quelle ordinanze, a volte anche contraddittorie tra loro, che hanno imposto forte limitazioni della libertà personale e di associazione, caposaldi della libertà di un paese democratico.

Ordinanze che si avevano come obiettivo la diminuzione dei contagi ma che comunque hanno rappresentato forti costrizioni nei confronti di milioni di cittadini, con gravi conseguenze fisiche, psichiche ed economiche.

Ma principalmente il problema non è rappresentato dal numero di ordinanze emesse ma dai dalla sostenibilità delle stesse sotto il profilo del diritto cioè se le stesse fossero giuridicamente corrette come strumento da utilizzare per porre in essere – sia pure nel prevalente interesse pubblico – tali costrizioni.

Nel corso dell'elaborato si è cercato di spiegare come si, sia presente un diritto emergenziale che preveda deroga di determinate esigenze, ma come però la prevalenza dei diritti costituzionali non possa essere intaccate da un atto normativo come le ordinanze, essendo i diritti soppressi nello corso del biennio pandemico, dei diritti e principi costituzionali; che, di conseguenza, possono essere limitati (peraltro per un tempo estremamente breve ed in modo strettamente funzionale alle esigenze di interesse pubblico) solo in forza di legge ordinaria.

La soluzione offerta dal governo per contrastare la pandemia ha difatti compreso notevolmente quei principi e diritti dei cittadini anteponendo la salute pubblica al rispetto di norme costituzionali, in un modo alquanto peculiare rispetto ad altri paesi d'Europa.

Mentre per esempio in altri ordinamenti, come quello spagnolo, erano già presenti dei meccanismi prestabiliti di attivazione di uno stato d allarme, differenziato dallo stato di guerra o assedio, previsto dalla costituzione; nell'esperienza italiana si è dovuto improvvisare e ricercare i presupposti dello stato di emergenza nell'ipotesi

dello stato di guerra all'art 78 della Costituzione, senza però che esso fosse disciplinato nella pratica soprattutto in merito alla suddivisione delle competenze.

È altresì importante richiamare come la lotta al virus abbia assunto diverse modalità a seconda del singolo paese, non vi è stata infatti una strategia comune nel panorama mondiale ed europeo, nonostante le linee guida dell'OMS, ma i singoli Stati hanno attuato strategie diverse tra loro anche per rispondere ad esigenze che dimostravano come gli interessi in merito alla pandemia non fossero gli stessi per ogni Stato ma che anzi rispondevano a mentalità e culture differenti tra loro in merito alla gestione dell'emergenza.

In particolar modo si ricordi come il nostro paese sia stato uno dei primi ad imporre come misura di contrasto alla pandemia un lockdown totale: che ha obbligato i cittadini a non potersi muovere sul territorio nazionale, anticipando di fatto quelle stesse misure che successivamente vennero applicati in quei paesi per il quale, il sopracitato lockdown, era inizialmente visto come una misura eccessiva.

Difatti nel corso di questi due anni l'impressione che si è avuta è stata quella di una sfiducia nei confronti dei cittadini, considerati incapaci di potersi autoregolare in relazione alla situazione pandemica, che ha portato conseguentemente ad un'eccessiva regolamentazione, a volte poco chiara, in una pluralità di ambiti a volte fin troppo personali ed invadenti.

Oltre a ciò, l'adozione di misure così condizionanti dei fondamentali diritti dei cittadini, sono state adottate, quantomeno nel corso del primo anno di pandemia, con atti amministrativi, atti per i quali non è previsto alcun controllo da parte del Parlamento, strumenti ad avviso di chi scrive inidonei a limitare le libertà fondamentali. Libertà che, si ricordi, sino al 2020 erano considerate intoccabili in un sistema di Costituzione rigida qual è quello italiano.

Se da un lato si può giustificare la motivazione che ha portato il governo a muoversi verso l'utilizzo di tali strumenti, certamente più agili e idonei nella situazione di

emergenza nel quale si è trovato ad operare, dall'altro non si possono non osservare con occhio critico le limitazioni poste in essere in questi ultimi due anni, invasive al limite della legalità, ma che soprattutto potrebbero rappresentare un pericoloso precedente, un vulnus dei principi costituzionali e delle garanzie di libertà assicurate dalla Costituzione.

In conclusione, si può affermare che l'utilizzo del potere di ordinanza per limitare l'esercizio di diritti garantiti da una carta costituzionale possa essere definito almeno inopportuno.

