

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI

FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO E COSTITUZIONALE

XXVI CICLO

IL POTERE D'ORDINANZA DI NECESSITÀ ED URGENZA DEL GOVERNO.

PROFILI RICOSTRUTTIVI E SPUNTI PROBLEMATICI

Tutor

CH.MO PROF. VINCENZO COCOZZA

Co-tutor

DOTT. BRUNO DE MARIA

Dottorando

DOTT. FILIPPO PALUMBO

Anno accademico 2013/2014

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

PER UN INQUADRAMENTO DOGMATICO DELL'ISTITUTO. LE RICOSTRUZIONI TEORICHE DELLA DOTTRINA

1. La prospettiva del decisionismo: l'emergenza come "forza della vita reale" e la decisione *dello* stato d'eccezione in Carl Schmitt
2. Alla ricerca del fondamento giuridico del potere di necessità ed urgenza: la dottrina della "ragion di Stato"
 - 2.1. La dottrina della "legittima difesa"
 - 2.2. La dottrina della necessità come fonte del diritto
 - 2.3. La dottrina della "necessità funzionalizzata"
 - 2.4. Il ruolo della necessità nella dottrina della "Costituzione in senso materiale" di Costantino Mortati
3. Il tentativo di armonico inquadramento nel sistema delle fonti: la riconduzione sotto il principio di legalità formale
 - 3.1. La ricostruzione in termini di assimilazione del fenomeno delle ordinanze di necessità ed urgenza a quello della delegificazione
 - 3.2. Il tentativo di ricondurre la norma attributiva del potere di ordinanza al principio di legalità sostanziale
4. La rimodulazione del rapporto tra la dimensione normativa e la carica effettuale degli atti di necessità ed urgenza: la dottrina del "potere giuridico sostanziale"

5. La difficile armonizzazione dell'istituto con l'ambiente costituzionale repubblicano: la tesi dell'incostituzionalità

CAPITOLO II

DALLA LEGGE N. 100/1926 ALLA LEGGE N. 100/2012: L'EVOLUZIONE DEL POTERE D'ORDINANZA DI NECESSITÀ E URGENZA DEL GOVERNO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

1. L'evoluzione degli istituti di necessità e urgenza nelle monarchie costituzionali di stampo liberale. Le costituzioni della Francia post-rivoluzionaria e lo Statuto albertino. La prima legislazione post-unitaria italiana

2. Il periodo fascista. La formalizzazione dei poteri d'urgenza del Governo all'interno del sistema delle fonti di diritto positivo: la L. 100/1926

2.1. La progressiva positivizzazione del potere di ordinanza e la generalità delle relative norme attributive: il modello dell'art. 2 TULPS

3. Il dibattito in Assemblea Costituente sui poteri di necessità e urgenza. La previsione del decreto-legge e il silenzio sul potere di ordinanza *extra ordinem*

4. Il potere di ordinanza di necessità e urgenza nell'ordinamento costituzionale repubblicano. Il ruolo degli interventi della Corte costituzionale (sentt. nn. 8/1956, 26/1961, 4/1977, 100/1987, 201/1987): la natura amministrativa delle ordinanze *extra ordinem* e relativi limiti

5. La sistemazione e la razionalizzazione del potere di ordinanza di necessità e urgenza del Governo: la legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale di protezione civile

6. Torsioni e *distorsioni*: le successive modifiche alla legge n. 225/1992 e la trasformazione della fisionomia originaria del potere di ordinanza *extra ordinem*.

6.1. Profilo soggettivo: il decreto-legge n. 245/2002 e la “torsione monocratica” del potere di ordinanza del Governo

6.2. Profilo oggettivo: il decreto-legge n. 343/2001 e l’ampliamento ai c.d. “grandi eventi” del novero delle situazioni in cui è possibile attivare i poteri derogatori *extra ordinem*

7. Le ulteriori distorsioni della prassi e il paradosso della “normalizzazione” dell’emergenza e del potere di ordinanza

8. Paradosso chiama paradosso: la legge n. 100/2012 e la “ri-eccezzionalizzazione” del potere di ordinanza

CAPITOLO III

IL POTERE DI ORDINANZA DI PROTEZIONE CIVILE: I PUNTI DI “FRIZIONE” CON GLI ASPETTI QUALIFICANTI DELL’ORDINAMENTO COSTITUZIONALE REPUBBLICANO

1. Il potere di ordinanza di protezione civile e la lesione delle competenze regionali. I limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale

2. (*segue*): Il contenuto delle ordinanze come integrativo dei principi fondamentali posti dalla legislazione statale nella materia concorrente della protezione civile. La compressione della sfera di autonomia regionale

3. Le ordinanze di protezione civile e i decreti-legge: un sistema parallelo. L’estromissione delle istanze di controllo e del rapporto Parlamento-Governo

4. Recenti tentativi di ricondurre il potere di ordinanza nell'alveo del principio di legalità. Una critica

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

La linea di faglia lungo la quale si è sviluppato – a partire dalle rivoluzioni liberal-borghesi dei secoli XVII e XVIII – quel prodotto della civiltà e del pensiero umano noto, tradizionalmente, come *costituzionalismo* è caratterizzata dalla contrapposizione tra autorità e libertà.

L'essenza del costituzionalismo – per come esso è venuto affermandosi nell'evoluzione storico-politica delle società occidentali – sta, infatti, proprio nella «limitazione dell'autorità governativa per mezzo del diritto»¹, nella imposizione, cioè, di regole e limiti all'esercizio della forza da parte del detentore del potere politico, a tutela delle istanze individuali e sociali che a tale potere sono soggette.

L'equilibrio tra il momento autoritario e quello libertario, via via raggiunto tramite la mediazione della norma giuridica limitativa del potere, viene però scosso dal sopraggiungere di eventi straordinari che, mettendo in pericolo alcuni valori della comunità sociale organizzata o addirittura la sua stessa esistenza, determinano uno stato di cose definibile come *emergenza*.

In tali casi, l'evento eccezionale, non previsto o non prevedibile, rende inadeguato il diritto ordinariamente vigente e fa sorgere la

¹ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzionalismo* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, p. 130.

necessità di un intervento urgente con mezzi straordinari, che, come l'esperienza storica mostra², al pari di un movimento tellurico,

² Per una ricostruzione storica della fenomenologia dei poteri e degli istituti emergenziali, si veda G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, p. 43 e ss., il quale riporta come già nell'antichità classica l'ordinamento giuridico più complesso e raffinato del mondo antico, quello romano, prevedesse la magistratura repubblicana straordinaria del *dictator*. Quest'ultimo, in presenza di situazioni di pericolo per la *salus rei publicae* (guerra o rivolte interne), veniva nominato da uno dei due consoli su richiesta e indicazione del Senato (il quale decideva anche sull'*an* dello stato di emergenza) ed assommava in sé tutti i poteri civili e militari (l'*imperium maximum* che lo poneva al di sopra di qualunque altro magistrato), che nei tempi normali erano bipartiti nella *par potestas* consolare. Quella del *dictator* era una magistratura temporanea che poteva avere una durata massima di sei mesi, durante i quali venivano sospese le garanzie politiche che ordinariamente limitavano l'*imperium* (la *provocatio ad populum* e l'*intercessio tribunicia*) e che era finalizzata a fronteggiare l'evento straordinario (*dictator rei gerundae causa* o *belli gerendi causa*) e a ristabilire l'ordine della normalità repubblicana. Come si evince, poi, dalla rassegna che l'A. compie degli istituti emergenziali dell'età moderna – segnatamente, l'*état de siège* (stato d'assedio) dell'esperienza francese e la clausola d'emergenza prevista dall'art. 48 della Costituzione tedesca repubblicana di Weimar del 1919 – l'accentuarsi del momento autoritario del potere pubblico in presenza di situazioni di emergenza è una costante che ne caratterizza immancabilmente il profilo. Il primo istituto, infatti, variamente disciplinato dalle leggi che seguirono la Rivoluzione (in particolare, la legge dell'8 luglio 1791), dai decreti dell'età napoleonica (segnatamente, il decreto del 24 dicembre 1811) e dalle Costituzioni francesi della Restaurazione (del 1814, 1830 e 1848), sottoponeva il territorio interessato al potere del comandante militare, il quale concentrava nelle sue mani tutte le competenze ordinariamente attribuite alle autorità civili, rendendo anche possibile la sospensione di alcuni diritti individuali costituzionalmente garantiti. Il secondo istituto, invece, concedeva al Presidente della Repubblica (eletto a suffragio universale) ampi poteri in condizioni di emergenza interna: in particolare, il comma 2 dell'art. 48 della Costituzione di Weimar stabiliva che: «il Presidente può prendere le

perturbano la linea di faglia tra autorità e libertà, subducendo quest'ultima alla prima.

È dunque attorno a questa linea di faglia che si sviluppa il tema di quei particolari atti, espressione di poteri emergenziali, noti come ordinanze di necessità ed urgenza.

Potrebbe, anzi, dirsi che seguire l'evoluzione che, nella storia del diritto pubblico, ha caratterizzato il potere (il fenomeno giuridico e financo il termine) di ordinanza³, significa seguire l'evoluzione del rapporto tra autorità e libertà che caratterizza il costituzionalismo.

Prima della rivoluzione francese, infatti, in presenza del potere assoluto del monarca d'*ancien régime*, che assommava in sé tutte le funzioni in cui si estrinsecava l'imperio dello Stato, il termine ordinanza aveva significato generico e imprecisato, venendo riferito ad atti di diversa natura ed efficacia che fossero emanazione del pubblico potere.

Alla unicità ed unità del potere assoluto del sovrano, insomma, corrispondeva anche una sostanziale unicità terminologica rispetto agli atti che di tale potere costituivano l'esercizio, non essendovi alcuna necessità, logica prima ancora che giuridica, di distinzione.

misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza. A tal scopo, può sospendere in tutto o in parte l'efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153».

³ Per una rassegna di tale evoluzione, si veda G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965, p. 90.

E invero, le caratteristiche del potere monarchico *legibus solutus* escludono in radice il problema dell'esercizio e della stessa configurazione giuridica di poteri straordinari: per quanto potesse essere eccezionale la situazione che doveva essere fronteggiata, il sovrano disponeva già ordinariamente di poteri talmente ampi (la *plenitudo potestatis*) che erano idonei a disciplinare e ad affrontare il caso non previsto ed imprevedibile che abbisognava di un intervento urgente⁴.

Il successivo affermarsi dello stato di diritto e dei suoi principi liberali a garanzia e tutela dei diritti dell'individuo produsse, assieme ad una nuova organizzazione dei poteri pubblici, una coerente e conseguente sistemazione delle fonti del diritto.

Al principio della separazione dei poteri corrispose la diversificazione dei relativi atti, tanto sul piano soggettivo quanto su quello oggettivo di natura tipologico-procedimentale, cui conseguì l'attribuzione di un *nomen* specifico a ciascuno di essi, che valesse ad individuarlo e a distinguerlo tecnicamente da tutti gli altri: la legge, quale atto normativo primario dell'organo rappresentativo del popolo, il Parlamento; la sentenza, quale atto tipico dell'autorità giudiziaria.

In tale rinnovato contesto, il termine ordinanza connotava genericamente gli atti autoritativi dei pubblici poteri diversi dalla legge e dalla sentenza, come gli atti governativi o gli atti delle autorità militari che, in particolari casi, erano dotati della forza di legge.

⁴ Evidenza bene questo aspetto G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 75 e ss..

Successivamente, il progressivo consolidarsi ed affinarsi della sistematica degli atti pubblici condusse alla distinzione, terminologica oltre che concettuale, tra il regolamento ed il decreto, quali atti governativi di rango secondario, e il decreto-legge ed il decreto legislativo, quali particolari atti del Governo di natura primaria, in quanto aventi forza di legge, nonché tra queste tipologie di atti e la categoria dei provvedimenti, quali atti della pubblica amministrazione.

Attualmente, il termine ordinanza mantiene un significato atecnico e ad esso si accompagna il carattere polimorfo⁵ del relativo potere, in quanto accomuna atti di diversa natura.

Accanto ad un potere di ordinanza istituzionalizzato, estrinsecatesi in atti interni o comunque volti a dettare regole organizzative della pubblica amministrazione, può individuarsi un potere di ordinanza c.d. tipicizzato, che si sostanzia in atti di esecuzione volti ad assicurare l'osservanza di disposizioni legislative e/o regolamentari.

Viene poi in rilievo una terza categoria: il potere di ordinanza c.d. necessitato. Gli atti che ne sono esercizio sono accomunati dal presupposto per la loro adozione, costituito dai casi di necessità e urgenza, casi in cui, cioè, la cura dell'interesse pubblico concretamente affidato all'autorità amministrativa non può essere perseguito con gli strumenti provvedimentali ordinari.

⁵ Parla espressamente del potere di ordinanza quale potere polimorfo, F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, p. 54 e p. 62 e ss.; ID., *Ordinanza (diritto amministrativo)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 970 e ss., il quale elabora anche la ripartizione che segue nel testo.

All'interno di tale *genus*, la dottrina distingue⁶, con una pluralità di variazioni terminologiche, due diverse *species*.

Da un lato, gli atti necessitati ordinari (variamente denominati come ordinanze necessitate ordinarie⁷, atti d'urgenza⁸, provvedimenti necessitati ordinari⁹), i quali, se non per la particolarità dei casi in cui vengono adottati, in nulla differiscono dagli altri atti della p.a., poiché le norme attributive del relativo potere ne delimitano tanto il presupposto (individuato in un determinato evento fenomenico straordinario da cui scaturiscono l'urgenza e la necessità di provvedere), quanto il possibile contenuto, configurandosi come atti «emanati in caso di urgente necessità per disciplinare eventi eccezionali in modo conforme a norme eccezionali che li prevedono»¹⁰.

Dall'altro, gli atti espressione del potere di ordinanza necessitato *extra ordinem* (anch'essi individuati con variegata terminologia come

⁶ Già a partire dall'autorevole posizione di M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, XXVII, p. 388.

⁷ F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, cit., p. 94 e ss.; ID., *Ordinanza (diritto amministrativo)* (voce), cit., p. 975.

⁸ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), cit., p. 93.

⁹ F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 4.

¹⁰ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), cit., p. 93.

ordinanze di necessità¹¹, ordinanze necessitate¹², ordinanze d'urgenza¹³, ordinanze straordinarie¹⁴), i quali, invece, sono legislativamente vincolati solo per quanto attiene al profilo dell'organo competente. Il presupposto per la loro adozione, infatti, è configurato in termini generalissimi (tali da potersi ricondurre ad una pluralità indefinita di situazioni eccezionali) e il loro contenuto non è in alcun modo predeterminato dalla fonte primaria, la quale, al più, si limita a porre un mero vincolo teleologico, consentendo alla autorità amministrativa di adottare le misure ritenute più opportune ed adeguate a fronteggiare la concreta situazione emergenziale, anche derogando o sospendendo la legislazione ordinaria vigente.

Proprio per tali caratteristiche, quest'ultima specie di ordinanze, le ordinanze di necessità e urgenza, ha costituito uno dei temi più ampiamente dibattuti dalla dottrina giuspubblicistica italiana¹⁵.

¹¹ F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, cit., p. 111 e ss.; ID., *Ordinanza (diritto amministrativo)* (voce), cit., p. 975; G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 93.

¹² F. MIGLIARESE, *op. cit.*, p. 4.

¹³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, VI edizione, Padova, 1993, p. 35 e ss.

¹⁴ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 423.

¹⁵ Per la dottrina più risalente, A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, p. 7 e ss.; ID., *Sulle ordinanze di necessità*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, p. 75 e ss.; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Trattato Orlando*, vol. III, Milano, 1901; R. TRIFONE, *Ordinanze* (voce), in *Digesto Italiano*, vol. XVII, Torino, 1907, p. 989 e ss.; V.E. ORLANDO, *Intorno ai provvedimenti di urgenza secondo la legge comunale e provinciale*, in *Foro Italiano*, 1935, III, p. 148 e ss.; F. D'ALESSIO, *Urgenza (Provvedimenti di)* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1937-40, p. 717 e

ss.; A. ORIGONE, *Ordinanza (diritto costituzionale)* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, 1939, p. 296 e ss.; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza, requisizioni e occupazioni*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945, XVII, p. 400 e ss.; ID., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, cit.; ID., *Le ordinanze dispositive della proprietà terriera*, in *Giurisprudenza italiana*, 1950, III, p. 65 e ss.; ID., *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, in *Rassegna amministrativa della sanità*, 1962, p. 733 e ss.

Per la dottrina successiva all'entrata in vigore della Costituzione, L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, 1953; U. GARGIULO, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; L. PALADIN, *Decreti-legge e provvedimenti d'urgenza delle Giunte regionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1959, I, p. 1265 e ss.; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1956, I, 1, p. 863 e ss.; ID., *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 886 e ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 35 e ss.; C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 t.u.l.p.s. come testo legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 898 e ss.; M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U. leggi di pubblica sicurezza e libertà costituzionali*, in *Foro penale*, II, 1962, p. 102 e ss.; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965, p. 89 e ss.; ID., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, p. 2185 e ss.; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, p. 54 e p. 62 e ss.; ID., *Ordinanza (diritto amministrativo)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 970 e ss.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, p. 515; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 4 e ss.; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la L. n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 505 e ss.; ID., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 421 e ss.; ID., *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. n. 2/2011, pp. 43-44, disponibile al sito web www.osservatoriosullefonti.it; ID., *“Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile al sito web www.forumcostituzionale.it; A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004; M. GNES, *I limiti del potere di urgenza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005, p. 704 e ss.; S. MANGIAMELI, *Lo stato di*

In particolare, l'evidenziata atipicità contenutistica e la potenzialità derogatoria rispetto alla legislazione vigente – che ne fanno una sorta di irrocervo giuridico¹⁶: da un lato, provvedimento amministrativo, dall'altro, atto dotato di carattere normativo, in quanto capace di incidere, anche se temporaneamente, su norme di rango primario – hanno inevitabilmente agito da catalizzatori dell'attenzione della letteratura giuridica su atti che appaiono dirompenti ed eversivi dei principi dell'ordinamento costituzionale, con riguardo, segnatamente, al principio di legalità ed all'assetto delle fonti.

emergenza e le competenze regionali, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, p. 2922 e ss.; G. FARES, *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell'autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, p. 2926 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2007, p. 345 e ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2009, p. 317 e ss.; G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. IV, Napoli, 2008, p. 1935 e ss.; ID., *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, p. 137 e ss.; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009; A. FIORITTO, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. n. 1/2011, disponibile al sito web www.osservatoriosullefonti.it; F.F. PAGANO, *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del Governo*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4/2011, disponibile al sito web www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

¹⁶ Li definisce *erma bifronte* G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, cit., p. 139.