Difatti il corretto procedimento tramite il quale si può considerare di porre in essere una limitazione dei diritti costituzionali, escludendo ovviamente a priori la modifica degli articoli costituzionali relativi alle libertà, dovrebbe essere l'emanazione di una vera e propria legge ordinaria, approvata dal Parlamento che è depositario del potere legislativo e che ha il potere costituzionalmente riconosciuto, in casi eccezionali e per periodi limitati di tempo, in presenza di una situazione di emergenza, di limitare espressamente i principi costituzionali.

L'art. 13 della Costituzione prevede l'inviolabilità della libertà personale, con la doppia riserva, di legge e di giurisdizione, massima garanzia secondo i costituenti. L'art. 16 della Costituzione prevede *“Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e di sicurezza”*. Anche in questo caso, la riserva di legge dovrebbe garantire ai cittadini il massimo rispetto del diritto, in quanto ogni limitazione è rimessa al Parlamento, organo per eccellenza rappresentativo dei cittadini (più che mai in una repubblica parlamentare) e sottratta, invece, al Governo.

Rimettere al Governo il potere di limitare le libertà inviolabili della persona costituisce un grave precedente che potrebbe giustificare, in futuro, l'adozione di misure da parte dell'organo di Governo, illegittimamente limitative della libertà personale.

Non è saggio quindi, nonostante la presenza di un'emergenza da tale rilevanza, limitare i diritti garantiti dalla costituzione in una maniera così drastica e priva di contraddittorio e, soprattutto, con strumenti così inadeguati. In un modo che prima di tutto si presenta privo della legittimità costituzionale ma anche suscettibile di interpretazioni poco chiare e rispettose della legge in ambiti estremamente importanti.

Per la compressione di diritti costituzionali invero, la nostra Costituzione fornisce un apposito meccanismo, che, certamente per motivi di immediatezza e urgenza, non è stato interamente rispettato.

Va sottolineato, in effetti, che, pur in una fase certamente di minore emergenza, lo stesso Governo si è adeguato, nell'ultimo anno, ponendo in essere le misure di necessarie a fronteggiare la pandemia con lo strumento del decreto legge, strumento che appare certamente più conforme al dettato costituzionale

L'ampio utilizzo dello strumento dell'ordinanza ha eroso la figura centrale del parlamento, esautorandolo dalle sue normali funzioni e relegandolo a mero spettatore dell'evoluzione pandemica, portando eminenti rappresentanti a chiedersi se ci fossero realmente i presupposti richiesti per un comportamento così autoritario da parte del governo, da ricercare non solo in merito alla straordinarietà dell'emergenza ma soprattutto sull'investitura costituzionale.

L'analisi di tutte le misure attuate dal governo, dalle regioni e dai sindaci ha anche dimostrato inoltre come la mancanza di una legislazione chiara, comprensibile e di facile attuazione del diritto emergenziale, abbia come conseguenza una grande confusione sia per il cittadino sia per le istituzioni stesse, confusione nella quale si acuiscono i contrasti tra cittadini e autorità e che possono sfociare in un'insofferenza, a volte giustificata, nei confronti del potere preconstituito.

La soluzione, di facile intuizione, sarebbe quella di uniformare il diritto emergenziale in particolar modo in riferimento alla suddivisione dei poteri tra governo regioni e sindaci, in modo da poter evitare un "sovraffollamento" di

soggetti impositivi a volte privi della competenza necessaria ed evitare che la stessa materia venga trattata in maniera diversa dai soggetti sopracitati.

Il quadro complessivo che si delinea analizzando l'elaborato può portare il lettore a comprendere come molte volte il ricorso da parte dell'autorità, anche se per ragioni più che comprensibili, a misure che esulino dalle sue normali competenze e che incidano notevolmente sulle libertà dei singoli cittadini possa sia da considerare, se non con sospetto, almeno con estrema attenzione.

Osservando come molte volte il potere giudiziario abbia annullato ordinanze emesse dalle regioni su ricorso di cittadini privati che esercitavano i loro diritti, prova che la recente esperienza pandemica ha causato un notevole implemento dell'utilizzo del potere di ordinanza in una maniera non sempre congrua e rispettosa della legge

D'altro canto, va certamente sottolineato che il Governo si è trovato dinanzi ad una situazione del tutto nuova, mai affrontata in precedenza, in cui non aveva strumenti per combattere la pandemia se non l'imposizione dell'isolamento ai cittadini. Nell'ultimo anno, invece, la scienza ha fornito strumenti di supporto (vaccini) che hanno consentito, pur nell'adozione di misure di contenimento del contagio, di non porre limitazioni così rilevanti della libertà personale che, sino al 2020, si ritenevano possibili solo in contesti dittatoriali.