A tali profili problematici se ne sono aggiunti altri derivanti dalla oramai stabile tendenza del Governo a fare ricorso ai poteri ed agli atti d'urgenza di cui dispone (decreti-legge e ordinanze *extra ordinem*), dando origine al fenomeno della c.d. “stabilizzazione” dell'emergenza¹⁷.

Come ha puntualmente evidenziato la dottrina¹⁸, infatti, negli ultimi venti anni il Legislatore e l'Esecutivo hanno sempre più spesso qualificato come emergenze o stati di necessità e di eccezione – e, come tali, da affrontare mediante l'attivazione dei poteri *extra ordinem*, derogatori della disciplina normativa ordinaria – situazioni in realtà ascrivibili a problemi del tutto ordinari (potrebbe addirittura dirsi strutturali), non solo prevedibili, ma perfino ampiamente previsti, che anni di incapacità o, peggio, di inattività amministrativa hanno reso particolarmente spinosi e pressanti.

In tale contesto, il sempre più massiccio e sistematico ricorso da parte del Governo ai poteri di ordinanza di necessità ed urgenza (in particolare quello previsto dall'art. 5 della L. n. 225 del 1992, istitutiva del Servizio di protezione civile) pone non pochi

¹⁷ Di “stabilizzazione” dell'emergenza parla espressamente S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID. (a cura di) *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa”, Capri 3 - 4 giugno 2005, Torino, 2006, p. 649 e ss.

¹⁸ Cfr. S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, cit.; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, cit., p. 31 e ss.; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 194 e ss.

interrogativi in punto di compatibilità con alcuni degli aspetti qualificanti dell'ordinamento costituzionale repubblicano.

La preponderanza quantitativa di atti amministrativi del Governo in grado di intervenire in deroga anche a disposizioni di rango primario, senza essere però sottoposti né al controllo di legittimità costituzionale, né a meccanismi di raccordo con gli altri organi costituzionali – non con il Parlamento, al quale residua un limitato controllo di tipo politico; non con il Presidente della Repubblica, il quale non ha alcun ruolo nell'iter procedimentale delle ordinanze – rischia di spostare quasi tutto il baricentro istituzionale verso l'Esecutivo.

Sotto altro profilo, il ricordato sovradimensionamento della logica emergenziale (come già accennato e come meglio si vedrà in seguito, imputabile tanto agli interventi del Legislatore quanto alla concreta applicazione della prassi), ha moltiplicato le occasioni di intervento del Governo centrale – mediante il ricorso allo strumento derogatorio delle ordinanze di necessità e urgenza – in ambiti materiali ordinariamente attribuiti alla competenza amministrativa e/o legislativa delle Regioni. Viene così ad essere posto in questione anche il rispetto del complessivo disegno costituzionale in tema di autonomie territoriali e dei rapporti tra gli Enti che, insieme, compongono la Repubblica, così come delineato nel Titolo V della Seconda Parte della Costituzione.

Il presente lavoro si propone di analizzare i profili ricostruttivi dell'istituto in questione e di sviluppare qualche riflessione sui principali spunti problematici da esso posti.

In particolare, nel Capitolo I si cercherà di ricostruire le elaborazioni teoriche della dottrina che hanno tentato di fornire un soddisfacente inquadramento dogmatico ad un fenomeno giuridico che, per le sue caratteristiche, presenta indubbiamente aspetti di problematica armonizzazione con i postulati dello Stato di diritto.

Nel Capitolo II, poi, si ripercorrerà l'evoluzione storica del potere d'ordinanza di necessità e urgenza del Governo nell'ordinamento giuridico italiano.

Nel Capitolo III, infine, verranno posti in luce i punti di frizione con l'ordinamento costituzionale repubblicano suscitati dall'enorme espansione dell'utilizzo dei poteri di ordinanza di protezione civile da parte del Governo, tentando, poi, di abbozzare qualche riflessione conclusiva.

CAPITOLO I

PER UN INQUADRAMENTO DOGMATICO DELL'ISTITUTO. LE RICOSTRUZIONI TEORICHE DELLA DOTTRINA

SOMMARIO: 1. La prospettiva del decisionismo: l'emergenza come "forza della vita reale" e la decisione *dello* stato d'eccezione in Carl Schmitt. – 2. Alla ricerca del fondamento giuridico del potere di necessità ed urgenza: la dottrina della "ragion di Stato". – 2.1. (*segue*): la dottrina della "legittima difesa". – 2.2. (*segue*): la dottrina della necessità come fonte del diritto. – 2.3 (*segue*): la dottrina della "necessità funzionalizzata". – 2.4. (*segue*): il ruolo della necessità nella dottrina della "Costituzione in senso materiale" di Costantino Mortati. – 3. Il tentativo di armonico inquadramento nel sistema delle fonti: la riconduzione sotto il principio di legalità formale. – 3.1. (*segue*): la ricostruzione in termini di assimilazione del fenomeno delle ordinanze di necessità ed urgenza a quello della delegificazione. – 3.2. (*segue*): il tentativo di ricondurre la norma attributiva del potere di ordinanza al principio di legalità sostanziale. – 4. La rimodulazione del rapporto tra la dimensione normativa e la carica effettuale degli atti di necessità ed urgenza: la dottrina del "potere giuridico sostanziale". – 5. La difficile armonizzazione dell'istituto con l'ambiente costituzionale repubblicano: la tesi dell'incostituzionalità.

1. *La prospettiva del decisionismo: l'emergenza come "forza della vita reale" e la decisione dello stato d'eccezione in Carl Schmitt*

Alle accennate difficoltà di inquadramento ed alle contraddizioni sistematiche cui danno luogo le ordinanze di necessità e di urgenza hanno fatto riscontro diverse ricostruzioni teoriche che, direttamente o indirettamente, si sono sforzate di elaborare un soddisfacente ed armonioso inserimento dell'istituto in esame nel panorama dell'attuale stato costituzionale di diritto.

Prima di analizzare le architetture teoriche che più espressamente si sono poste l'obiettivo di dare adeguata sistemazione alla necessità nell'ordinamento giuridico ed ai correlati poteri di necessità ed urgenza della pubblica amministrazione, non si può non fare riferimento a quelle dottrine che, in una più ampia elaborazione giuridico-politica del fondamento dell'ordinamento, si sono occupate dello stato di eccezione.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla teoria decisionista formulata da Carl Schmitt, il quale apre la sua "Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità" con la nota definizione di sovranità secondo cui «sovrano è chi decide dello stato di eccezione»¹.

Lo stato d'eccezione considerato dal giurista renano è il caso non descritto dall'ordinamento giuridico vigente, che si sostanzia non in una "semplice" emergenza interna all'ordinamento o ad un suo

¹ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità*, in ID., *Le categorie del «politico»*. *Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio-P. Schiera, Bologna, 1972, p. 33.

particolare settore o aspetto specifico (c.d. emergenza nell'ordinamento), ma nel caso estremo dell'emergenza esterna, la quale, in modo più radicale, costituisce un «pericolo per l'esistenza dello Stato»² (c.d. emergenza dell'ordinamento)³.

Nella sua opera, Schmitt evidenzia come sia il caso straordinario a rendere «attuale la questione relativa al soggetto della sovranità, che è poi la questione della sovranità stessa»⁴. In tale situazione, infatti, per sua stessa natura «tanto il presupposto quanto il contenuto della competenza sono necessariamente illimitati»⁵ e «la costituzione può al più indicare chi deve agire in un caso siffatto»⁶.

Lo stato d'eccezione descritto da Schmitt non può essere predeterminato e regolato da una norma dell'ordinamento e, quand'anche fosse in qualche modo delineato il presupposto eccezionale, sarebbe comunque il soggetto investito della competenza, se questa «non è sottoposta a nessun controllo, se essa non è ripartita in qualche modo, secondo la prassi della costituzione dello Stato di diritto, fra diverse istanze che si controllano e si bilanciano a

² C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità*, cit., p. 34.

³ La distinzione richiama quella che parte della dottrina ha elaborato tra crisi costituzionale ed emergenza, sulle cui nozioni si veda P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, p. 77 e ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, p. 149 e ss.

⁴ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 34.

⁵ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 34.

⁶ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 34.

vicenda»⁷, colui che «decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo»⁸.

Nell'*extremus necessitatis casus* «diventa automaticamente chiaro chi è il sovrano»⁹: a decidere se e come regolare la situazione eccezionale, infatti, non è l'ordinamento giuridico, ma il soggetto che qualifica come tale la realtà fenomenica che gli sta di fronte, il quale, dunque, agisce e «sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa»¹⁰.

La situazione di emergenza dell'ordinamento, così, non solo è tale in quanto *emerge* (nel senso etimologico del verbo latino *emergere*, da *ex* e *mergere*, venire a galla, affiorare) dallo sfondo della normalità, ma anche perché *fa emergere* il nocciolo della sovranità, che non è la decisione o l'esercizio di un potere *nell'*ordinamento giuridico (all'interno, cioè, delle norme di cui esso si compone), ma la decisione e l'esercizio di un potere *sull'*ordinamento giuridico, una «competenza illimitata in via di principio, cioè la sospensione dell'intero ordinamento vigente»¹¹, la decisione che, nella sua purezza

⁷ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 34.

⁸ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 34.

⁹ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 34.

¹¹ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 39.

pre-giuridica, «si rende libera da ogni vincolo normativo e diventa assoluta in senso proprio»¹².

L'eccezione considerata da Schmitt stravolge quella strutturazione normale dei rapporti di vita in riferimento alla quale e nella quale le norme giuridiche esplicano la propria efficacia; fa venir meno l'ordine sottostante all'ordinamento giuridico, di cui, lungi dal configurarsi quale mero presupposto esterno, costituisce una condizione imprescindibile per la sua stessa efficacia, in quanto «non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos»¹³.

In tale situazione, per ristabilire un ordinamento giuridico (normativo e normante, nel senso che pretende di imporsi con le sue prescrizioni alla realtà sottostante), bisogna quindi creare prima un ordine pre-giuridico normale (normato e, per così dire, normabile, nel senso che solo rispetto ad esso e non ad un caos ha senso la norma) e «sovrano è colui che decide in modo definitivo se questo stato di normalità regna davvero»¹⁴.

La teoria decisionista di Schmitt, pur nella limpida e lucida ricostruzione delle grandezze giuridico-politiche che vengono in rilievo nell'emergenza e mirando al cuore dei problemi da essa posti (*in primis*, il problema della sovranità), rinuncia ad assumere un valore prescrittivo, che imponga un dover essere normativo al caso

¹² C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 39.

¹³ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 39.

¹⁴ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 39.

eccezionale, e si limita a descrivere la «forza della vita reale»¹⁵ che si impone nell'eccezione e che solo la decisione, pura e sovrana perché scevra della “gabbia” della norma, può ricondurre all'ordine della normalità.

Considera e studia una eccezione al diritto, più che il diritto dell'eccezione.

Il decisionismo mostra, così, il volto autoritario e preternormativo di un potere nei fatti dispotico, perché libero e non conformabile quale fenomeno giuridico; un potere che non è fondato e limitato da una norma, ma che, al contrario, è esso fondamento della norma, in quanto «l'autorità dimostra di non aver bisogno del diritto per creare diritto»¹⁶; anzi, nel caso d'eccezione «viene annullata la norma»¹⁷ e si impone il momento pre-giuridico ed extra-giuridico della «decisione nella sua veste immacolata, ossia non contaminata da norme»¹⁸.

È evidente che tale, pur suggestiva ed affascinante, architettura teorica, se riferita ad ogni e qualunque stato di eccezione, mal si concilia con le esigenze che, come vapore innalzatosi dal ribollente magma della Storia della civiltà umana, sono emerse nel corso dei secoli e si sono condensate nei postulati garantistici dello Stato di

¹⁵ La notissima espressione è di C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸ Così la definisce P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 51.

diritto, prima, e dello Stato costituzionale di diritto, poi; forme di Stato, queste ultime, che si fondano sulla limitazione del potere e sulla sua conformabilità e controllabilità rispetto ad una norma, le quali non devono venir meno ed, anzi, devono in qualche modo essere garantite anche nell'emergenza, ove più forte si palesa il rischio di scivolare verso l'arbitrio incontrollato del potere¹⁹.

Come si è visto, infatti, il caso d'eccezione contemplato dal decisionismo di Schmitt è esterno all'ordine giuridico; è il caso estremo ed assoluto, irriducibile al diritto²⁰; si sostanzia in una condizione di emergenza non nell'ordinamento (cioè endogena ed interna rispetto ad esso), ma dell'ordinamento giuridico, il quale non ha più alcuna forza conformativa rispetto alla situazione di fatto sottostante, ed in cui «non vige il diritto e, perciò, la vita e lo scontro politici obbediscono alle regole della politica solamente...tale stato d'eccezione coincide con la politica priva di regolamentazione giuridica e, quindi, decide chi ha più forza, cioè l'ordine viene stabilito solo politicamente»²¹.

Come ha notato la dottrina, la nozione di stato di eccezione elaborata dal decisionismo è, insomma, un concetto di dottrina dello stato più che di diritto costituzionale²².

¹⁹ Evidenzia bene questo aspetto G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 17 e ss.

²⁰ Cfr. sul punto, P. PINNA, *op. cit.*, p. 8 e ss.; G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 17 e ss.

²¹ Così, P. PINNA, *op. cit.*, p. 52.

²² Cfr. P. PINNA, *op. cit.*, p. 51.

La «sfida che l'emergenza lancia al diritto»²³ è, invece, proprio quella di definire lo “statuto giuridico” di uno stato di eccezione che, lungi dall'essere dominio esclusivo della forza dei rapporti politici, sia interno all'ordinamento costituzionale e con esso compatibile.

2. Alla ricerca del fondamento giuridico del potere di necessità ed urgenza: la dottrina della “ragion di Stato”

Proprio nel tentativo di inquadrare giuridicamente le situazioni straordinarie d'urgenza ed i poteri pubblici in relazione ad esse esercitabili, un'altra grande corrente di pensiero che si è occupata del fenomeno dell'emergenza giuridica ha fatto riferimento al concetto di necessità.

Le teorie che si inscrivono nell'alveo di questa corrente di pensiero partono dal dato, comune all'impostazione decisionista, della dimensione illegale, o comunque extra-legale, dell'esercizio di poteri emergenziali non previsti dalle disposizioni legislative e costituzionali o addirittura contrastanti con esse. E tuttavia, non si arrestano alla constatazione di uno stato di cose, in una prospettiva meramente descrittiva dei fenomeni innescati dal caso eccezionale, ma si spingono alla ricerca di un fondamento giuridico, che legittimi l'esercizio dei poteri e l'adozione dei relativi atti, parimenti eccezionali.

²³ G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 20.

Questo fondamento, come anticipato, viene individuato con riferimento al concetto di necessità: concetto variamente declinato nelle costruzioni teoriche²⁴ dei diversi Autori che si sono interessati al tema.

In primo luogo, occorre richiamare la dottrina della ragion di Stato²⁵, la quale sembra porsi in posizione intermedia tra quella meramente descrittiva, propria della teoria decisionista, e quelle che tentano di dare un contenuto prescrittivo alla nozione di necessità, costituendo una prima ed embrionale elaborazione di quest'ultima.

La dottrina della ragion di Stato trova le sue radici storiche negli anni in cui, tra la fine del XVIII e la metà del XIX secolo, sorgevano gli Stati nazionali moderni, il cui recente ed ancora instabile processo di formazione era messo in pericolo da minacce, sia interne che esterne ad essi, minandone alla base la stessa possibilità di esistenza.

In tale contesto, in cui il nemico politico non era semplicemente l'altro da sé, ma, più radicalmente, la negazione stessa della nuova entità statale, la necessità di agire e/o reagire contro tale nemico, anche a prescindere dal (ed oltre il) diritto, era considerata alla stregua di un ineluttabile ed ineludibile "riflesso condizionato", obbediente

²⁴ Per una disamina delle diverse posizioni dottrinarie, si veda anche P. PINNA, *op. cit.*, p. 84 e ss. e G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 22 e ss..

²⁵ Su tale dottrina si veda: F. MEINECKE, *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Firenze, 1970; S. PISTONE, *Ragion di Stato*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, p. 944 e ss.

alle leggi della causalità naturale²⁶, piuttosto che la razionale risposta della volontà normativa dello Stato.

La necessità contemplata dalla dottrina della ragion di Stato, dunque, scaturisce dall'imperativo "naturale" e, verrebbe da dire, quasi istintuale imposto dal *primum vivere*, dall'autoconservazione, che, nel caso dello Stato, consiste nell'affermazione (o riaffermazione) del monopolio della forza, in una dimensione che è ancora esterna a quella giuridica.