Se quindi da un lato si possa comprendere un conferimento straordinario di potere nelle mani dell'amministrazione in virtù di una eccezionale situazione di emergenza, dall'altro non si deve allentare il controllo e la critica nei confronti dei soggetti che esercitano suddetto potere, imponendo loro di agire sempre nel rispetto dei principi fondamentali inviolabili o comunque, con gli strumenti previsti dalla carta costituzionale, poiché, come la storia insegna, la compressione di diritti e libertà, ove attuata al di fuori dei fondamentali principi di diritto e nel rispetto dei limiti costituzionali, rappresenta il primo passo verso il totalitarismo.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

AINIS M., *Gli effetti irreversibili del decreto legge*, in *Le parole e il tempo della legge*, Giappichielli, Torino, 1996.

AINIS M., *Meglio distante che latitante*, in *La Repubblica*, 19 marzo, 2020.

ALBANESE A., *Il principio di proporzionalità come componente della cittadinanza amministrativa*, in A. Bartolini (a cura di), *Cittadinanze Amministrative. A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze University Press, Firenze, 2016.

ALLEGRETTI U., *Il Codice di Protezione Civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 2018, p. 1.

ALLEGRETTI U., *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020.

AMENDOLAGINE V., *Le restrizioni alla libertà di circolazione delle persone per ragioni sanitarie*, in *Giustiziacivile.com*, 30 aprile 2020.

AMIRANTE C., *Costituzionalismo e costituzione nel nuovo contesto europeo*, Giappichielli, Torino, 2003.

AMORE G., *Covid-19 e Protezione dei dati personali*, in *Studium iuris*, 2020, pp. 1159 ss.

ANDRONIO A., *Le ordinanze di necessità ed urgenza per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2004.

ANGIOLINI V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1986.

ANGIOLINI V., *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Le Regioni*, 1987, pp. 1571 e ss.

ARISTOTELE, *Politica*, Laterza, Roma-Bari, 1993.

ASTRALDI R., *Questioni processuali e di tecnica legislativa in tema di conversione in legge di decreti-legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 1934, fasc. IV, p. 38, nt. 4.

AZZARITI G., *Il diritto costituzionale d'eccezione. Editoriale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2020, pp. 3 ss.

BALDINI V., *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in www.dirittifondamentali.it, fasc. 1, 2020.

BARBERA A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di Barbera, Laterza, Roma-Bari, 2000.

BARILE P., *La Costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze, 1951.

BARONE A., *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in federalismi.it, 29 aprile 2020.

BARTOLE S., voce *Governo Italiano*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet Giuridica, Torino 1991.

BARTOLINI A., *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, in www.giustiziainsieme.it.

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

BARTOLOMEI F., voce *Ordinanza (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1980.

BELLAVISTA M., *Libertà versus sicurezza?*, in *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limite del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale*, Stefano Benvenuti, Milano, 2013.

BERNABEI G., *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza*, CEDAM, Padova, 2017.

BILANCIA F., *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, CEDAM, Padova, 2000.

BISCARETTI DI RUFFIA P., «Costituzionalismo», in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, p. XI.

BLUNTSCHLI J.K., *Dottrina dello stato moderno*, Vallardi, Napoli, 1879.

BRUNIALTI A., *Prefazione. La Legge nello Stato moderno*, in *Biblioteca di scienze politiche*, volume IV, s.e., Torino, 1888.

BOGGERO G., *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra stato e regioni in tema di covid-19*, in *Diritti regionali*, fasc. 1, 2020, pp. 360 ss.

BROCCA M., *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

BRUNIALTI A., *Prefazione. La legge nello Stato moderno*, Unione Topografica Editrice, Torino, 1888.

BRYCE J., *Costituzioni rigide e flessibili*, Giuffrè, Milano, 1998.

CABIDDU M.A., *Necessità ed emergenza ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, pp. 167 ss.

CAMMELLI M., *Amministrazione (ed interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, fasc. 6, pp. 1273 ss., 1274.

CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Trattato Orlando*, Società editrice Libraio, Milano, 1901.

CAMPANALE A.M., *Tra precauzione e prevenzione. Misure di sicurezza anti contagio e tutela della privacy*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, p. 803 ss.