2.1. (segue): *la dottrina della "legittima difesa"*

Con il successivo consolidarsi degli Stati liberali ottocenteschi si assiste anche ad una evoluzione dottrinarie relativamente al modo di intendere il concetto di necessità, tramite il quale si cerca di dare veste giuridica agli atti *contra legem* dei pubblici poteri e, segnatamente, della pubblica amministrazione.

Tale "aura" di giuridicità viene conferita ad azioni comunque violente ed, in genere, repressive dei diritti di libertà e marcatamente autoritarie tramite il ricorso alla figura della legittima difesa. Al pari della analoga scriminante prevista per i singoli dal diritto penale e privato, il verificarsi di una condizione di urgente necessità per la salvezza dello Stato connota la reazione di quest'ultimo quale esercizio di un diritto di difesa legittima avverso un pericolo

²⁶ Cfr. P. PINNA, *op. cit.*, p. 88.

imminente e non altrimenti fronteggiabile, che consente, se non addirittura impone, il ricorso a mezzi e procedure derogatori rispetto all'ordine normale delle competenze e dei poteri.

In tale situazione, come ha rilevato la dottrina che maggiormente ha sostenuto tale ricostruzione, «sono in collisione il diritto dello Stato, ed anzi il suo dovere fondamentale ed assoluto di difendere e garantire la sua esistenza e il proprio ordine giuridico, e il diritto di libertà e le guarentigie, che l'ordine stesso riconosce e tutela negli individui, in maniera che l'uno non può essere salvo senza danno dell'altro»²⁷. Il contrasto viene risolto a favore dello Stato, che si trova nella contraddittoria condizione di dover temporaneamente violare l'ordine giuridico di cui è garante, ivi comprese le libertà individuali, proprio al fine di meglio tutelarlo avverso un imminente, grave pericolo, concludendosi che, nella situazione eccezionale, «bisogna riconoscere un vero diritto subbietivo di necessità, e nell'atto governativo, che ne costituisce l'esercizio, un atto pienamente legittimo»²⁸.

Le teorie appena esposte risentono dell'*humus* culturale di stampo liberale in cui si sono venute formando e di tutte le contraddizioni che caratterizzarono quell'ideologia: dietro il “paravento” dello Stato-persona – asseritamente neutrale e separato rispetto alla sottostante società civile ed ai rapporti economico-sociali

²⁷ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, vol. IV, Milano, 1904, p. 1203.

²⁸ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, cit., p. 1203.

in essa presenti – il blocco monoclasse, che costituiva l'*élite* politico-economica in grado di veder proiettati i propri interessi nel circuito istituzionale Governo-Parlamento, tentava di respingere le nuove istanze di partecipazione che provenivano dalle altre classi sociali e che iniziavano a bussare alle porte della Storia.

Come è stato messo in luce in dottrina²⁹, l'affermazione della prevalenza, nelle situazioni di necessità, di un diritto soggettivo dello Stato-persona sulle posizioni giuridiche degli individui, pur garantite da disposizioni di legge, sottintende una concezione che risente dell'origine autoritaria degli istituti *extra ordinem*, la cui funzione è sostanzialmente la «difesa del potere statale dai nemici politici, attraverso l'uso di tutti i mezzi adeguati alle circostanze». Tale concezione, dunque, non considera gli aspetti ordinamentali della necessità, ma si pone dal punto di vista del rapporto tra lo Stato e gli individui, cercando di dare legittimazione all'esercizio di poteri – segnatamente, dello stato d'assedio – che sono *contra legem*, perché, in primo luogo, sospensivi delle libertà e dei diritti individuali previsti dalle leggi ordinariamente vigenti.

2.2. (segue): *la dottrina della necessità come fonte del diritto*

In prospettiva senza dubbio ordinamentale si pone, invece, la teoria, per così dire, più avanzata rispetto al ruolo riconosciuto alla

²⁹ Cfr. P. PINNA, *op. cit.*, p. 88 e ss., a cui si riferisce il virgolettato che segue nel testo.

necessità all'interno dell'ordinamento giuridico, elaborata dalla riflessione dottrinale di Santi Romano³⁰, esponente di primissimo rilievo del pensiero istituzionista.

Nella ricostruzione romaniana, infatti, la necessità non è intesa quale mera situazione di fatto in cui venga a determinarsi un «conflitto che nasce fra il diritto dello Stato di mantenere la sua esistenza e il suo assetto politico, e il diritto di libertà degli individui, che è necessario limitare o sacrificare in favore del primo»³¹, così come per le precedenti dottrine, ma assume la portata di fonte del diritto e, anzi, di

³⁰ Non sembra irrilevante notare come la teoria in discorso sia stata enunciata a seguito dell'adozione, da parte del Governo, di decreti-legge d'urgenza e dello stato d'assedio per fronteggiare l'emergenza conseguente al devastante terremoto che colpì Messina e Reggio Calabria il 28 dicembre del 1908. Come lo stesso Autore espone nelle prime pagine del suo *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, «finora lo stato d'assedio ... era stato sempre proclamato come una misura di polizia, tendente ad una energica e immediata tutela dell'ordine pubblico, in quei moti popolari che ... muovono ... dal presupposto di un attentato al vigente ordinamento costituzionale, di una sollevazione contro i pubblici poteri, di un disordine criminoso causato da nemici interni allo Stato ... , ma non si era mai, prima d'ora, pensato che esso potesse trovare la sua ragion d'essere in cause sostanzialmente diverse. E si capisce agevolmente come di ciò risentisse tutta l'impostazione teorica degli ardui problemi che si riconnettono a siffatto argomento: problemi che ormai debbono formulare e risolvere in modo da comprendervi il caso, come quello attuale, di uno stato d'assedio imposto, non per reagire ad un'illecita attività collettiva contro l'ordine costituito, ma per rimediare al dissolvimento di ogni organizzazione sociale e politica avvenuto per un fenomeno del tutto involontario e naturale. Non si ha più, in questa ipotesi, la lotta, per la difesa del diritto, contro dei ribelli ... Sta in prima linea e avanti ad ogni altro bisogno la necessità di ripristinare i servizi pubblici, che appaiono più indispensabili ...».

³¹ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, I, 1909, ed ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 293.

«fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate»³².

Partendo dalla considerazione «che ciò che caratterizza e distingue la necessità ... è, in primo luogo, la materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne delle nuove»³³, Romano trae «la conseguenza che il momento originario, cui si deve aver riguardo, è per lo appunto tale sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obiettivo al diritto obiettivo già esistente»³⁴.

Ne deriva, evidentemente, che «se la libertà individuale resta diminuita, sospesa, non protetta, ciò non è la conseguenza immediata di alcun diritto subbiettivo dello Stato, ma del nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che esso pone e che determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli»³⁵.

Da dove tragga legittimazione tale nuovo ed eccezionale ordinamento è il cuore della ricerca romaniana e «quel che dunque bisogna spiegare e giustificare non è altro che il potere dello Stato di

³² S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, cit., p. 298.

³³ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 294.

³⁴ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 294.

³⁵ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 294.

porre con un procedimento che non è il consueto delle nuove norme»³⁶.

Lo stato di necessità, dunque, rileva non solo e non tanto rispetto ai rapporti tra Stato e cittadini, come tipicamente nell'ottica delle dottrine liberali, ma pone un problema più ampio, più grave e più complesso, poiché «è a tutta la costituzione dello Stato che bisogna aver riguardo, alla distribuzione delle competenze tra i diversi organi costituzionali, alla posizione e ai rapporti reciproci di questi ultimi, ad una quantità di principi fondamentali che si riferiscono all'ordinamento costituzionale dello Stato stesso»³⁷.

La necessità viene così riguardata non più in relazione al singolo caso che l'ha generata, ma, in un'ottica più generale, viene astratta³⁸ dagli eventi materiali che di volta in volta la sostanziano e assume un valore e una funzione ordinamentali, che attingono al fondamento e all'origine stessa dell'intero ordinamento. Lo stato di necessità di cui parla Romano è concepito, infatti, «come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedente stabilite»³⁹. In questo senso –

³⁶ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 294.

³⁷ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 294.

³⁸ Di astrazione della necessità parla esplicitamente P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 94, il quale evidenzia come «la necessità nella concezione istituzionista non viene più identificata con alcuna situazione o condizione determinata. In tal modo, si realizza l'astrazione della necessità dall'azione diretta contro nemici politici».

³⁹ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 297.

precisa Romano – si dice comunemente che “*necessitas non habet legem*”; «ma se essa non ha legge, fa legge ... ; il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte del diritto»⁴⁰.

E non una qualsiasi fonte del diritto, ma, come detto, la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto e della stessa istituzione statale: nella ricerca di un fondamento obbligatorio di una legge, infatti, si risale a ritroso ad una legge precedente, fino ad «una prima legge, la quale avrà ricavata la sua forza solo dalla necessità che l’ha determinata. E nella necessità deve rintracciarsi l’origine e la legittimazione dell’istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione»⁴¹.

Questa fonte primigenia, inoltre, non esaurisce la sua forza nel momento fondativo dell’ordinamento, ma si espande ad ogni vicenda successiva di questo, poiché «ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà fermato e regolato le sue istituzioni fondamentali»⁴².

In tali casi, la necessità può far valere la sua forza di fonte originaria ed imporsi su tutto il diritto, scritto e non scritto (e perciò non solo *praeter*, ma anche *contra legem*); «può cioè verificarsi una

⁴⁰ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 296.

⁴¹ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 298.

⁴² S. ROMANO, *op. cit.*, p. 298.

data condizione di cose che costituisca manifestazione esplicita, impellente e categorica di bisogni e forze sociali, nel senso che da esse emani immediatamente e direttamente, senza incertezze e senza possibilità di sottrarvisi, una norma obbligatoria: è un fatto che, per la sua natura, si presenta con le caratteristiche del diritto, è la necessità, prima fonte di quest'ultimo»⁴³.

2.3. (segue): *la dottrina della "necessità funzionalizzata"*

Ispirata al pensiero istituzionista, ma in prospettiva parzialmente diversa, si pone, poi, l'ulteriore teoria c.d. della necessità funzionalizzata. Questa dottrina riferisce il concetto di necessità alla discrasia che la situazione eccezionale viene a determinare tra il perseguimento dei fini dell'istituzione statale ed i mezzi predisposti dalla legge, di guisa che «per effetto delle circostanze avviene che al raggiungimento dello scopo proprio dell'istituzione siano necessari ed utili dei mezzi che sono estranei alla volontà del legislatore o che rientrano nelle competenze di altre istituzioni»⁴⁴.

Centrale è, dunque, il rapporto tra mezzi e fini: questi ultimi hanno preminente rilievo per l'istituzione a cui si riferiscono e devono necessariamente essere perseguiti anche con atti e poteri non previamente determinati, se quelli predisposti dal legislatore non si

⁴³ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 298.

⁴⁴ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 427.

dimostrano più, nella situazione di emergenza, funzionali allo scopo. Da qui il carattere funzionalizzato della necessità, in quanto correlata al doveroso perseguimento del fine anche, attraverso l'utilizzo di mezzi straordinari, in caso di situazioni eccezionali, così come costituisce analogo dovere il ricorso agli strumenti ordinari approntati dal legislatore, qualora questi si rivelassero adeguati.

Secondo tale ricostruzione, dunque, la necessità non costituisce autonoma fonte di diritto, ma rappresenta una condizione in cui si innesca un conflitto, «un conflitto, cioè, di *doveri*, il dovere di conseguire quello scopo e il dovere di rispettare la volontà del legislatore circa i mezzi da utilizzarsi: un conflitto, sembrerebbe, che si agita all'interno di uno stesso ordinamento giuridico»⁴⁵.

2.4. (segue): *il ruolo della necessità nella dottrina della "Costituzione in senso materiale" di Costantino Mortati*

Su una analoga linea di pensiero, ma in un'ottica di ispirazione decisionista, si colloca, poi, la più generale dottrina della "Costituzione materiale" di Costantino Mortati, nella quale il riferimento allo scopo, al fine che deve essere perseguito dallo Stato, assume una peculiare fisionomia ed una preponderante centralità.

⁴⁵ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit., p. 428.

Nella sua ricerca della «fonte giuridica primigenia»⁴⁶, l'analisi mortatiana, condotta con riguardo «alla natura specifica di quel particolare ordinamento al quale essa si riferisce, cioè dello Stato»⁴⁷, si appunta sul sostrato materiale da cui esso sorge e che si sostanzia nel «complesso di rapporti vari, corrispondenti alle diverse direzioni in cui può svolgersi l'attività umana»⁴⁸, che viene a comporre la comunità.

Ma tali rapporti e la comunità che li esprime e di cui, ad un tempo, sono espressione, di per se stessi e nel loro spontaneo svolgersi e dipanarsi, non sono dotati di un principio ordinatore che li coordini fra loro e che, in caso di contrasto, li componga in una superiore unità; essi «non possono costituire se non solo un presupposto pel nascere dello Stato»⁴⁹, ma non sono automaticamente e “naturalmente” sovrapponibili o identificabili con lo Stato, massima istanza unitaria della complessità sociale.

Dunque, occorre fare, sì, riferimento alla comunità, ma non più considerata quale coacervo indifferenziato di interessi concorrenti e/o conflittuali ed ordinata, invece, «secondo un minimo di elementi organizzativi necessari per pensarla capace di attività»⁵⁰.

⁴⁶ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, ristampa inalterata, Milano, 1998, p. 53.

⁴⁷ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁸ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁹ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁰ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 61.

Mortati individua questi caratteri nella formazione, all'interno della comunità indistinta, di una forza politica risultante dalla «specificazione nella posizione dei consociati, in base alla quale alcuni riescono ad esercitare un potere sugli altri in modo da ottenere obbedienza»⁵¹, una forza che sia costante e prevalente nell'imporre alle altre quel particolare «ordine, che essa intende realizzare nella comunità, al fine di raggiungere una complessiva unità dei vari interessi, propri di questa»⁵².

Questa forza – che, «risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzi dagli altri, in quanto riesca, trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale»⁵³ – è venuta conformandosi nello Stato moderno in una speciale struttura, quella del partito politico.

È il partito che pone come elemento predominante un'idea politica generale, una decisione politica fondamentale, capace di agire come fattore di unificazione dell'intera vita di una comunità.

Nello Stato moderno, è pertanto il partito – che, nella visione di Mortati, in quanto portatore di tale istanza unitaria, «non può essere

⁵¹ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 62.

⁵² C. MORTATI, *op. cit.*, p. 62.

⁵³ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 63.

che unico, come unico è il principio di qualsiasi forma politica»⁵⁴ – il soggetto da cui emana la costituzione fondamentale e ne costituisce elemento strumentale, senza il quale l'altro elemento, quello materiale dato dall'idea, dallo scopo politico generale, non potrebbe affermarsi su (e quale momento unificante de)gli interessi parziali e frammentari che agitano la società e che si raccolgono intorno allo Stato.

Mortati evidenzia la dimensione deontica in cui si muove questa costituzione originaria, la quale «è da ritenere pertanto non presupposto o sostrato di quella giuridica, ma essa stessa tale, anzi giuridica per eccellenza, in quanto è quella dalla quale è da trarre il criterio per poter imprimere il carattere della giuridicità a tutto il sistema degli atti successivi, attraverso i quali si svolge»⁵⁵. La descritta costituzione fondamentale non si configura, quindi, quale dato fenomenico puramente esistenziale, ma ha un contenuto ordinato ed ordinatore, che la proietta nel dover essere deontologico, tipico della norma giuridica.

Il fine politico generale dell'ordinamento, contenuto caratteristico della costituzione materiale veicolata dal partito-forza politica dominante, ha pertanto una sua autonoma rilevanza giuridica quale regola materiale che vincola gli organi dello Stato al suo positivo perseguimento, mediante la adozione degli atti idonei a conseguirlo.

⁵⁴ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁵ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 74.

Il fine politico, cioè l'idea fondamentale, la tendenza animatrice dell'ordinamento, che precede le concrete attività dirette a realizzarle e ne condiziona lo svolgimento unitario, in quanto incorporato in un'istituzione statale – conclude Mortati – «non solo non appartiene ad uno stadio pregiuridico, ma, formando l'essenza stessa della costituzione fondamentale, diviene la fonte prima del diritto dello Stato»⁵⁶.

Coerente con tale impostazione è il successivo svolgimento della teoria mortatiana in relazione alla funzione che la costituzione materiale esplica all'interno dell'ordinamento rispetto a tutte le altre fonti, ivi compresa la costituzione scritta, formale.

Quest'ultima avrebbe lo «scopo di assicurare la stabilità dei rapporti sociali, di garantire ... lo svolgimento della vita statale nelle forme e nei modi che si ritengono più idonei alla realizzazione del principio organizzatore dell'ordinamento»⁵⁷.

È il fine politico fondamentale il faro che illumina l'intera architettura ordinamentale, a partire dal suo vertice formale, la costituzione scritta, e, dunque, «in ogni caso, anche ammettendo una situazione di massima corrispondenza tra l'ordine formale e quello reale, è da pensare che il primo ha sempre funzione di mezzo rispetto al secondo e quindi, per sua destinazione, subordinato al raggiungimento di quest'ultimo...»⁵⁸.

⁵⁶ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁷ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁸ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 117.

Se tale è il rapporto che intercorre tra la costituzione formale e quella materiale, è evidente che quest'ultima, espressione di una superlegalità costituzionale, si presenta non solo quale fonte suprema dell'ordinamento, ma anche come fonte autonoma, in grado di far valere direttamente ed immediatamente la propria preminenza su tutte le altre fonti (positivizzate) dell'ordinamento, senza la necessità di dover operare ed agire per il loro tramite.

La forza politica dominante, pertanto, in quanto portatrice di tale costituzione originaria (che, con le parole di Mortati, «si potrebbe chiamare alla seconda potenza, accanto a quella formale, dalla prima derivata, mai interamente assorbita in questa, ma tuttavia della stessa sua natura»⁵⁹) non può mai rimanere, nella sua attività, costretta in ogni suo aspetto nei limiti di disciplina posti dalla costituzione scritta e dalle altre fonti.

Ciò «in quanto l'esigenza ineliminabile del conseguimento del fine può sempre giustificare l'assunzione di mezzi diversi da quelli previsti dall'ordine formale, quando questi si siano dimostrati, in relazione alle particolarità di concrete situazioni, meno idonei di altri non previsti»⁶⁰.

In tale contesto teorico, tutto proteso in una visione teleologicamente orientata dell'ordinamento giuridico, di cui, come si è visto, il fine politico è fondamento e criterio di giustificazione, il problema degli atti *extra ordinem* e dell'esercizio dei poteri a questi

⁵⁹ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁰ C. MORTATI, *op. cit.*, p. 121.

corrispondenti risulta fortemente svalutato: il perseguimento di questo scopo politico generale legittima, per ciò solo, l'utilizzo di mezzi straordinari, anche in deroga alle disposizioni vigenti e riempie di contenuto l'indeterminato e generico concetto di "necessità".

Nella sua analisi del rapporto fra la costituzione materiale e la consuetudine costituzionale, Mortati rileva infatti che «la necessità, come concetto essenzialmente relativo, è suscettibile di essere determinato solo se si metta a confronto con esigenze previamente dichiarate. Essa ... non offre di per sé titolo, che possa giustificare l'infrazione del diritto oggettivo, ma agisce solo come condizione capace di rendere attuale e concreto un obbligo preesistente ad essa, dal quale quindi solamente può discendere la legittimazione dell'atto disforme al diritto positivo»⁶¹. La necessità, come la consuetudine, rimanda dunque ad una fonte di diritto più elevata che consenta (o imponga) agli organi costituzionali – e segnatamente al Governo – di disporre ed agire in deroga alla legge.

Tale fonte, tale fondamento – ribadisce Mortati – «non può essere dato se non dal fine politico, il quale, precedendo e condizionando le singole manifestazioni di volontà dello Stato, è capace di conferire ad esse quell'unità non solo formale, della quale si è affermata la necessità. Le forze politiche, le quali pongono questo fine, mentre conferiscono la positività all'attività, che si esplica in deroga alla legge, garantiscono anche la giuridicità di essa, intesa come aderenza agli interessi fondamentali dell'ordinamento. Interessi

⁶¹ C. MORTATI, *op. cit.*, pp. 154-155.

che funzionano non solo come limite, circoscrivente dall'esterno l'attività in parola, ma anche come obiettivo ch'essa è obbligata a perseguire positivamente»⁶².

Le dottrine esposte, tutte nate e sviluppatesi durante il periodo di vigenza dello Statuto Albertino, pur nell'apprezzabile sforzo di dare sistemazione giuridica alla necessità, sono state oggetto di diverse critiche, soprattutto in seguito all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Queste teorie, infatti, finiscono per giustificare e dare fondamento e legittimazione all'esercizio di qualsiasi potere, quand'anche non previsto o addirittura in contrasto con l'ordinamento vigente; come è stato notato, «le principali teorie che si richiamano alla necessità ... sono utili per la giustificazione del potere comunque esercitato, mentre sono di scarso interesse rispetto alla descrizione delle caratteristiche delle potestà d'eccezione esercitabili in un dato ordinamento costituzionale»⁶³.

3. Il tentativo di armonico inquadramento nel sistema delle fonti: la riconduzione sotto il principio di legalità formale

La dottrina che si è occupata del tema delle ordinanze *extra ordinem* dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 ha

⁶² C. MORTATI, *op. cit.*, p. 155.

⁶³ Così P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 86.

abbandonato i modelli teorici incentrati sulla necessità e ha tentato di ricondurre gli atti in esame all'interno del nuovo ordinamento costituzionale e, segnatamente, sotto il principio di legalità.

La prima elaborazione sul punto si deve alla riflessione di G.U. Rescigno, che esclude che il ricorso alla necessità possa legittimare l'adozione di atti non previsti dall'ordinamento, non essendo pensabile, infatti, «che una Costituzione rigida come la nostra, la quale disciplina positivamente le ipotesi nelle quali per necessità un soggetto è legittimato a provvedere in deroga a diritto, possa implicitamente riconoscere un generale e illimitato potere di deroga solo che la necessità lo richieda: ammettere la fonte necessità accanto alla fonte Costituzione significherebbe sostenere che la prima e non la seconda è la legge fondamentale dell'ordinamento»⁶⁴.

Sulla base di tale considerazione, l'analisi dell'Autore si volge alla ricerca ed alla definizione di quel tratto peculiare che contraddistingue le ordinanze di necessità ed urgenza rispetto agli altri atti della pubblica amministrazione.

Sul punto, vengono anzitutto destituite di fondamento quelle ricostruzioni che individuano tale peculiarità, da un lato, nel fatto che il potere di ordinanza sia libero nel contenuto e, dall'altro, nel carattere necessariamente derogatorio degli atti che di quel potere sono estrinsecazione: contro la prima – nota l'Autore – sta il rilievo che nell'ordinamento esistono altri atti della pubblica

⁶⁴ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965, p. 99.

amministrazione, i quali, pur liberi nel contenuto, non sono ordinanze (come, ad es., gli atti c.d. politici)⁶⁵; contro la seconda si pone, invece, la circostanza che il carattere derogatorio non è esclusivo delle ordinanze *extra ordinem* e che «possono esistere e in fatto esistono altri atti amministrativi derogatori per definizione i quali però non sono affatto ordinanze: ogni qual volta una norma speciale autorizza un provvedimento amministrativo in deroga a quanto autorizza per l'ipotesi generale la norma generale, siamo dinanzi ad un atto derogatorio per definizione»⁶⁶.

La differenza essenziale tra le ordinanze e gli altri provvedimenti amministrativi viene, dunque, rintracciata non negli atti, ma nelle norme che li prevedono e disciplinano: in particolare, le disposizioni che autorizzano la p.a. ad adottare gli ordinari provvedimenti amministrativi, quand'anche attribuiscono loro una qualche capacità derogatoria, delimitano puntualmente e specificamente le norme passibili di deroga «sicché il rapporto regola-eccezione corre direttamente tra la norma che prevede il provvedimento generale e la norma che prevede il provvedimento particolare, e solo in via consequenziale tra la prima norma e il provvedimento particolare»⁶⁷; le disposizioni che legittimano la p.a. ad adottare le ordinanze di necessità, invece, non derogano a norme specifiche, ma abilitano

⁶⁵ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), cit., p. 92.

⁶⁶ G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁷ G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 93.

l'organo investito della competenza a provvedere in deroga ad un novero indeterminato di norme «sicché in concreto la deroga corre solo tra norma derogata e ordinanza, mai fra norma derogata e norma attributiva del potere di ordinanza»⁶⁸.

In altre parole, conclude l'Autore, «la norma attributiva di un potere di ordinanza è tipicamente ed esclusivamente 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»⁶⁹.

Nel paragrafo immediatamente successivo, tuttavia, la portata di questa affermazione viene precisata nel senso di individuare i limiti che devono necessariamente porsi all'esercizio dei poteri derogatori di ordinanza per renderli compatibili con la superiore prescrittività della Costituzione repubblicana (*in primis*, per quanto concerne il rispetto delle riserve di legge in essa previste), discendente dal suo carattere rigido.

Tra le questioni affrontate spicca quella relativa alla possibile incostituzionalità delle norme attributive dei poteri di ordinanza *extra ordinem* in rapporto al rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, qualora dovesse ritenersi che quest'ultimo «costituisce principio costituzionale e che tale principio va interpretato non come mera necessità di autorizzazione contenuta in legge, ma

⁶⁸ G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 93, che richiama in nota anche M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, p. 391.

⁶⁹ G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 93.

come necessaria predeterminazione con legge degli elementi essenziali di ciascun atto della pubblica Amministrazione»⁷⁰.

Sul punto, l'Autore, premesso il fondato valore costituzionale del principio di legalità degli atti amministrativi, ne accoglie la sua accezione formale⁷¹, osservando che «tale principio viene rispettato quando un potere della pubblica Amministrazione può comunque venire fondato su una autorizzazione legislativa»⁷².

Da ciò discende la piena conformità al principio delle ordinanze di necessità ed urgenza, in quanto atti esplicitamente previsti dalle norme di legge attributive del relativo potere di adottarli, salvo il rispetto di quegli ambiti materiali coperti dalle riserve di legge previste in Costituzione⁷³.

Viene esclusa, dunque, la ricostruzione del principio di legalità nei più stringenti termini di tipicità degli atti amministrativi, nel senso della necessaria predeterminazione legislativa degli elementi essenziali e dei profili contenutistici degli atti della pubblica autorità.

Tale opzione teorica, in disparte la separata questione relativa a quale sia l'accezione del principio di legalità accolta in Costituzione, è stata oggetto delle medesime critiche che sono state mosse alle innanzi esposte dottrine fondate sulla necessità: salve le limitazioni

⁷⁰ G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 94.

⁷¹ Per la ricostruzione del principio di legalità in senso formale, si veda S. FOIS, *Legalità (principio di)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 659 e ss..

⁷² G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 95.

⁷³ Cfr. G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 94 e ss..

costituzionalmente imposte dal rispetto delle riserve di legge, infatti, la sola autorizzazione legislativa non pare idonea a limitare adeguatamente i provvedimenti adottabili dalla pubblica amministrazione nelle situazioni di emergenza, finendo, in ultima analisi, per giustificare «aprioristicamente qualsivoglia potestà normativa del Governo, per quanto essa sia estranea all'ordinamento costituzionale»⁷⁴.

3.1. (segue): *la ricostruzione in termini di assimilazione del fenomeno delle ordinanze di necessità ed urgenza a quello della delegificazione*

Una seconda prospettiva teorica è identificabile in quella dottrina che, nel tentativo di dare all'istituto delle ordinanze *extra ordinem* un armonico inquadramento all'interno del sistema delle fonti, ne ha proposto una ricostruzione in termini analoghi a quelli caratterizzanti il fenomeno della delegificazione⁷⁵.

In particolare, viene evidenziato il comune aspetto teleologico che conduce ad assimilare le ordinanze di necessità e urgenza ed i regolamenti adottati dall'Esecutivo a seguito del procedimento di delegificazione: in entrambi i casi, si sostiene, la finalità sarebbe

⁷⁴ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, p. 62.

⁷⁵ Cfr. A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1961, p. 50 e ss.; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, p. 640 e ss.

quella di consentire al Governo di adottare provvedimenti in deroga alla legislazione vigente.

Le ordinanze, quindi, secondo tale ricostruzione, sarebbero qualificabili quali *species* del più ampio *genus* dei regolamenti di delegificazione – di cui costituirebbero una particolare categoria – e rispetto a questi ultimi sarebbero caratterizzate dalla circostanza di essere adottabili solo a condizione del verificarsi della situazione di necessità indicata dalla legge, essendo destinate a perdere efficacia col venir meno dell'emergenza.

Tale impostazione, pur costituendo un lodevole tentativo di armonizzare con il sistema delle fonti un istituto che tende a porsi come “eversivo” dello stesso, è stata sottoposta a critica da parte di quella dottrina che ha evidenziato l'irriducibile diversità tra il fenomeno delegificativo e l'esercizio di poteri *extra ordinem* attraverso lo strumento dell'ordinanza di necessità e urgenza.

I rilievi critici si appuntano, in primo luogo, sulla profonda differenza tra le *rationes* che ispirano gli istituti in discorso: se è vero, infatti, che entrambi hanno per effetto quello di consentire al Governo di predisporre una disciplina derogatoria rispetto a quella legislativa vigente, ben diverse sono le finalità, per così dire, ordinamentali ultime; queste si rinvencono, nel caso della delegificazione, nella ritenuta opportunità di semplificare settori dell'ordinamento caratterizzati da ipertrofia legislativa, consentendo una più “snella” normazione dell'ambito materiale disciplinato dalle leggi oggetto del procedimento delegificativo, mentre nel caso delle ordinanze *extra*

ordinem nella necessità di provvedere nei casi di emergenza, in una logica analoga a quella del decreto-legge.

Da questo specifico punto di vista, potrebbe anzi dirsi che i due fenomeni rispondano a logiche affatto differenti se è vero, come ha notato la dottrina a proposito dell'utilizzo del decreto-legge in funzione di normativa delegificante⁷⁶, che le istanze di organica risistemazione della disciplina di una materia sottese alla delegificazione mal si conciliano con una situazione che sarebbe da qualificarsi come di necessità ed urgenza.

Connesso a tale primo rilievo è, poi, l'altro profilo evidenziato dalla dottrina, relativo alla diversa incidenza che esplicano sulla legislazione vigente le norme legislative che autorizzano il Governo ad adottare regolamenti in delegificazione e quelle che, invece, gli attribuiscono il potere di provvedere con ordinanze *extra ordinem*⁷⁷.

Le istanze e le finalità di riordino implicate dalla delegificazione, e di cui si è poc'anzi detto, impongono alla legge che autorizza l'intervento regolamentare del Governo non solo di dettare le norme generali regolatrici della materia, ma anche di disporre l'abrogazione della legislazione vigente, seppur con effetto dall'entrata in vigore

⁷⁶ Si veda sul punto C. LAVAGNA, *La delegificazione: possibilità, forma e contenuto*, in *Scritti per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze, 1969, p. 309 e ss.; V. COCOZZA, *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, IV edizione, Napoli, 2005, pag. 71.

⁷⁷ Sul punto, A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004, p. 54 e ss.; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 66 e ss.

delle norme regolamentari, con quel particolare meccanismo detto di abrogazione differita.

È la legge di delegificazione, insomma, che deve (o almeno dovrebbe, come testimoniano le numerose distorsioni applicative della prassi evidenziate dalla dottrina⁷⁸) individuare ed indicare le norme legislative che cesseranno di avere efficacia con la successiva entrata in vigore del regolamento.

La logica dell'emergenza che, invece, ispira l'istituto delle ordinanze di necessità richiede, al contrario, che la norma di legge attributiva del relativo potere non solo non possa, ma nemmeno debba predeterminare le disposizioni legislative che verranno derogate/sospese dall'atto d'urgenza del Governo.

3.2. (segue): *il tentativo di ricondurre la norma attributiva del potere di ordinanza al principio di legalità sostanziale*

Una terza ricostruzione dottrina ha, invece, tentato di ricondurre le ordinanze di necessità ed urgenza all'interno dell'accezione sostanziale del principio di legalità⁷⁹, operando un collegamento tra le norme che attribuiscono alla pubblica

⁷⁸ V. COCOZZA, *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, cit., pag. 120 e ss.

⁷⁹ Per l'elaborazione in senso sostanziale del principio di legalità, si veda L. CARLASSARE, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1990; ID., *Legalità (principio di)* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, 1990.

amministrazione il potere di adottare atti *extra ordinem* e quelle attributive degli ordinari poteri amministrativi⁸⁰.

In particolare, tale opzione interpretativa pone in rilievo e sviluppa l'osservazione di quella dottrina, che ha evidenziato come la disposizione attributiva del potere di ordinanza *extra ordinem* non sia una isolata monade normativa che interviene in un *vacuum* ordinamentale; questa, infatti, «trova già una grande quantità di proiezioni normative preesistenti» con le quali viene in relazione, di modo che «la funzione dell'ordinanza emessa dall'organo non sembra risiedere nella creazione, nella produzione di norme o di diritto (seppure in termini di *jus singulare*), ma nella selezione delle varie proiezioni normative riconducibili alla norma attributiva del potere»⁸¹.

Anche per l'ipotesi del potere di ordinanza, dunque, sussiste la necessità di individuare dei limiti agli spazi di autorità della pubblica amministrazione; necessità che l'impostazione in discorso ritiene soddisfatta mediante l'integrazione delle disposizioni attributive del potere di ordinanza con altre norme dell'ordinamento.

Questi limiti, infatti, trovano la loro definizione nella relazione, a cui si è poc'anzi fatto cenno, che viene ad instaurarsi tra le norme che prevedono i poteri e gli atti *extra ordinem* e quelle che prevedono i poteri e gli atti adottabili in via ordinaria: in particolare, «attraverso un richiamo di tutte le disposizioni di legge attributive di poteri che sono

⁸⁰ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990.

⁸¹ I virgolettati sono di F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979, p. 131.

definiti “tipici”, proprio perché in essi si ritrova predeterminato il contenuto del potere nel quale rientra anche l’individuazione di quali diritti soggettivi, o quanta parte di essi, sono subordinati agli interessi pubblici attribuiti dall’ordinamento alle cure della pubblica amministrazione»⁸².

Per meglio esplicitare la natura e la portata della interrelazione normativa che collega i due tipi di disposizioni, si richiama la nota distinzione, elaborata dalla dottrina amministrativa⁸³, tra norme «che attengono alla disciplina dell’esercizio dei poteri dell’autorità amministrativa (norme di azione) e quelle che invece definiscono la giuridica esistenza del potere pubblico ... norme di relazione, ... che delimitano ... il contenuto, o oggetto, possibile del potere della pubblica amministrazione nel suo specifico rapporto con le sfere giuridiche definite dai diritti soggettivi dei destinatari»⁸⁴.

Le ordinanze *extra ordinem* potrebbero derogare soltanto alle norme del primo tipo, non anche a quelle del secondo, le quali delimiterebbero in ogni caso, anche di necessità ed urgenza, il possibile esplicarsi del potere pubblico nei confronti delle posizioni soggettive tutelate dall’ordinamento.

⁸² R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., p. 25.

⁸³ Ci si riferisce all’elaborazione teorica di E. GUICCIARDI, di cui si veda, in particolare, *Norme di relazione e norme d’azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Giur. it., 1951.

⁸⁴ R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, p. 75.