CANEPA VACCARO P., *Sulle ordinanze d'urgenza*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1895, pp. 338 ss.

CANETTI E., *Massa e potere*, Adelphi, Milano, 1981.

CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, (a cura di) M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, pp. 159 ss.

CARANTA R., FERRARIS L., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000.

CARAVITA B., *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, fasc. 6, 2020, pp. 3 ss.

CARDONE A., *Il rapporto tra ordinanze del governo e decreti-legge alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere extra ordinem: alcune tendenze costanti che vanno oltre le "nuove" dinamiche della normazione al tempo della crisi economica*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3, 2016, pp. 27-30.

CARDONE A., *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra «presupposizione legislativa» e «conformità alla previa legge»: un doppio regime per la riserva legislativa?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 2065 ss.

CARDONE A., *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

CARDONE A., *Le ordinanze di necessità e urgenza del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti 2006*, a cura di P. Caretti, Torino, 2007, pp. 236 e ss.

CARLASSARE L., *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, pp. 258 ss.

CARLASSARE L., voce *Riserva di legge*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1990, pp. 1-2.

CARTABIA M., *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 28 aprile 2020, p. 18.

CARUSO C., *Da Nottingham a La Mancha: l'odissea dei sindaci nell'arcipelago dei diritti costituzionali*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 15 ss.

CASSATELLA A., *L'obbligo di motivazione delle "nuove" ordinanze a tutela della sicurezza urbana previste dall'art. 54, comma 4, del Testo unico degli enti locali: osservazioni critiche*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 157 ss.

CASSESE S., *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il dubbio*, 14 aprile 2020.

CASTELLS I., MOLINER A., *Crisis del Antiguo Régimen y Revolución Liberal en Espana*, Editorial Ariel, Barcellona, 2000.

CAVALLO PERIN R., *Il Diritto Amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4, 2005, pp. 777-841.

CAVALLO PERIN R., *La tutela dell'ambiente: nuove norme attributive del potere di ordinanza*, in *Foro italiano*, 1988, n. 12, parte I, pp. 3538.

CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990.

CAVALLO PERIN R., voce *Ordinanze (diritto amministrativo)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, pp. 3982 ss.

CAVINO M., *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in federalismi.it, 18 marzo 2020.

CELOTTO A., *Emergenza e ordinanze comunali: l' "isola della ragione nel caos delle opinioni"* in www.giustizia-amministrativa.it, 11 aprile 2020.

CELOTTO A., *Ordinanze, decreti e circolari. Celotto dà i numeri sul coronavirus*, in *Analisi commenti e scenari*, 8 aprile 2020.

CERCIELLO R., *L'ammissibilità dei decreti-legge nel diritto positivo postbellico*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1921, fasc. I, pp. 459 ss.

CERULLI IRELLI C., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 169.

- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1997.
- CERULLI IRELLI V., *Sindaco legislatore?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 1600 e ss.
- CERVATI A., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CHELI E., *La «centralità» parlamentare: sviluppo e decadenza di un modello*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, pp. 343-348.
- CHENON V. E., *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815*, vol. II, Hachette BNF, Paris, 1929.
- CHERCHI B., *Stato di assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1981, pp. 1108 ss.
- CHESSA O., *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E.
- CHITI M.P., *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Associazione Italiana di Professori di Diritto Amministrativo*, Annuario 2005, Milano, 2006, pp. 144 ss.
- CIAURRO G.F., *Decreto legge*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 2.
- CIAURRO G.F., voce *Decreto legge*, in *Enciclopedia Giuridica*, X, Roma, 1988, p. 6.
- CIPOLLA C.M., *Cristofano e la peste*, Il Mulino, Bologna, 1976.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Roma, 2019.
- CLEMENTI F., *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. 3, pp. 10 ss.
- CODACCI PISANELLI A., *Ammissibilità delle ordinanze di urgenza nel diritto italiano e valore di esse innanzi all'autorità giudiziaria*, in *Foro italiano*, 1890, I, pp. 19 e ss.
- CODACCI PISANELLI A., *L'ordinanza d'urgenza*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, p. 100.
- CODACCI PISANELLI A., *Legge e regolamento*, ne, Napoli, 1888.

COGNETTI S., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, fasc. 5, p. 1213.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2010.

CONSO G., *Dalla flessibilità dello Statuto albertino alla rigidità della Costituzione repubblicana*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, p. 10.

CONTUZZI F.P., *Atti del governo*, in *Digesto Italiano*, Volume IV, parte II, Torino, 1893-1895, p. 183.

CORBETTA C., *Commento artt. 7 ss.*, in *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, a cura di F. Roversi Monaco, Rimini, Santarcangelo di Romagna, 2000, pp. 244 ss.

CORPACI A., *Spunti critici sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Diritto Pubblico*, 1995, pp. 119 ss.

CORSO G., TERESI F., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Maggioli, Rimini, 1991, p. 99.

CORVAJA F., *Ordinanze prefettizie e riserve di legge*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, pp. 1804 ss.

CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pp. 779 ss.

CRISAFULLI V., *Il "ritorno" dell'art.2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, pp. 886 e ss.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte Costituzionale*, CEDAM, Padova, 1984.

CRISAFULLI V., *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza italiana*, 1956, I, fasc. 1, pp. 683 ss.

CRISAFULLI V., *Stato popolo governo*, Giuffrè, Milano, 1985.

CROSETTI A., *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in *Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2010, p. 190.

CUFFARO V., *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *Corriere Giuridico*, 2020, fasc. 6, p. 729.

CURRERI S., *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3, 2020, pp. 8 ss.

D'ALBERTI M., *Peripezie della proporzionalità*, in *Rivista Italiana delle Scienze Giuridiche*, 2014, pp. 279 ss.

D'ORAZIO R., *La privacy ai tempi del Covid-19*, in *Il Mondo degli Archivi*, 31 marzo 2020.

DE GIORGI CEZZI G., *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in *Federalismi.it*, 6, 2020.

DE NITTO S., *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, pp. 1035 ss.

DE SIANO A., *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, 15 aprile 2020.

DI CAPUA V., FORGIONE I., *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza covid-19*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, fasc. 3, p. 330 ss.

DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1969.

DI GIULIO M., *L'emergenza Covid-19, i rapporti centro-periferia e le lezioni che dovremmo apprendere. Per non sprecare una crisi*, in www.rivistailmulino.it.

DI NITTO T., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1999, pp. 731 ss.

DI SALVO V., voce *Legge*, in *Digesto italiano*, XIV, Torino, 1902-1905, p. 290.

DOGLIANI M., *Costituzione*, in *Diritto costituzionale*, a cura di Mangiameli, Milano, 2008, pp. 3 ss.

DONATI A., *L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc.1, 2020, pp. 591 ss.

DRIGO C., MORELLI A., *Dossier – L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina*, in *Diritti Regionali*, 26 marzo 2020.

ESPOSITO C., *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, pp. 866 ss.

FASO I., *Ancora in tema di legittimità costituzionale dell'art. 2 del T.U.L.P.S.*, in *Giu. sic.*, 1962, pp. 155 e ss.

FERRONI B., *Emergenza Covid-19 e Dpi*, in *Fisco*, 2020, fasc. 23, p. 2228.

FIORAVANTI M., *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'Ancien régime all'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2009.

FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, il Mulino, Bologna, 2008.

FONDERICO F., *L'igiene pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, pp. 759 ss.

FRACCHIA F., *Coronavirus, senso del limite, de globalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Diritto ed economia*, 2019, pp. 575 ss.

FRANCO I., *Manuale del nuovo Diritto Amministrativo*, CEDAM, Milano, 2012.

FRESA S., *Le circostanze di necessità ed urgenza nella problematica del decreto legge*, in AA.VV., *Decreto legge e i suoi aspetti problematici*, Roma, 1980, p. 75.

FROSINI T.E., *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano, 1997.

FROSINI V., *La democrazia pericolante (Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar)*, in *Diritto e società*, 1979, fasc. 2, pp. 315 ss.

GALATERIA, L., *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Giuffrè, Milano, 1953.

GALEOTTI U., *Facoltà legislativa del Governo*, in *La legge*, 1890, p. 175.

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2011, pp. 389 ss.

GALLO C.E., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 52 ss.

GAMBINO S., LOZANO J., PUZZO F., RUIZ RUIZ J.J., *Il sistema costituzionale spagnolo*, CEDAM, Milano, 2018.

GANDINI F., MONTAGNI A., *La protezione civile*, Giuffrè, Milano, 2007.

GARCIA OVIEDO C., *La nuova Costituzione spagnola*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1932, I, pp. 186 ss.

GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1996.

GARGIULO U., *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, nd, Napoli, 1954.

GASTALDI S., *Storia del pensiero politico antico 2*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

GHISALBERTI C., «*Costituzione (premessa storica)*», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, p. 11.