A sostegno della tesi esposta, si evidenzia come la stessa struttura della disposizione che attribuisce il potere di ordinanza pare pienamente rispondente alla logica sottesa alla distinzione, «essendo in essa rintracciabili solo enunciati che attengono alla disciplina dell'esercizio del potere pubblico ... con sicura esclusione di ... norme di relazione»⁸⁵.

La norma attributiva del potere di ordinanza, insomma, si limiterebbe a determinare unicamente un diverso modo di esercizio delle potestà della pubblica amministrazione, diversamente ripartendo la competenza e riducendo al minimo i vincoli procedurali⁸⁶.

Similmente ad una stanza apparentemente vuota, ma piena, in realtà, delle invisibili particelle che compongono l'aria che respiriamo, lo spazio di disciplina lasciato libero dall'assenza di delimitazione contenutistica degli atti *extra ordinem*, lungi dal costituire un "vuoto" che facoltizza la pubblica amministrazione ad adottare ogni provvedimento ritenuto idoneo a far fronte alla concreta situazione emergenziale, sarebbe invece "riempito" dall'implicito riferimento a tutti quei pubblici poteri ordinari e nominati, conformati dalle disposizioni di legge presenti nell'ordinamento giuridico.

⁸⁵ R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁶ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, p. 77, ove si conclude che «la norma attributiva del potere di ordinanza assumerebbe infatti unicamente la funzione di svolgere un diverso riparto di competenza dello stesso potere fra organi della pubblica amministrazione in ragione di diversi presupposti, o più precisamente in via residuale per tutti i casi che rientrino nella generica definizione di urgente necessità, spostando in altri termini lo stesso potere, seppur con più ampie maglie d'azione, dalla competenza di un organo all'altro dell'amministrazione».

Il meccanismo di integrazione normativa posto alla base della riportata ricostruzione teorica sarebbe, così, idoneo a ricondurre il potere di ordinanza di necessità ed urgenza sotto il principio di legalità nella sua accezione sostanziale.

Tuttavia, parte della dottrina ha sottoposto la tesi in discorso a rilievi critici – ispirati dalla stessa struttura intrinseca del potere di ordinanza e dalla prassi ad esso relativa – denunciandone l’artificiosità: la necessità di fare riferimento alle altre norme dell’ordinamento sarebbe implicito, ma sicuro, indice della inidoneità delle disposizioni attributive dei poteri *extra ordinem* a garantire, autonomamente, il rispetto del principio di legalità sostanziale, il cui ancoraggio al descritto meccanismo di rinvio costituirebbe soltanto un *escamotage*⁸⁷ interpretativo.

4. *La rimodulazione del rapporto tra la dimensione normativa e la carica effettuale degli atti di necessità ed urgenza: la dottrina del “potere giuridico sostanziale”*

Un ulteriore indirizzo ricostruttivo ha tentato di inquadrare il fenomeno della necessità ed emergenza nel diritto pubblico, in

⁸⁷ In tali termini si esprime A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 71, ove si afferma che «il rinvio alle altre disposizioni legislative che riconoscono poteri derogatori rischia di apparire poco più che un escamotage perché i limiti alla discrezionalità amministrativa che esse pongono vengono “depurati” in ragione dell’urgenza».

generale, e delle ordinanze di necessità, in particolare, in una più ampia riconsiderazione delle dimensioni del fenomeno giuridico, nell'ottica del superamento della rigida separazione tra il momento formale-normativo, riconducibile alla logica della sistematica degli atti giuridici, e quello sostanziale-effettivo, connesso alla "ricaduta" che tali atti hanno sulla realtà fattuale e sociale in cui si inseriscono.

Partendo dalla constatazione dei profondi mutamenti che, a partire dagli anni successivi alla fine del secondo conflitto mondiale, hanno interessato lo Stato, i pubblici poteri ed il crescente ruolo da essi svolto nella realtà economico-sociale, la dottrina in discorso tenta di individuare un punto di contatto tra le grandi teorie che hanno animato il panorama culturale della giuspubblicistica novecentesca, ritenute, nella loro asserita unilateralità, inadeguate ad interpretare le linee evolutive dell'ordinamento.

Da un lato, le ricostruzioni normativistiche di stampo kelseniano, ripiegate sulla dimensione della validità della norma e tendenzialmente chiuse alla realtà sociale nella "purezza" della "contemplazione" del dover essere (*Sollen*) discendente dalla *Grundnorm* e della portata unificante ed ordinante di questa; dall'altro, le c.d. dottrine del diritto effettivo (Ross, Olivecrona), che poggiano l'intero ordinamento ed ogni singola norma che lo compone sulla effettività politica e sociale (*Sein*) dell'enunciato normativo (effettività in cui in definitiva si risolve e si identifica la stessa validità della norma), con l'evidente rischio del venir meno di ogni

prescrittività del diritto, ridotto a fenomeno esistenziale e non più normativo.

La sintesi, ritenuta idonea a cogliere gli spunti provenienti dalle esposte teorie e ad abbracciare le tendenze evolutive dell'ordinamento, viene individuata in quella «concezione che sintetizza giuridicamente il potere pubblico non più solamente e non tanto nella capacità di emettere atti di volontà, bensì nell'emissione di energia giuridica la quale, prendendo le mosse da regole o principi previamente posti, ne puntualizza la portata e gli effetti nella situazione politica e sociale in cui quelle regole e principi vanno a calarsi» e che «sposta l'attenzione dal potere formale, produttivo della volontà dell'atto, al potere sostanziale esplicito nella funzione, ossia esplicito nel passaggio da una fattispecie normativa astratta ad una fattispecie sociale concreta»⁸⁸.

La chiave di volta di questa costruzione è il concetto di funzione a cui, quale concreta proiezione dinamica del potere giuridico sostanziale, «è connaturata sia la normatività (*Sollen*), sia l'effettività politica e sociale (*Sein*)» e che, dunque, «si colloca all'incrocio tra la norma, come dover essere, e l'istituzione come fatto sociale che si organizza», congiungendo in essa entrambe le dimensioni della validità e dell'efficacia, poiché «la norma o la proposizione normativa, quale può essere impressa nella legge o in un altro atto pubblico, non è spogliata del proprio dover essere, bensì è apprezzata

⁸⁸ I virgolettati sono di V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 74.

anche per la sua effettiva attuazione, alla quale coopera una componente che è politica o sociale»⁸⁹.

Da questo punto di vista, la frattura che gli atti di necessità *extra ordinem*, per il loro carattere derogatorio o sospensivo, determinano nella trama unitaria dell'ordinamento – frattura insanabile, se riguardata nell'ottica della sistematica degli atti – si ricompona nella teoria della funzione del potere giuridico sostanziale, in ragione di quel fattore di effettività che è costituito dalla provvisorietà della concreta situazione politico-sociale da affrontare, «onde, potrebbe dirsi che, almeno qualora sia provvisoria e non corrompa definitivamente il valore normativo, la deviazione dal sistema ordinario dei poteri giuridici sostanziali e delle funzioni dovuta all'effettività dell'emergenza è comprensibile all'interno del sistema, è comprensibile per i criteri che animano la giuridicità dell'ordinamento: se l'ordinamento deve essere unitario per l'effettiva domanda sociale di un patrimonio di garanzie giuridiche normative, e non solo e semplicemente per il dover essere trascendente, la deviazione dal sistema ordinario, che derivi dall'effettività politica e sociale, è un'eventualità la quale, seppur patologica, non è giuridicamente incomprensibile, non sta fuori dal novero dei fenomeni giuridici, a meno che, consolidandosi in permanenza, non contraddica irreparabilmente l'azione unificante del sistema»⁹⁰.

⁸⁹ I virgolettati sono ancora di V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., p. 80.

⁹⁰ V. ANGIOLINI, *op. cit.*, p. 322.

La dottrina della funzione e del potere giuridico sostanziale ha senza dubbio il merito di aver tentato di superare le contraddizioni insite nelle teoriche della necessità e le difficoltà di inquadramento nella sistematica degli atti, che, innegabilmente, i poteri *extra ordinem* della pubblica amministrazione suscitano.

Tuttavia, essa, nelle stesse intenzioni dell'Autore che l'ha maggiormente sostenuta, «non pretende la fissità del “diritto positivo”, e non ha le pretese assolutizzanti o universalistiche della teoria generale; essa è solo un tramite che è parso utile per capire ciò che presentemente accade»⁹¹; non pretende, cioè, di elaborare un nuovo modello dogmatico in cui inquadrare i fenomeni oggetto del suo studio, ma si propone quale utile “strumentario” dottrinale per spiegare ed analizzare le trasformazioni allora in atto nella complessiva concezione del diritto pubblico: come è stato notato, «pare di poter osservare che la forza ed allo stesso tempo il limite della dottrina del potere giuridico sostanziale risieda proprio nella sua volontà di porsi come teoria delle trasformazioni giuspubblicistiche ... essa, cioè, elabora un efficace modello di comprensione della realtà storica del diritto pubblico italiano e delle sue trasformazioni, ma non lo colloca in un quadro teorico-ricostruttivo che stia al di fuori dei mutamenti analizzati»⁹².

⁹¹ V. ANGIOLINI, *op. cit.*, p. 328.

⁹² A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., pp. 65-66.

5. *La difficile armonizzazione dell'istituto con l'ambiente costituzionale repubblicano: la tesi dell'incostituzionalità*

Tutte le teorie sinora considerate, pur nella loro diversità e specificità, sono accomunate dal tentativo di considerare il potere di ordinanza *extra ordinem* del Governo come compatibile con l'ordinamento costituzionale, nonostante il carattere indubbiamente “eversivo” dei principi su cui questo si fonda, connesso ai caratteri degli atti in discorso.

In posizione radicalmente contraria alla costituzionalità delle ordinanze d'urgenza del Governo si colloca, invece, quella dottrina che considera l'istituto «di assai difficile armonizzazione con l'ambiente costituzionale repubblicano» e lo definisce «come un “fossile giuridico” la cui incostituzionalità ... non può essere taciuta»⁹³.

Questa opzione interpretativa si fonda su due principali ordini di rilievi critici: da un lato, la presenza in Costituzione della espressa disciplina del decreto-legge quale atto adottabile dal Governo nei casi straordinari di necessità ed urgenza; dall'altro, la lesione, ritenuta in alcun modo sanabile, che le ordinanze *extra ordinem* arrecano allo “statuto” di cui la legge (e gli atti ad essa equiparati) gode nel nostro ordinamento costituzionale, segnatamente in relazione al carattere della “forza” della legge.

⁹³ I virgolettati sono di G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 424.

Sotto il primo profilo, la tesi in discorso fa leva sull'art. 77 della Costituzione, da cui si ricaverebbe che, nei casi straordinari di necessità, l'attivazione da parte del Governo dello strumento della decretazione di urgenza non costituisce *solo una* delle possibilità contemplate e compatibili con la Carta repubblicana, ma *l'unica e sola* possibilità di intervento normativo dell'Esecutivo⁹⁴.

La disposizione costituzionale, insomma, porrebbe una riserva di decreto-legge in casi straordinari di necessità ed urgenza proprio per ridurre al minimo – attraverso le prescrizioni in essa contenute (provvisorietà del provvedimento; forza di legge, con conseguente

⁹⁴ In tal senso, già C. ESPOSITO, *Decreto-legge* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 831 e ss., il quale, con riguardo alla questione dei rapporti tra i decreti-legge ed altri provvedimenti *extra ordinem*, scrive (pag. 866): «Più complicato si presenta il problema della compatibilità dell'art. 77 Cost. con disposizioni di legge che prevedano che organi dello Stato diversi dal Governo possono prendere (ma senza che gli atti aspirino a forza di legge) quanti provvedimenti di necessità ed urgenza siano necessari in generale oppure con riferimento alle funzioni attribuite all'organo emittente o con riferimento a particolari finalità tra quelle affidate a tale organo. Si potrebbe argomentare che, poiché i provvedimenti ipotizzati, diversamente da quelli disciplinati dall'art. 77, non avrebbero la forza che hanno le leggi o gli atti ad esse equiparati (di cui solo la Corte costituzionale può proclamare l'invalidità) ed essi, come normali atti amministrativi, in caso di illegittimità potrebbero essere disapplicati dai giudici ordinari e annullati da quelli di annullamento, così il consentirne la adozione ad autorità diverse dal Governo non sarebbe incompatibile con l'art. 77. Questo non disciplinerebbe né farebbe il Governo unico titolare dei provvedimenti di necessità e di urgenza in generale ma bensì dei provvedimenti di necessità e di urgenza con forza di legge. In contrario è però da osservare che l'art. 77, se dispone che i provvedimenti adottati dal Governo in caso di necessità ed urgenza abbiano forza di legge, innanzitutto prevede che il Governo provveda in generale alle situazioni di necessità e urgenza. Ora una volta ammesso che l'art. 77 prevede in genere che i provvedimenti necessari ed urgenti siano adottati dal Governo, ne resta escluso che leggi ordinarie possano prevedere che organi diversi dal Governo possano essere parimenti e concorrentemente abilitati a prendere provvedimenti *extra ordinem* in caso di necessità ed urgenza».

sottoposizione al sindacato di legittimità costituzionale della Corte costituzionale *ex art. 134 Cost*; immediata presentazione alle Camere per la conversione in legge; perdita di efficacia *ex tunc* in caso di mancata conversione entro 60 giorni) – gli effetti “eversivi” del normale ordine delle rispettive attribuzioni del Governo e del Parlamento, la cui alterazione si riflette sui rapporti tra i due organi e, dunque, anche sulla complessiva forma di governo delineata in Costituzione.

Le ordinanze *extra ordinem* del Governo, configurandosi quali atti di necessità ed urgenza dell’Esecutivo con analoga capacità di incidere sulle disposizioni di legge, ma sottratti ai limiti ed ai controlli previsti dalla Costituzione per la decretazione con forza di legge, violerebbero palesemente la riserva contenuta nell’art. 77 Cost.

Il secondo profilo attinge, invece, direttamente il *punctum dolens*, sul piano della conformità a Costituzione, della capacità di un atto formalmente amministrativo – quale è, appunto, l’ordinanza – di sospendere e derogare norme di livello primario: il rilievo critico prende le mosse dalla considerazione che «nel sistema vigente i poteri dell’amministrazione devono essere vincolati in modo intrinseco alla legge: la rigidità costituzionale, oltre a garantire la supremazia della fonte primaria, impedisce che questa possa spogliarsi della funzione e delle guarentigie che le sono attribuite, anche attraverso una clausola autorizzativa espressa»⁹⁵.

⁹⁵ G. MARAZZITA, *L’irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. n. 2/2011, pp. 43-44, disponibile al sito web www.osservatoriosullefonti.it;

Ne deriva che la costituzionalità delle disposizioni attributive dei poteri di ordinanza e, conseguentemente, degli atti che ne sono esercizio deve essere vagliata alla luce dei vincoli che la Costituzione pone alla legge per arginare la possibilità che sia la legge stessa a menomare lo “statuto” che la fonte superprimaria le garantisce.

In proposito, è indicativo che la Sezione dedicata alla formazione delle leggi⁹⁶ si apra con la concisa formulazione assertiva dell’art. 70 Cost., a norma del quale «la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere», e che i successivi articoli (71-74) disciplinino il procedimento di formazione della legge quale atto del Parlamento. Del pari indicativo, poi, è che con altrettanto concisa, ma perspicua disposizione l’art. 76 Cost. preveda, con formula significativamente negativa, che «l’esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti».

Quest’ultima proposizione normativa si pone in ideale continuità con quella dell’art. 70 Cost. e dalla loro lettura combinata si evince che l’esercizio della funzione legislativa da parte del Governo, su delega (teleologicamente, materialmente e temporalmente delimitata) del Parlamento, costituisce una eccezione alla regola generale per cui la funzione legislativa è esercitata dalle due Camere.

ID., *“Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza”*. in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile al sito web www.forumcostituzionale.it.

⁹⁶ Come è noto, la Sezione II del Titolo I (Il Parlamento) della Parte II (Ordinamento della Repubblica) della Costituzione.

La disciplina dei poteri di normazione primaria del Parlamento e del Governo e dei rapporti tra essi è completata dall'art. 77 Cost., il cui primo comma prevede che «il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria».

Tale disposizione pare costituire una sorta di “Giano bifronte normativo”.

Essa, infatti, da un lato, guarda “indietro” al precedente art. 76 Cost., ribadendo, con la non casuale formula negativa, l'eccezionalità della delegazione legislativa e specificando gli effetti di questa (ovvero, conferire al Governo, con i limiti di cui si è detto, la possibilità, altrimenti preclusa, di adottare decreti con valore di legge ordinaria).

Dall'altro lato, invece, guarda “avanti” ai successivi commi secondo e terzo, esplicitando il carattere di ulteriore eccezionalità dell'ipotesi, da essi contemplata e disciplinata, dell'adozione da parte del Governo, sotto la sua responsabilità ed in assenza di previa delega delle Camere, nei casi straordinari di necessità ed urgenza, di provvedimenti provvisori con forza di legge (i decreti-legge)⁹⁷.