GIANI L., *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, pp. 15 ss.

GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati (commento a Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76)*, in *Giurisprudenza complementare della cassazione civile*, 1948, I, pp. 388 ss.

GIANNINI S., *Diritto Amministrativo*, Edizione Scientifiche Italiane, Milano, 1993.

GIGLIONI F., *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann. VI, Milano, 2013, pp. 44 – 46 e p. 58.

GNES M., *I limiti del potere d'urgenza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005, pp. 641 ss.

GRANATA L., *Sulla dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza*, in *Rivista penale*, 1961, parte II, pp. 659 e ss.

GRASSO P., voce *Necessità (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, volume XXVII, pp. 869 ss.

GRAZZI R., *L'emergenza costituzionale nel modello weimariano: origini e lascito concettuale*, in R.

GRISOLIA M.C., *Il rapporto governo-parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, p. 2 ss.

GROPPI T., *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, 2020, p. 1.

GROSSO E., *Francia*, Il Mulino, Bologna, 2013.

GUARINO G., *Riflessioni sui regimi democratici*, in *Politica del Diritto*, 1991, 3 e ss.

GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998.

HAMILTON A., MADISON J., JAY J., *Il federalista*, Il Mulino, Bologna, 1997.

HOLMES S., *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di Zagrebelsky-Portinaro-Luther, Einaudi Torino, 1996.

LA PORTA S., *Per un ritorno alla normalità (anche) "istituzionale"*, ovvero *dell'abuso del potere di ordinanza*, in *laCostituzione.info*, del 22 aprile 2020.

LANCHESTER F., *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Giuffrè, Milano, 1985..

LAVAGNA C., *Sull'illegittimità costituzionale dell'art. 2 T.U.L.P.S. come testo legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, pp. 898 e ss.

LEPOINTE G., *Petit Vocabulaire d'Histoire du Droit Français Public et Privé*, Paris, 1930.

Liuzzi B., *Le ordinanze d'urgenza contemplate dall'art. 3 della legge 31 gennaio 1926, n. 100*, in *Foro amm.*, Roma, 1928.

LOMBARDI P., *Il potere sindacale di emettere provvedimenti contingibili ed urgenti: presupposti e caratteristiche essenziali alla luce degli orientamenti della giurisprudenza*, in *Foro Amministrativo*, 2020, fasc. 1, p. 107 ss.

LONGO G. E., *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, pp. 25 e ss.

LORENZETTI A., *Le ordinanze sindacali ed il principio di uguaglianza: quali garanzie?*, in *Le Regioni*, 2010, p. 102.

LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on line*, 11 aprile, 2020, p. 4.

LUPO N., *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2020, pp. 135 ss.

MALASCHINI A., *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza Covid-19*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2020, p. 272.

MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI E., (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino, 2002.

MALO M., *Il potere di ordinanza in materia di protezione civile al vaglio della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1995, n. 6, pp. 1176 e ss.

MANCINI M., GALEOTTI I., *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, 1887, p. 425.

MARANINI G., *Storia del potere in Italia (1848-1967)*, Lampi di Stampa, Milano, 1995.

MARAZZITA G., *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, pp. 15 ss.

MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003.

MARAZZITA G., *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle Fonti*, fasc. 2, 2011.

MARAZZITA G., *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 505 e ss.

MARIUZZO F., *Commento all'art. 7*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241 e regolamenti di attuazione)*, Milano, 1995, p. 156.

MARSOCCI P., *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria covid, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on line*, 6 maggio 2020, pp. 4 ss.

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

MASSA PINTO I., *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

MATTEUCCI N. (a cura di), *I costituzionalisti inglesi*, Il Mulino, Bologna, 1962.

MATTEUCCI N., *Costituzionalismo*, in *Il dizionario di politica*, a cura di Bobbio-Matteucci-Pasquino, Torino, 2009, pp. 201 ss.

MATTEUCCI N., *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Rivista Trimestrale di diritto Processuale Civile*, 1963, pp. 1083 ss.

MAZZAROLLI L.A., *“Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo 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.

MERUSI F., *Buona fede e addifamento nel diritto pubblico. dagli anni trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001.

MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1898.

MIELE G., *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, pp. 377 e ss.

MIGLIARESE F., *Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1990, pp. 1 e ss.

MODUGNI F., *Fonti del diritto, I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIV, Roma, 1988, pp. 1 – 25.

MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2005.

MODUGNO F., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., I, Milano, 1997, pp. 563 ss

MODUGNO F., *Legge in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Milano, 1973, p. 891.

MONTESANO L., *I provvedimenti prefettizi di urgenza ed il giudice costituzionale sui "testi legislativi ambigui"*, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, pp. 1283.

MORANA D., *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 1606 ss.

MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, fasc. 1-2, pp. 33 ss.

MORBIDELLI G., *Procedimento amministrativo*, in AA.VV. (a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca), *Diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2001, II, p. 1319.

MORELLI A., *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, fasc. 1, 2020, pp. 517 ss.

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, pp. 133 ss.

MORTARA L., *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *Riforma sociale*, 1895, III, pp. 910-911.

MORTARA L., *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1900, fasc. II, p. 56.

MORTARA L., *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit., p. 912.

MORTATI C., «*Costituzione (Dottrine generali)*», in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, XI, pp. 142 ss.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, CEDAM, Padova, 1976, pp. 718 ss.

MOTZO G., *Assedio, stato di*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1958.

NOCCELLI M., *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2020.

NOCILLA D., CIAURRO L., voce «*Rappresentanza politica*», in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 543, 594.

NUVOLONE P., *Appunti e spunti tra precetti e sanzioni*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1956, pp. 441 e ss.

ORIGONE A., *Ordinanza (diritto costituzionale)* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, 1939. p. 296 ss.

ORLANDO V.E., *Le fonti del diritto amministrativo*, in Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. I, 1900, p. 1048.

ORLANDO V.E., *Principii di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze, 1917.

ORRU', F. Bonini, A. Ciammariconi (a cura di), *La rappresentanza in questione*, Napoli, 2016, pp. 35 ss.

PAGANO F.F., *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in www.biodiritto.org, 18 marzo 2020.

PALADIN L., *Commento all'art. 77 Cost.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, Bologna, 1991, pp. 69-70.

PALADIN L., *Sub Art.77*, in *Commentario Branca della Costituzione, Artt.76-82*, Bologna, Roma, 1979, p. 47.

PALADIN L., voce *Decreto Legge*, in *Novissimo Digesto*, V, Torino, 1950, p. 288.

PALERMO F., WOELK J., *Germania*, Il Mulino, Bologna, 2013.

PALICI DI SUNI E., *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988.

PALMA B., *La decretazione d'urgenza nello Statuto Albertino*, in *Studi*, 40, 1956, pp. 159-182.

PALMA L., *Le Costituzioni dei popoli liberi*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1894.

RUIZ RUIZ J.J., *Manuale repubblicano per una nazione monarchica*, in *Costituzione di Cadice (1812)*, Macerata, 2009, pp. 9 ss.

PASQUINO T., *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc.1, 2020, pp. 597 ss.

PEDRINI F., *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. Barbera e T.F. Gipponi, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna University Press, Bologna, 2008.

PERASSI T., *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, pp. 299-301.

PÉREZ SERRANO N., *La Costituzione spagnola del 1931*, in *Rivista di Diritto privato*, 1932, pp. 237 ss.

PIERANDREI F., *La Costituzione spagnola del 9 dicembre 1931*, Sansoni, Firenze, 1946.

PIGNATELLI N., *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti Regionali, Forum: La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni e Enti Locali*, 12 aprile 2020.

PINELLI C., *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 2020, fasc. 5, p. 5.

PINELLI C., *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto Pubblico*, 2009, pp. 317 e ss.

PINNA P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988.

PIPERATA G., *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2020, fasc. 3, p. 318.

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

PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, *Il Foro Italiano*, 1984, pp. 640 ss.

POLACCO P., *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, pp. 264 ss.

POLETTI D., *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, in *Persona e Mercato*, 2020, pp. 31, 66 ss.

PORTINARO P., *Il grande legislatore e il custode della Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di Zagrebelsky-Portinaro-Luther, Torino, 1996, pp. 5 ss.

PUGLIATTI S., voce *Eccezione (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, pp. 151 ss.

RACIOPPI F., BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, volume I, Torino, 1909, p. 319.

RAFFIOTTA E., *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista AIC*, fasc. 3, 2017.

RAMAJOLI M., *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di A. Romano*, Napoli, 2011, pp. 735 ss.

RANELLETTI O., *La potestà legislativa del Governo*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 18, 1926, parte 1, pp. 165 ss.

RANELLETTI O., *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando V.E., Primo trattato completo di diritto amministrativo*, volume IV, Torino, 1904, p. 255.