⁹⁷ Sul punto, si veda F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, p. 48, il quale, riguardo al primo comma dell'art. 77 Cost., osserva che il decreto legislativo delegato «rappresenta il prototipo di atto legislativo adottato dal Governo», nonché la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 171/2007, punto 3. del considerato in diritto, in cui si evidenzia che «tenuto conto del tenore dell'art. 70 Cost., la norma suddetta», ovvero il comma 1 dell'art. 77 Cost., «potrebbe apparire superflua se non le si attribuisse il fine di sottolineare che le disposizioni dei commi successivi – nel prevedere e regolare l'ipotesi che il Governo, in casi straordinari di necessità ed urgenza, sotto la sua responsabilità, adotti provvedimenti provvisori con forza di legge, che

Il combinato disposto delle norme costituzionali sulla funzione legislativa delinea, come già evidenziato, un sistema in cui questa è attribuita in via ordinaria alle Camere e solo in via d'eccezione è consentito al Governo, nei casi e con i limiti posti dalla Costituzione, di intervenire con propri atti – dotati perciò della forza di legge – sulla disciplina di rango primario. Il sistema delle fonti primarie configurato dalla Carta repubblicana è, dunque, sì “pluralista”, nel senso che ammette più di una fonte subordinata alla sola Costituzione (in particolare, per l'aspetto che qui interessa, le leggi e gli atti aventi forza di legge), ma anche caratterizzato dal *numerus clausus*⁹⁸, nel senso che è interdetta al legislatore ordinario la creazione di altre fonti ad esse equiparate e dotate della medesima forza.

Così ricostruita la trama delle norme costituzionali sulle fonti primarie, la dottrina in esame saggia la legittimità dei poteri di ordinanza del Governo ponendosi «dalla parte della legge per vedere se essa, nel concreto svolgersi dei rapporti giuridici, subisce una menomazione della propria forza al di fuori di quanto la Costituzione consente»⁹⁹. Da questo punto di vista, per verificare se le ordinanze di necessità si inseriscono in modo armonioso e compatibile con il

perdono efficacia se non convertiti in legge entro sessanta giorni – hanno carattere derogatorio rispetto all'essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell'ambito di competenza dello Stato centrale.»

⁹⁸ Sul punto, in particolare V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 940; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Bologna, 1996, p. 348.

⁹⁹ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 451.

sistema costituzionale delle fonti, occorre esaminarne l'incidenza che esse hanno sulla legge.

In questo senso, conclude la tesi in discorso, «l'incisione sull'efficacia della legge è innegabile», poiché, con il suo, pur temporaneo, effetto sospensivo/derogatorio della disciplina vigente «l'ordinanza impedisce che, per un certo lasso temporale, il contenuto dispositivo di una determinata legge si rivolga a tutti o ad alcuni dei suoi destinatari, che i giudici e la pubblica amministrazione la applichino, che su di essa possano essere sollevate questioni di costituzionalità (mancando il requisito della rilevanza)»¹⁰⁰.

L'insanabile antinomia fra il potere di ordinanza ed il sistema costituzionale deriva, insomma, dalla non consentita lesione arrecata allo “statuto” degli atti primari, sotto il profilo della forza di legge, dalle disposizioni che attribuiscono alle ordinanze di necessità e di urgenza della pubblica amministrazione la facoltà di derogare alla legislazione vigente.

¹⁰⁰ G. MARAZZITA, *op.ult.cit.*, p. 452.

CAPITOLO II

DALLA LEGGE N. 100/1926 ALLA LEGGE N. 100/2012: L'EVOLUZIONE DEL POTERE D'ORDINANZA DI NECESSITÀ ED URGENZA DEL GOVERNO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione degli istituti di necessità e urgenza nelle monarchie costituzionali di stampo liberale. Le costituzioni della Francia post-rivoluzionaria e lo Statuto albertino. La prima legislazione post-unitaria italiana. – 2. Il periodo fascista. La formalizzazione dei poteri d'urgenza del Governo all'interno del sistema delle fonti di diritto positivo: la legge n. 100/1926. – 2.1. (*segue*): La progressiva positivizzazione del potere di ordinanza e la generalità delle relative norme attributive: il modello dell'art. 2 TULPS. – 3. Il dibattito in Assemblea Costituente sui poteri di necessità e urgenza. La previsione del decreto-legge e il silenzio sul potere di ordinanza *extra ordinem*. – 4. Il potere di ordinanza di necessità e urgenza nell'ordinamento costituzionale repubblicano. Il ruolo degli interventi della Corte costituzionale (sentt. nn. 8/1956, 26/1961, 4/1977, 100/1987, 201/1987): la natura amministrativa delle ordinanze *extra ordinem* e relativi limiti. – 5. La sistemazione e la razionalizzazione del potere di ordinanza di necessità e urgenza del Governo: la legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale di protezione civile. – 6. Torsioni e *distorsioni*: le successive modifiche alla legge n. 225/1992 e la trasformazione della fisionomia originaria del potere di ordinanza *extra ordinem*. – 6.1. Profilo soggettivo: il decreto-legge n. 245/2002 e la “torsione monocratica” del potere di ordinanza del Governo. – 6.2. Profilo oggettivo: il decreto-legge n. 343/2001 e l'ampliamento ai c.d. “grandi eventi” del novero delle situazioni in cui è possibile attivare i poteri derogatori *extra ordinem*. – 7. Le ulteriori distorsioni della prassi e il paradosso della “normalizzazione” dell'emergenza e del potere di ordinanza. – 8. Paradosso chiama paradosso: la legge n. 100/2012 e la “ri-eccezzionalizzazione” del potere di ordinanza.

1. *L'evoluzione degli istituti di necessità e urgenza nelle monarchie costituzionali di stampo liberale. Le costituzioni della Francia post-rivoluzionaria e lo Statuto albertino. La prima legislazione post-unitaria italiana*

La positivizzazione, nell'ordinamento giuridico italiano, degli istituti di necessità ed urgenza quali espressione di una categoria generale che superasse il precedente approccio, per così dire, puntinista fu dovuta alla legislazione del ventennio fascista (l. 100/1926; TULPS).

Prima di allora, infatti, l'esercizio di poteri emergenziali si era configurato quale meccanismo di reazione a cui, pur non essendo previsto in nessuna disposizione positiva, l'autorità pubblica era indotta a ricorrere dalla necessità di provvedere efficacemente e celermente di fronte al sopravvenire di circostanze di fatto straordinarie.

Per poter cogliere la portata innovativa della positivizzazione degli istituti di necessità ed urgenza nell'ordinamento italiano, è bene ripercorrerne, a grandi linee, la precedente vicenda storica.

L'immediato antecedente storico dei poteri di eccezione dell'Esecutivo, nel cui *genus* rientrano i poteri di ordinanza, si rinviene nelle costituzioni della restaurazione, successive alla rivoluzione francese ed all'epoca napoleonica.

Nelle monarchie assolute d'*ancien regime*, come già accennato, infatti, le caratteristiche del potere monarchico *legibus solutus* escludevano in radice il problema dell'esercizio e della stessa

configurazione giuridica di poteri straordinari: per quanto potesse essere eccezionale la situazione che doveva essere fronteggiata, il sovrano disponeva già ordinariamente di poteri talmente ampi (la *plenitudo potestatis*) che erano idonei a disciplinare e ad affrontare il caso non previsto ed imprevedibile che abbisognava di un intervento urgente¹.

Nell'ambito del progressivo affermarsi nel continente europeo delle monarchie costituzionali – in cui il potere del monarca non era più assoluto, ma limitato da una carta costituzionale che enunciava alcuni diritti e libertà individuali e che attribuiva l'esercizio del potere legislativo collettivamente al Re e alle assemblee rappresentative (di solito due, una, non elettiva, espressione della nobiltà e degli apparati burocratico-militari ed un'altra, elettiva, espressione del popolo, pur nella sua ancora limitata configurazione quale corpo elettorale su base censitaria di estrazione principalmente borghese) – le situazioni straordinarie di emergenza divennero il terreno in cui tornava a manifestarsi un potere sovrano non delimitato dalla norma, che riecheggiava la *plenitudo potestatis* del monarca assoluto.

Tale assetto costituzionale venne trasfuso nella costituzione *octroyée* della restaurazione della monarchia borbonica in Francia, promulgata nel 1814 dal re Luigi XVIII. La Carta del 1814, infatti, dopo l'enunciazione dei diritti e delle libertà dei sudditi (artt. 1-12), delineava la nuova forma di governo (artt. 13-23, significativamente raggruppati sotto il titolo di *Formes du gouvernement du Roi*), in cui

¹ Vedi *supra*, Introduzione, pag. 4.

«il potere esecutivo appartiene solo al Re» (art. 13), mentre quello legislativo «viene esercitato collettivamente dal Re, dalla Camera dei pari e dalla Camera dei deputati » (art. 15).

Tra queste due “certezze” costituzionali si inseriva (anche topograficamente) la disposizione dell’art. 14 che – col sancire che «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*»² – da un lato, confermava la divisione dei poteri delineata dalla Carta, attribuendo al Re il potere di fare i regolamenti e le ordinanze per l’esecuzione delle leggi, e dall’altro, prevedeva implicitamente una potenziale espansione dei poteri regi al di là della sola esecuzione degli atti legislativi, attribuendo al monarca la potestà di adottare ordinanze necessarie per la sicurezza dello Stato.

Di fronte al pericolo per la sicurezza dello Stato, dunque, il Re poteva provvedere anche in deroga alla legge, al fine di fronteggiare la situazione di emergenza: lo stato di eccezione consentiva al monarca di esercitare un potere che costituiva il residuo di quella *plenitudo potestatis* che aveva caratterizzato l’epoca dell’assolutismo e che ora – pur nell’ambito di una costituzione ottriata, che si poneva, cioè, quale concessione graziosa del sovrano, il quale decideva di auto-limitare il

² Corsivo aggiunto.

proprio potere³ – veniva circondata da alcuni limiti e garanzie dai primi vagiti del costituzionalismo liberale.

Il punto di equilibrio così raggiunto nella tensione tra le due istanze contrapposte (tensione di cui la rivoluzione francese costituì solo il momento di emersione violenta e non certo quello di definitivo assestamento) della affermazione dei principi illuministici liberal-borghesi, da un lato, e delle prerogative sovrane assolutistiche, dall'altro, era destinato però a dimostrarsi alquanto instabile.

Le contraddizioni insite nel movimento di restaurazione monarchica post-napoleonica, ben compendiate dal difficile tentativo delle costituzioni dell'epoca di conciliare i principi liberal-borghesi con le malcelate pretese delle vecchie dinastie regnanti tornate sul trono di riaffermare una concezione ancora assolutista del potere monarchico, trovarono una “valvola di sfogo” proprio nel potere di eccezione di cui all'art. 14 della costituzione di Luigi XVIII.

La potenziale *vis* espansiva dell'autoritarismo regio, insito nella disposizione, non tardò, infatti, a manifestarsi nelle note quattro ordinanze di Saint-Cloud, con le quali il 25 luglio del 1830 il re Carlo X, valendosi del suo potere di ordinanza per la sicurezza dello Stato ed interpretandolo quale *pouvoir suprême*, tentò di risolvere il

³ Come dimostra esemplarmente la frase con cui si chiude il Preambolo alla costituzione del 1814: «*A ces causes, Nous avons volontairement, et par le libre exercice de Notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à Nos sujets, tant pour Nous que pour Nos successeurs, et à toujours, de la Charte constitutionnelle qui suit*» (Per queste cause, Noi abbiamo volontariamente, e con l'esercizio della Nostra autorità regale, accordato ed accordiamo, fatto concessione e concesso ai Nostri sudditi, tanto per Noi che per i Nostri successori, e per sempre, la Carta costituzionale che segue).

conflitto insorto tra la numerosa componente liberale della Camera dei deputati ed il Governo del Re, di orientamento marcatamente reazionario.

Con le quattro ordinanze Carlo X sospese la libertà di stampa, sciolse la Camera neoeletta, modificò la legge elettorale in senso favorevole ai grandi proprietari terrieri, innalzando il censo necessario per poter essere considerati elettori, ed indisse nuove elezioni, imprimendo così una svolta autoritaria e reazionaria alla monarchia costituzionale francese.

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

Al suo posto, sostenuto dalla grande borghesia, salì al trono il duca d'Orléans con il nome di Luigi Filippo I, il quale promulgò, in seguito alle modifiche della Carta del 1814, votate dalle due Camere il 7 agosto 1830, un nuovo testo costituzionale. Quest'ultimo, eliminato qualsiasi riferimento alla derivazione divina del potere monarchico⁴, si presentava come una sorta di "patto" tra la monarchia ed il popolo francese⁵ e, pur in gran parte riproducendo le disposizioni della

⁴ Significative, in questo senso, l'assenza del riferimento alla Divina Provvidenza, presente invece in apertura del Preambolo della Carta di Luigi XVIII del 1814, e l'abrogazione dell'art. 6 di quest'ultima, con cui la religione cattolica, apostolica e romana veniva dichiarata religione dello Stato.

⁵ Emblematica, da questo punto di vista, l'apertura del Preambolo della costituzione orleanista del 1830, che qualificava Luigi Filippo come "Re dei francesi".

costituzione del 1814, accentuava i caratteri parlamentari della forma di governo costituzionale (l'art. 15 estendeva, ad esempio, la facoltà di proporre le leggi, prima riservata solo al Re dal vecchio art. 16, anche alle due Camere).

Per quanto concerne i poteri del Re, coerentemente con le nuove basi del potere monarchico e certamente condizionata dagli avvenimenti immediatamente precedenti che avevano segnato, ad un tempo, la fine della monarchia della restaurazione e la nascita del nuovo assetto costituzionale, la Carta del 1830 riprodusse nell'art. 13 la disposizione contenuta nell'art. 14 della costituzione di Luigi XVIII, ma con una importante e significativa variazione: il Re era ancora individuato quale Capo supremo dello Stato, il quale «comanda le forze di terra e di mare, dichiara la guerra, fa i trattati di pace, d'alleanza e di commercio, provvede alle nomine per tutti gli impieghi dell'amministrazione pubblica, e fa i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi», ma stavolta «senza poter giammai né sospendere le leggi medesime né dispensare dalla loro esecuzione».

In uno con la ascendenza divina del potere del Re, veniva così meno l'altro "stilema" della monarchia assoluta, quella *plenitudo potestatis* che, dopo la restaurazione, aveva trovato nel potere di ordinanza d'eccezione il campo in cui riespandersi e superare i limiti imposti dai nuovi istituti del costituzionalismo liberale: al monarca spettava il potere di far eseguire le leggi, conformemente a quanto da

esse dettato, ma non anche quello di porre nuovo diritto in deroga alle leggi medesime, neanche nelle situazioni di emergenza.

Ad ulteriore delimitazione dei poteri di necessità ed urgenza dell'Esecutivo, la costituzione del 1830 non fa alcuna menzione dello stato d'assedio (*état de siège*), istituto invece disciplinato nei precedenti regimi costituzionali⁶. Tuttavia, negli anni successivi, pur nel silenzio della costituzione sull'attribuzione del relativo potere, in più occasioni lo stato d'assedio venne dichiarato, in via di fatto, con ordinanza del Re.

Alla costituzione francese del 1830, pur se in una concezione ancora permeata dalla derivazione divina del potere monarchico, si ispirò lo Statuto del Regno di Sardegna, la Carta ottriata che fu

⁶ La prima compiuta previsione dello stato d'assedio fu approvata in epoca napoleonica, nell'ambito di una più generale e sistematica disciplina degli stati di emergenza costituzionale, con il decreto del 24 dicembre 1811. Tale decreto prevedeva che lo stato d'assedio potesse essere dichiarato non solo in presenza di determinate situazioni di fatto (assedio di una piazza, sedizione interna, aggressione improvvisa), ma anche, prescindendo dalle predette situazioni, per decreto imperiale (c.d. stato d'assedio fittizio). La conseguenza dell'instaurazione dello stato d'assedio era l'accentramento di tutti i poteri nelle mani del comandante militare, il quale diveniva il superiore gerarchico di tutte le autorità civili preposte all'ordine pubblico e ne assumeva tutte le competenze. L'istituto non trovò, invece, menzione nella costituzione della restaurazione borbonica del 1814, tornando ad essere disciplinato dall'art. 66 dell'*Act additionel* del 22 aprile 1815, che rappresentò la costituzione dei c.d. cento giorni del ritorno di Napoleone: la disposizione prevedeva che la dichiarazione dello stato d'assedio fosse riservata alla legge e che potesse, dunque, avvenire soltanto con l'intervento dei rappresentanti del popolo francese. Per una più approfondita ricostruzione delle vicende storiche dell'*état de siège*, si veda G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 101 e ss.

promulgata il 4 marzo 1848 dal re Carlo Alberto di Savoia e che divenne poi la costituzione del Regno d'Italia dopo l'unità.

Anche lo Statuto albertino, infatti, per quanto concerne i poteri d'eccezione, non prevedeva lo stato d'assedio ed all'art. 6 ricalcava quasi fedelmente il testo dell'art. 13 della costituzione francese disponendo che «il Re ... fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne»; l'unica differenza consisteva nell'assenza dell'avverbio «giammai», presente invece nell'art. 13 della Carta orleanista.

Tale differenza fu la fonte di un vasto dibattito dottrinario, che divise gli interpreti fino alla positivizzazione degli istituti di necessità ed urgenza ad opera della legislazione fascista.

Da un lato, vi fu chi⁷ – argomentando proprio dall'eliminazione dell'avverbio «giammai» dal testo statutario, nel cui progetto originario era invece riportato, a perfetta imitazione dell'omologo francese – ritenne di scorgere nell'art. 6 la possibile base su cui fondare giuridicamente i poteri ordinatori di necessità e l'adozione dello stato d'assedio.

Dall'altro, al contrario, vi fu chi⁸ individuò nella lettura complessiva dell'art. 6 e dal raffronto con la *ratio* e con l'origine

⁷ Cfr., soprattutto, A. CODACCI PISANELLI, *Ammissibilità delle ordinanze di urgenza nel diritto italiano e valore di esse innanzi all'autorità giudiziaria*, in *Foro italiano*, 1890, I, pag. 19 e ss.; D. ZANICHELLI, *Lo statuto di Carlo Alberto secondo i verbali del Consiglio di Conferenza*, Roma, 1898.

⁸ Cfr. A. ORIGONE, *Ordinanza (diritto costituzionale)* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, 1939, p. 298; L. MORTARA, *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *Riforma sociale*, 1895, III, pagg. 910-911; F. CAMMEO, *Della manifestazione*

storica, più che con la lettera, dell'art. 13 della Carta francese del 1830, un sicuro argomento per escludere l'ammissibilità di un fondamento giuridico dei poteri d'eccezione del Re.

Ad ogni modo, così come in parte avvenne in Francia – dove, come accennato, nonostante il silenzio della costituzione orleanista, lo stato d'assedio fu comunque dichiarato in alcune circostanze con ordinanza regia – anche in Italia, ed anzi, forse, con maggior vigore, tanto il Re⁹, quanto gli altri poteri dello Stato mostrarono di ritenere

della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti), in *Trattato Orlando*, vol. III, Milano, 1901, p. 199; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, pp. 299-301, secondo il quale «dire che senza il “giammai” l'art. 6 dello Statuto non vieta in modo assoluto e diretto l'ordinanza d'urgenza è irrilevante, perché l'ordinanza d'urgenza, in tanto entra nella categoria degli atti di produzione giuridica, in quanto è contemplata, non in quanto non è vietata».

⁹ Sul punto, sembra interessante richiamare quanto evidenziato da P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, p. 18 e ss., in merito alla concezione dello Statuto che la monarchia sabauda mostrava di avere nel periodo immediatamente successivo alla sua concessione. Come, infatti, nota l'A., «nel primo periodo di applicazione dello Statuto si constatano segnali denunciati la tendenza a considerare la concessione della Costituzione come un evento che non aveva “spogliato” del tutto il re della plenitudo potestatis. In altre parole, la monarchia riteneva di possedere ancora, nonostante lo Statuto, potestà tali da non considerarsi completamente e sempre vincolata dalle norme costituzionali». «Un segno univoco di tale pretesa regia» viene dall'A. riconosciuto nei c.d. proclami di Moncalieri del 3 luglio e del 20 novembre 1849, con cui il re, preoccupato per il possibile affermarsi, anche nel regno sabauda, delle forze rivoluzionarie che avevano caratterizzato i moti del 1848 in tutta Europa, paventò l'eventualità di una sospensione dello Statuto e delle libertà in esso sancite. «Ai proclami di Moncalieri» conclude l'A. «era sottesa evidentemente la convinzione che al re spettasse di decidere circa la sussistenza delle condizioni di normalità reputate necessarie per lo svolgimento di una vita politica-costituzionale ordinata, cioè secondo le previsioni statutarie. Quindi, minacciando la sospensione dello Statuto, il re mostrava di possedere ancora, nonostante il dettato costituzionale, l'esercizio di potestà prive di delimitazioni giuridiche». A ciò si aggiunga, come ricorda l'A., che «lo Statuto venne concesso dal re e non votato da un'assemblea rappresentativa, come la Costituzione francese del 1830,

sopravvissuti gli istituti emergenziali adottabili dall'Esecutivo, anche in assenza di una espressa previsione¹⁰.

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

In questo modo, nella prassi furono adottati e si consolidarono diversi provvedimenti che, pur se con diversa intensità, si ponevano in rapporto quanto meno problematico rispetto allo Statuto: da una parte, i c.d. pieni poteri¹¹, i quali erano concessi con legge dal Parlamento al Governo in caso di guerra e che, per tale caratteristica, apparivano non incompatibili con il regime della Carta del 1848, vista la natura flessibile di quest'ultima¹²; dall'altra, una congerie ancora indistinta di atti (ordinanze, decreti-legge, decreti reali di stato d'assedio),

sebbene quello si ispirasse a questa. Si tratta, evidentemente, di un ulteriore segno non trascurabile del fatto che la monarchia sabauda riteneva di non essersi del tutto spogliata dei poteri sovrani instaurando un regime costituzionale».

¹⁰ Sul punto, si veda G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, Firenze, 1967, p. 139 e ss.; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Lo Stato liberale. Il regime fascista*, Cagliari, 1983, p. 308 e ss.; G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani*, Torino, 2009, p. 35; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, p. 88.

¹¹ Sui quali, si veda P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 31; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., pp. 88-89.

¹² Sul punto, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 31-32.

accomunati dal fatto di essere adottati nei casi di necessità direttamente dall'Esecutivo ed in deroga alla legge, con una prassi extralegale accettata convenzionalmente in via di fatto dagli organi costituzionali.

A questo punto, non è privo di interesse notare come non sia un caso se proprio in questa temperie interpretativa sorsero e si affermarono quelle dottrine che ricercavano il fondamento dei poteri di urgenza in una dimensione diversa da quella della legalità e, in particolare, nel concetto di necessità, variamente declinato quale “ragion di Stato”, “legittima difesa”, fino alla configurazione della necessità quale fonte del diritto¹³.

Una prima, timida, formalizzazione dei poteri d'urgenza si ebbe solo con la legislazione post-unitaria che, con alcune specifiche norme, attribuì ad autorità amministrative diverse dal Governo la possibilità di adottare particolari atti in presenza di situazioni di necessità.

Nello specifico, l'art. 7 della L. 2248 del 1865 All. E, abolitiva del contenzioso amministrativo, conteneva la previsione del potere del Sindaco, in qualità di ufficiale del Governo, di provvedere con decreto motivato «allorché per grave necessità pubblica l'autorità amministrativa debba senza indugio disporre della proprietà privata»; la legge 2359 del 1865, in materia di espropriazione per pubblica utilità, conteneva disposizioni che abilitavano l'autorità amministrativa, in presenza di determinate condizioni di fatto o

¹³ Sull'esposizione e l'analisi di queste dottrine, si veda *supra*, Cap. I, par. 2.

ricorrendo alle clausole generali della necessità, della contingibilità, dell'urgenza, a provvedere alla occupazione temporanea degli immobili; l'art. 153 della L. 148 del 1915, testo unico della legge comunale e provinciale, poi, attribuiva al Sindaco il potere di adottare provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza pubblica nelle materia di polizia locale, edilizia ed igiene pubblica.

Queste disposizioni, pur positivizzando per la prima volta poteri dell'autorità amministrativa che avevano il loro presupposto nel ricorrere di situazioni non previamente determinate ed accomunate dai caratteri della necessità, della contingibilità e dell'urgenza, tuttavia avevano riguardo a modelli provvedimentali diversi da quelli propri dei poteri e degli atti *extra ordinem* e sostanzialmente «divergevano dall'idealtipo della norma sulla produzione giuridica fondata sulle clausole generali della necessità e dell'urgenza perché predeterminavano il contenuto provvedimentale del potere»¹⁴.

Si trattava, cioè, di quelli che la dottrina ha definito come atti necessitati ordinari, i quali, pur in mancanza della definizione legislativa delle circostanze per l'attivazione del potere, in nulla differiscono dagli altri atti della p.a., poiché le norme attributive ne delimitano l'ambito materiale ed anche il possibile contenuto.

¹⁴ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 94.

2. *Il periodo fascista. La formalizzazione dei poteri d'urgenza del Governo all'interno del sistema delle fonti di diritto positivo: la legge n. 100/1926*

Una compiuta positivizzazione degli atti e dei poteri propriamente extra ordinem dell'Esecutivo – fino ad allora, come rilevato, confinati nella dimensione della fattualità applicativa della prassi convenzionale, accettata dagli organi costituzionali, e fondati sulla particolare interpretazione dell'art. 6 dello Statuto o comunque su basi extralegali elaborate dalla dottrina – si ebbe soltanto, come già anticipato, con la legislazione del periodo fascista.

Viene in rilievo, in primo luogo, la legge n. 100 del 1926, disciplinante la facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche, il cui art. 3 prevedeva che potessero emanarsi con decreto reale, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, norme aventi forza di legge. In tali casi, proseguiva la disposizione, «il giudizio sulla necessità e sull'urgenza non è soggetto ad altri controlli che a quello politico del Parlamento» ed «il decreto Reale deve essere munito della clausola della presentazione al Parlamento per la conversione in legge, ed essere, a pena di decadenza, presentato, agli effetti della conversione stessi, ad una delle due Camere, non oltre la terza seduta dopo la sua pubblicazione», con la ulteriore precisazione che, in caso di mancata conversione da parte di una delle due Camere, il decreto avrebbe cessato di aver vigore, con effetto *ex nunc*, dal giorno di pubblicazione della notizia.

Si trattava, dunque, dello stabile e formale inserimento nel sistema delle fonti di diritto positivo di quegli atti straordinari e derogatori della legge adottati dall'Esecutivo nei casi di necessità (decreti-legge, ordinanze normative): a differenza delle disposizioni esaminate poco innanzi, l'art. 3 della L. 100/1926 non solo non predeterminava il presupposto legittimante l'attivazione dei poteri emergenziali o un qualche ambito materiale a cui dovesse limitarsi la loro applicazione (si riferiva, infatti, a generici ed imprecisabili «casi straordinari, nei quali ragioni di urgente necessità lo richiedano»), ma nemmeno ne prevedeva il possibile contenuto, lasciando al Governo la scelta del provvedimento ritenuto più opportuno rispetto ai dettami della necessità.

2.1. (segue): *La progressiva positivizzazione del potere di ordinanza e la generalità delle relative norme attributive: il modello dell'art. 2 TULPS*

Per quanto concerne più propriamente il potere di ordinanza, poi, fu il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 773 del 1931, c.d. TULPS) a positivizzarne il modello con la disposizione dell'art. 2, il quale è considerato come il capostipite¹⁵ delle norme sugli atti di

¹⁵ Così lo definisce G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 425; ID., *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. n. 2/2011, disponibile al sito web www.osservatoriosullefonti.it, p. 3; ID., "Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile al sito web www.forumcostituzionale.it, pag. 9.

necessità ed urgenza adottabili dall'autorità amministrativa in deroga alla legge.

Pur non essendo espressamente affermata dalla lettera della disposizione, tale capacità derogatoria emerge chiaramente dal citato art. 2, il quale attribuisce al Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, «la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

Infatti, il riferimento ai «provvedimenti indispensabili» e l'assenza di qualsivoglia delimitazione del relativo potere – tanto nel presupposto, individuato con il generico e potenzialmente omnicomprensivo «caso di urgenza o per grave necessità pubblica», quanto nel momento finalistico-materiale, essendo la «tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica» idonea a ricomprendere una pluralità indefinita di settori dell'ordinamento senza indicare i criteri direttivi a cui la pubblica autorità debba attenersi – costituiscono sicuro indice di appartenenza degli atti di cui all'art. 2 TULPS alla dimensione della straordinarietà, che porta con sé la derogabilità della legislazione vigente.

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

Su questa falsa riga, la legislazione fascista introdusse altre disposizioni che contemplavano atti e poteri analoghi: da un lato, l'art. 216 del TULPS, il quale, ad ideale completamento dell'art. 2, a cui fa esplicito riferimento, prevede, «qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda all'intero territorio del regno», il potere del Ministro dell'Interno di emanare ordinanze «sulle materie che abbiano comunque attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica», stavolta espressamente sancendo che tale potere è esercitabile «anche in deroga alle leggi vigenti»; dall'altro, una serie di previsioni, contenute nel Testo unico della legge comunale e provinciale del 1934 (R.D. 383/1934), attributive di poteri di necessità e urgenza, quali gli artt. 19 e 20, che, rispettivamente, abilitavano il Prefetto ad adottare, «in caso di urgente necessità, i provvedimenti indispensabili nel pubblico interesse nei diversi rami di servizio», e le «ordinanze di carattere contingibile ed urgente in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica interessanti l'intera provincia o più comuni della medesima» e l'art. 55, che attribuiva al Prefetto un potere di ordinanza surrogatorio rispetto a quello dalla medesima disposizione attribuito al Podestà per l'adozione dei «provvedimenti contingibili ed urgenti in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica».

L'esito di tale imponente movimento di “normativizzazione” degli atti di necessità e urgenza, se, da una parte, fu la riconduzione degli stessi all'interno dell'ordinamento giuridico e, soprattutto, della sistematica degli atti pubblici, dall'altra, non ne comportò certamente

una limitazione della portata “eversiva” di quel sistema in cui ora si trovavano ad essere formalmente inseriti.

Come la dottrina ha avuto modo di notare, le disposizioni che positivizzarono i poteri *extra ordinem*, infatti, «prefigurarono poteri senza rigidi vincoli di procedura e forma e consentirono illimitate deroghe a norme gerarchicamente pariordinate a quelle autorizzatrici: potevano considerarsi norme attributive di potere (*i.e.* norma costitutive), ma assai più problematicamente autentiche norme (regolative) che ne disciplinassero forma di esercizio, se non anche contenuto e limiti»¹⁶.

Le previsioni degli atti di necessità ed urgenza, venendo a costituire solo «il fragile schermo della legalità formale»¹⁷ (ancor più fragile, ove si consideri la natura di costituzione flessibile dello Statuto albertino) dietro il quale continuava ad agitarsi la “sostanza” di una *vis* espansiva potenzialmente illimitata, non potevano, pertanto, porsi quale serio argine all’esercizio dei relativi poteri.

Potrebbe dirsi che, se può condividersi quanto autorevole dottrina ebbe modo di rilevare in relazione alla positivizzazione della decretazione d’urgenza, con l’affermare che «l’apposita disciplina dell’emanazione e della conversione dei decreti-legge, dettata dalla legge n. 100 del 1926, poté presentarsi – non senza ragione – come un

¹⁶ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 110.

¹⁷ In questi termini, A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 110.

rimedio ed un freno ai precedenti abusi»¹⁸, non altrettanto può farsi per quel che riguarda i poteri di ordinanza, rispetto ai quali, anzi, l'espressa previsione in norme di legge meramente attributive e, come visto, in alcun modo realmente delimitative degli stessi, valse più che altro a darne un fondamento positivo, ma non certo a circoscriverne l'esercizio (se non sotto il limitatissimo profilo della competenza) o la già evidenziata forza "eversiva". D'altra parte, anche per quanto concerne il decreto-legge la dottrina ebbe modo di riconoscere che «certo, la legge n. 100 ebbe anche lo scopo di troncare la disputa sull'ammissibilità dei provvedimenti governativi con forza di legge, riservando alle Camere (e dunque sottraendo al potere giudiziario) qualsiasi "giudizio sulla necessità e sull'urgenza"»¹⁹.

3. Il dibattito in Assemblea Costituente sui poteri di necessità e urgenza. La previsione del decreto-legge e il silenzio sul potere di ordinanza extra ordinem

Il problema dei poteri di necessità ed urgenza si ripropose prepotentemente anche in sede di Assemblea Costituente.

¹⁸ L. PALADIN, *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*. Tomo II, Bologna-Roma, 1979, p. 47.

¹⁹ L. PALADIN, *Art. 77*, cit., p. 47.

In quella occasione, i quasi cento anni di esperienza storica e giuridica precedente non potevano non influenzare il dibattito che caratterizzò i lavori preparatori del nuovo testo costituzionale repubblicano.

Da una parte, infatti, il progressivo processo di tipizzazione dei differenti poteri di necessità ed urgenza, di cui si è dato conto innanzi e che culminò nella legislazione fascista, indusse i Costituenti ad esaminare partitamente i singoli istituti emergenziali ereditati da quel processo evolutivo e a non considerare, dunque, la necessità in quanto tale, ma solo in relazione ai singoli “inveramenti provvedimenti” in cui era venuta manifestandosi; dall’altro, la discussione si incentrò spesso sulla opportunità o meno della espressa previsione in Costituzione dei vari istituti d’emergenza.

I due profili vennero inevitabilmente ad intrecciarsi, tanto che le posizioni dei Costituenti non si caratterizzarono per una radicale divisione tra chi sostenesse e chi avversasse l’opportunità di disciplinare espressamente in Costituzione i poteri di emergenza del Governo *tout court*, ma si differenziarono, di volta in volta, in relazione alla natura e alle specifiche caratteristiche di ciascun istituto considerato²⁰.

²⁰ Cfr. A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 128, il quale riporta, in nota 133, l’emblematica posizione di Costantino Mortati, favorevole alla costituzionalizzazione dello stato d’assedio, ma non del decreto legge sulla base della considerazione che, pur derivando entrambi gli istituti dall’unitario concetto di necessità, diversa ne era l’efficacia giuridica: mentre il primo, infatti, era diretto a sospendere le libertà e i diritti costituzionali, il secondo aveva forza di legge ordinaria. Sulla posizione di Mortati in Assemblea Costituente in relazione agli stati di eccezione, si veda anche L. CARLASSARE, *Stati di*

Per quanto riguarda, in particolare, lo stato d'assedio, l'esito dell'ampio ed articolato dibattito costituente fu quello del "silenzio" normativo. A tale risultato si pervenne a seguito della mancata approvazione da parte del *plenum* dell'Assemblea di quelle speculari proposte, elaborate durante i lavori delle Sottocommissioni, che miravano a costituzionalizzare, da una parte, la possibilità espressa di instaurare, nei casi di emergenza, stati sospensivi delle libertà e dei diritti assicurati dalla Costituzione e, dall'altra, il divieto espresso di tale sospensione.

Sotto il primo profilo, viene in rilievo la seduta del 2 ottobre del 1946 della prima Sottocommissione, nella quale fu posto in discussione il seguente articolo: «L'esercizio dei diritti assicurati dalla presente Costituzione non può essere sospeso. Tuttavia allorché la Repubblica è proclamata in pericolo tali diritti possono essere sospesi entro i limiti e con le forme stabilite per legge. Questo provvedimento non potrà essere preso per un periodo di tempo superiore a sei mesi; esso potrà essere rinnovato, nelle medesime forme. Chiunque ne avrà abusato per arrecare arbitrariamente pregiudizio ai diritti materiali o morali altrui, assumerà personale responsabilità. Al termine del periodo di emergenza chiunque si riterrà arbitrariamente leso nella persona, o nei beni potrà reclamare riparazione morale o materiale avanti ai tribunali».

eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati, in M. GALIZIA - P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990, p. 479 e ss.