RANELLETTI O., *La potestà legislativa del Governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, fasc. I, pp. 165 ss.

RAZZANO G., *Le ordinanze di necessità e urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli, 2008.

RENNA M., *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, pp. 61 ss.

RENNA M., *Le ragioni d'urgenza impeditive della comunicazione d'avvio del procedimento*, in *Foro Italiano*, 2003, fasc. 3, pp. 303 ss.

RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, 1976, pp. 89 ss.

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*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 2185 e ss.

RESTA G., *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 05 maggio 2020, pp. 1 ss.

RIDOLA P., *La Costituzione della repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, in *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, p. 54.

RIDOLA P., *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europea*, Torino, 2010, pp.1 ss.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet, Pisa, 1918;

ROMANO S., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti minori*, Milano, 1950.

ROMANO S., *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Il Filangieri*, vol. 23, 1898, pp. 161 ss., in particolare, pp. 336 ss.

ROMANO S., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, p. 261.

ROSELLI F., *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 530.

RUGGERI A., *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, fasc. 1, 2020, pp. 368 ss.

SAITTA F., *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto Amministrativo*, 2000, pp. 120 ss.

SALTELLI C., *Potere Esecutivo e norme giuridiche. La legge 31 gennaio 1926, n. 100 commentata ed illustrata*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1926.

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*, Ulan Press, Firenze, 1886.

SATTA F., *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, p. XXII.

SCARCIGLIA R., DEL BEN D., *Spagna*, Il Mulino, Bologna, 2013.

SCHMITT C., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (traduzione italiana, 1964), Bari, 1975.

SCUDIERO M., *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. e libertà*

SEVERI F., *Le ordinanze della legge n.225/92 sulla protezione civile*, Milano, 1996.

SIOTTO PINTOR M., *Correnti di pensiero dottrinali, parlamentari e giurisprudenziali a proposito dei decreti-legge*, in *Foro italiano*, 1923, fasc. I, pp. 5 ss.

SIOTTO-PINTOR M., *Nota a Cassazione di Roma 16 novembre 1922*, in *Foro italiano* 1923, fasc. I, p. 3.

SOLAZZI G., *I decreti-legge*, in Aa. Vv., *Commentario Calamandrei, Levi*, II, Firenze, 1950, p. 101.

SORDI B., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 33 ss.

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 2004.

SPADARO A., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Dizionario Cassese*, Milano, 2006, II, p. 1630 ss.

SPUNTARELLI S., *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, fasc. 3, III, pp. 1 ss.

STAIANO S., *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, pp. 659 e ss.

STRAZZARI D., *Per una cultura istituzionale dell'antidiscriminazione: margini e opportunità di intervento dell'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni razziali nel contesto delle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 219 ss.

TEGA D., *Le ordinanze sindacali: un nuovo caso di glocalism?*, in *Le Regioni*, 2010, pp. 213 ss.

TELÒ M., *Dallo Stato all'Europa. Idee politiche e istituzioni*, Carocci, Roma, 1993.

TOSATO E., *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1976, VII, p. 917.

TREVES G., *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 994 e ss.

TRIPODINA C., *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2020, pp. 83 ss.

TROPEA G., *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 5

TROPEA G., *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.

VANDELLI L., Art. 117, in *Lo Stato autonomista*, Bologna, 1998, pp. 396 ss.

VENCHIARUTTI A., *Diritto alla riservatezza del paziente ed emergenza da Covid-19*, in *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, Trieste, 2020, pp. 357 ss.

VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006.

VILLONE M., *Camere a eletti contingentati, è incostituzionale*, in *Il Manifesto*, 11 marzo 2020.

VILLONE M., *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in *Il Manifesto*, 31 marzo 2020.

VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giappichelli, Milano, 1998.

VON STEIN L., *Verwaltungslehre (1865-1868)*, traduzione italiana a cura di A. Brunialti, *La scienza della pubblica amministrazione*, Torino, 1897, pp. 443 ss.

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.

ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J., *Introduzione. La scienza delle costituzioni: una biblioteca da riordinare*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di Zagrebelsky-Portinaro-Luther, Torino, 1996, pp. 9 ss.

ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J., *Storia e costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di Zagrebelsky-Portinaro-Luther, Torino, 1996, pp. 35 ss.

ZANICHELLI D., *Lo statuto di Carlo Alberto secondo i verbali del Consiglio di Conferenza*, Società Editrice Dante Alighieri, Roma, 1898.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, V, Giuffrè, Milano, 1959.

ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996.