La discussione sulla previsione fu rinviata alla fine dei lavori della Sottocommissione ed il tema si pose nuovamente solo in Assemblea plenaria in occasione dell'esame dell'art 74-bis, proposto dall'On. Crispo nella seduta del 16 ottobre 1947²¹.

Sotto il secondo profilo, il riferimento è alla proposta – avanzata dall'On. Fabbri dopo un ampio dibattito svoltosi nella seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione dell'11 gennaio 1947 – di inserire un articolo, la cui formulazione recitava: «è vietata la dichiarazione dello stato d'assedio ed è altresì vietata ogni altra misura di sospensione totale o parziale delle garanzie regolate dalla presente Costituzione». Tale espresso divieto fu approvato in sede di Sottocommissione, ma non fu riprodotto nel testo finale della Carta repubblicana approvato dal *plenum* dell'Assemblea Costituente.

Diverso fu, invece, l'atteggiamento della Costituente rispetto agli istituti della concessione dei poteri speciali al Governo da parte del Parlamento per il caso di guerra e del decreto-legge.

Quanto al primo, come è noto, la discussione svoltasi in Assemblea nelle due sedute (antimeridiana e pomeridiana) del 21 ottobre 1947²² condusse alla formulazione dell'attuale art. 78 Cost.²³, con la previsione della deliberazione dello stato di guerra (la cui

²¹ Su cui, diffusamente, si tornerà più avanti nel testo.

²² Per le quali, si veda *Atti Assemblea Costituente*, 21 ottobre 1947, in particolare, pagg. 1379-1409.

²³ Sul quale, si veda A. GIARDINA, *Art. 78*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*. Tomo II, Bologna-Roma, 1979, p. 94 e ss.

dichiarazione spetta poi, *ex art. 87 Cost.*, al Presidente della Repubblica) da parte delle Camere e con l'attribuzione alle stesse, in tal caso, della facoltà di conferire al Governo i «poteri necessari». La rottura con il precedente sistema costituzionale fu, dunque, evidente e duplice: da una parte, il potere di prendere la fondamentale decisione in relazione alla delicatissima questione della deliberazione dello stato di guerra – che in epoca statutaria apparteneva al Re, o comunque all'Esecutivo, senza alcun controllo parlamentare²⁴ – fu attribuito all'organo rappresentativo della volontà popolare; dall'altra, l'adozione della locuzione «poteri necessari» invece di quella dei «pieni poteri», ereditata dalla tradizione storica, segnò una discontinuità rispetto al passato che, come dimostra il dibattito in Assemblea Costituente sul punto²⁵, trova il suo fulcro nella «essenziale funzione di garanzia democratica proprio in un momento la cui gravità è suscettibile di portare allo sconvolgimento più profondo degli equilibri costituzionali»²⁶.

Quanto al decreto-legge, tra i Costituenti si registrò una netta contrapposizione tra coloro i quali si opponevano alla

²⁴ L'art. 5 dello Statuto albertino, infatti, dopo aver sancito che «al Re solo appartiene il potere esecutivo», nell'elencarne i poteri, citava anche quello di dichiarare la guerra. Inoltre, ai sensi del regio decreto n. 1415 del 1938, la dichiarazione dello stato di guerra doveva avvenire con decreto reale.

²⁵ Si vedano, in particolare, gli interventi dell'On GASPAROTTO e dell'On RUINI, in *Atti Assemblea Costituente*, 21 ottobre 1947, rispettivamente pagg. 1400-1401 e pagg. 1401-1403.

²⁶ A. GIARDINA, *Art. 78*, cit., p. 94.

costituzionalizzazione dell'istituto e quelli che, invece, ne propugnavano l'opportunità.

Emblematiche in tal senso furono le posizioni espresse da Costantino Mortati e dall'On. Codacci Pisanelli, che si fronteggiarono già nella seduta della Seconda Sottocommissione del 21 settembre 1946: in quella sede, il primo, rilevato come in passato l'urgenza avesse costituito spesso solo un pretesto per consentire al Governo di legiferare autonomamente e paventando il connesso pericolo di estromissione del Parlamento dalla funzione sua propria, sostenne la necessità di vietare espressamente la decretazione d'urgenza, ammettendo, però, l'eventualità che in alcuni casi il Governo potesse trovarsi ad adottare comunque dei provvedimenti d'urgenza sotto la sua esclusiva responsabilità, potendo poi ottenere un atto parlamentare di sanatoria sul modello del c.d. *bill d'indennità* della tradizione costituzionale inglese²⁷; il secondo, invece, proprio sulla base dell'insegnamento dettato dall'esperienza storica del ricorrente ripresentarsi del problema dell'esercizio di poteri di necessità ed urgenza da parte dell'Esecutivo, sostenne, di dare compiuta ed espressa disciplina al decreto-legge, al precipuo fine di delimitare eventuali abusi o arbitrii del Governo.

L'esito del dibattito svoltosi nella Seconda Sottocommissione vide il prevalere delle posizioni contrarie alla previsione del decreto-legge e si concluse con l'approvazione di un espresso divieto per il

²⁷ Su cui, si veda G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 90 e ss.

Governo di ricorrere alla decretazione d'urgenza; tale divieto non fu però riprodotto nel testo dell'art. 74 del progetto di Costituzione sottoposto all'Assemblea, che si limitava a disciplinare l'istituto della legislazione delegata e del decreto legislativo.

La questione fu riproposta al *plenum* della Costituente nella discussione generale del 10 settembre 1947, ancora su iniziativa dell'On. Codacci Pisanelli, il quale, osservando che «siccome non è possibile escludere praticamente l'esercizio da parte del Governo della potestà legislativa in caso di necessità e urgenza, meglio prevedere questa possibilità e contenerla entro limiti ben precisi»²⁸, ribadì l'opportunità di costituzionalizzare il decreto-legge. In quella stessa seduta, sull'argomento intervenne anche l'On. Crispo²⁹, che, prima, si espresse sull'assenza del riferimento al decreto-legge nell'art. 74, sostenendo che «il silenzio del progetto di Costituzione non può interpretarsi nel senso che si è voluta vietare questa forma di attività legislativa, pur necessaria ed inevitabile in determinate circostanze»³⁰,

²⁸ *Atti Assemblea Costituente*, 10 settembre 1947, pag. 49.

²⁹ Il cui intervento, al quale si riferiscono i virgolettati che seguono nel testo, è riportato in *Atti Assemblea Costituente*, 10 settembre 1947, pagg. 52-54.

³⁰ *Contra*, invece, Mortati, il quale espresse la sua posizione sul punto nella successiva seduta del 18 settembre 1947, sostenendo che «in una Costituzione di carattere rigido, come quella che risulta dal progetto, e che ammette un controllo di costituzionalità delle leggi, non è dubbio che il silenzio circa la competenza del Governo ad emanare i decreti d'urgenza con efficacia legislativa importi un divieto» (*Atti Assemblea Costituente*, 18 settembre 1947, pag. 311). Lo stesso Mortati ribadì, però, quanto già affermato nella seduta della Seconda Sottocommissione del 21 settembre 1946 nell'ammettere che «in casi eccezionalissimi ... il Governo emani, sotto la sua precisa responsabilità, i provvedimenti necessari, i quali verrebbero ad assumere una efficacia di fatto. La responsabilità così assunta dal Governo per queste violazioni della Costituzione dovrebbe

e, poi, si soffermò sul mancato cenno al diverso istituto delle ordinanze di necessità, «le quali, pur avendo comune il principio sul quale si fonda il decreto legge, obbediscono a ben altre esigenze», asserendo la necessità di «stabilire rigorose garanzie sull'uso della potestà, ad impedire eccessi e trasmodanze da parte del potere esecutivo», atteso il peculiare carattere dell'ordinanza quale atto che si «emette nei casi di allarme, di pericolo pubblico, di guerra, o di stato d'assedio, quando, cioè, le libertà individuali corrono pericolo di essere limitate o sospese».

Tali ultime considerazioni si tradussero, nella seduta del 16 ottobre 1947, nella proposta avanzata dall'On. Crispo di introdurre un art. 74-bis, il quale disponeva che «l'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato d'assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi»³¹.

Di segno diverso fu l'emendamento, svolto in quella medesima seduta, dell'On. Codacci Pisanelli, il quale, coerentemente con quanto sostenuto in sede di discussione generale sull'opportunità di disciplinare in Costituzione il decreto-legge, tentò di superare le obiezioni di coloro che vi si opponevano osservando che «in fondo,

essere sanata attraverso la presentazione dei cosiddetti "bill di indennità"» (*Atti Assemblea Costituente*, 18 settembre 1947, pag. 312).

³¹ *Atti Assemblea Costituente*, 16 ottobre 1947, pagg. 1291-1292.

della potestà di ordinanza il Governo finirà sempre, prima o poi, per fare uso. Ce lo dimostra la storia ... Meglio quindi fare in modo che un simile potere del Governo venga esattamente e precisamente delimitato. Quando l'esperienza storica dimostra che anche negando tale potere nelle Costituzioni ... si finisce per far uso della potestà di ordinanza, è molto meglio mostrarsi aderenti alla realtà nel riconoscere simile potere al Governo, disciplinandolo in maniera sicura»³².

La delimitazione e la sicura disciplina di tale potestà passavano, nell'emendamento Codacci Pisanelli³³, attraverso la previsione che la «possibilità per il Governo di far uso del potere di ordinanza, cioè di emanare norme aventi valore di legge»³⁴ fosse circoscritta alla sola legislazione ordinaria, non ammettendo «che, anche concedendo questo potere di ordinanza, il Governo possa derogare ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione»³⁵.

³² *Atti Assemblea Costituente*, 16 ottobre 1947, pag. 1294.

³³ Il cui testo recitava «in casi straordinari di necessità e di urgenza il Capo dello Stato potrà emanare con suo decreto norme aventi forza di legge ordinaria, che dovranno essere presentate al Parlamento per la conversione in legge e perderanno automaticamente efficacia sessanta giorni dopo la pubblicazione, se la legge in cui siano state convertite non venga pubblicata almeno dieci giorni prima dello scadere di tale termine». Tale emendamento, a cui furono apportate alcune modifiche nel prosieguo della discussione, venne a costituire, poi, "l'ossatura" del definitivo art. 77 Cost.

³⁴ *Atti Assemblea Costituente*, 16 ottobre 1947, pag. 1292.

³⁵ *Atti Assemblea Costituente*, 16 ottobre 1947, pag. 1292. Il concetto, centrale nella posizione dell'On. Codacci Pisanelli e del suo emendamento, fu ancora una volta ripetuto nello svolgimento dell'intervento, in cui il deputato ribadì che «il potere di ordinanza, vale a dire il potere di emanare decreti-legge, che intendiamo attribuire al Governo, non consente di modificare norme di carattere costituzionale. Di qui, la profonda differenza

La discussione che ne seguì si protrasse fino alla seduta immediatamente successiva del 17 ottobre 1947³⁶, nella quale la proposta dell'art. 74-bis dell'On. Crispo non ebbe alcun seguito, mentre fu approvata, anche se con alcune non irrilevanti modificazioni testuali, l'impostazione sostanziale dell'emendamento Codacci Pisanelli.

L'esame dei lavori dell'Assemblea Costituente sui poteri di necessità e urgenza del Governo restituisce due importanti "impressioni": una di più facile individuazione e un'altra, invece, di più problematica interpretazione³⁷.

La prima concerne quella «cifra unitaria che connotò il dibattito costituente (...) nel tentativo di "esorcizzare" gli stati di eccezione "assoluti", quelli, cioè, idonei a rompere qualsiasi legame tra diritto applicato nella situazione emergenziale ed i tratti essenziali dell'ordinamento giuridico vigente»³⁸. Tale aspetto si espresse, da una parte, nella evidenziata funzione di garanzia democratica della disciplina dello stato di guerra di cui all'art. 78 Cost. e nella previsione del decreto-legge quale atto avente valore di legge

che vi sarà fra il sistema precedente ed il sistema attuale» (*Atti Assemblea Costituente*, 16 ottobre 1947, pag. 1293).

³⁶ Per la quale, si veda *Atti Assemblea Costituente*, 17 ottobre 1947, pagg. 1299-1313.

³⁷ In proposito, può ricordarsi il giudizio sui lavori dell'Assemblea Costituente, in relazione proprio alla norma in esame, espresso da C. ESPOSITO, *Decreto-legge* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 835-836, il quale li considera intrinsecamente «contraddittori».

³⁸ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 135.

ordinaria, e dall'altra, nel silenzio della Carta repubblicana sullo stato d'assedio e sul potere di ordinanza di necessità ed urgenza del Governo³⁹.

³⁹ Cfr. A. CARDONE, *op. cit.*, p. 135 e ss., il quale individua le ragioni di fondo di questo atteggiamento dei Costituenti richiamando l'attenzione sulle «suggestioni che ad essi derivarono dal recente passato fascista, le quali valsero a giustificare la diffidenza nei confronti di qualsiasi potere d'eccezione dell'Esecutivo, ma anche sui modelli di riferimento che offrirono loro gli studi comparatistici». Sotto quest'ultimo profilo, l'A. fa riferimento «al noto art. 48, co. 2 della *Weimar Verfassung*, (...) considerato da Schmitt il moderno esempio dell'archetipo della dittatura commissaria» (Cfr. C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975, p. 215). «La norma», ricorda ancora l'A., «disciplinava i poteri dittatoriali in senso proprio (la *Diktaturkompetenz*), attribuendo al Presidente della Repubblica la facoltà di adottare le misure necessarie per il ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica ed autorizzandolo, a tal fine, anche ad utilizzare la forza armata ed a sospendere l'efficacia di alcune norme costituzionali sui diritti fondamentali espressamente individuate»; di essa, nel contesto giuridico e storico-politico della repubblica weimariana, si impose una lettura decisionista per la quale «lo stato di eccezione si affermò nella sua dimensione esclusivamente politica di salvezza della *salus rei publicae* e fu sottratto ad ogni forma di sindacato giurisdizionale» di modo che «finì (...) , complice il deferente atteggiamento della giurisdizione nei confronti dell'autorità politica, per spianare la strada all'avvento del nazionalsocialismo. Si comprende, allora, che l'esperienza di Weimar restituì ai lavori dell'Assemblea costituente un modello di disciplina costituzionale fortemente problematico, il quale mostrò chiaramente ai Costituenti che la mera previsione dello stato d'eccezione nella Carta fondamentale non sarebbe stata di per sé sufficiente a garantirne il carattere endogeno ed a rendere il potere *extra ordinem* controllabile». Nella ricostruzione dell'A., insomma, i Costituenti si trovarono «davanti ad un vero e proprio "spettro"» dell'art. 48, co. 2, della Costituzione di Weimar, che li «mise a confronto con l'imponderabile eventualità che la scelta di costituzionalizzare il potere *extra ordinem* potesse finire per propiziare anziché per ostacolare il tradimento dei presupposti ideologici e politici del *Rechtsstaat*». Secondo l'A., inoltre, «vi era, però, un ulteriore aspetto dell'interpretazione decisionista della *Diktaturkompetenz* che (...) dovette apparire intrinsecamente eversivo di qualsiasi tentativo di ricondurre il potere d'eccezione all'interno dell'ordinamento costituzionale»: il riferimento è «alla circostanza che le problematiche relative all'emergenza giuridica finirono per intercettare le più ampie questioni relative alla forma di governo». Rispetto a queste ultime, infatti, il modello del potere governativo d'eccezione derogatorio delle libertà costituzionali dovette apparire ai Costituenti in contrasto con la scelta politico-istituzionale di fondo a favore della forma di governo parlamentare, soprattutto alla luce

La seconda, invece, riguarda proprio l'interpretazione di questo silenzio serbato sul potere di ordinanza.

Se da un lato, infatti, parte della dottrina, in relazione al potere di ordinanza del Governo, ha sostenuto che in Assemblea Costituente «si preferì non costituzionalizzarlo, non per negare il suo diritto di cittadinanza all'interno dell'ordinamento, dato che esso era già stato positivizzato dalla legislazione fascista e gli stessi Costituenti si resero conto che il decreto-legge non era uno strumento idoneo a fronteggiare le emergenze che comportassero la necessità di sospendere temporaneamente le libertà costituzionali, ma perché dare ad esso esplicita copertura costituzionale dovette sembrare più inutile dal punto di vista pratico (...) e più pericoloso dal punto di vista teorico (...), di quanto non apparisse opportuno nella speranza di disciplinarlo e limitarlo»⁴⁰, dall'altro, l'esposta ricostruzione degli interventi nelle sedute del *plenum* dell'Assemblea può legittimamente indurre a leggere diversamente la vicenda del potere di ordinanza in sede costituente.

Ci si riferisce, in particolare, al già ricordato svolgimento dell'emendamento Codacci Pisanelli nella seduta del 16 ottobre 1947: in quella occasione, infatti, come visto, l'ammissibilità e la stessa opportunità di costituzionalizzare quella che venne a più riprese

della radicale critica che ad essa mosse Carl Schmitt, che di quel modello di potere d'eccezione e della sua interpretazione decisionista era stato il più fiero sostenitore.

⁴⁰ A. CARDONE, *op. cit.*, p. 144, il quale fonda questa conclusione sulla base delle considerazioni che si sono espresse nella nota precedente.

definita «potestà di ordinanza»⁴¹ o «potere di ordinanza»⁴² del Governo furono strettamente condizionate alla previsione di una sua precisa e sicura delimitazione, che si espresse proprio nella disciplina recata dall'emendamento dell'On. Codacci Pisanelli⁴³.

In tal senso, l'insistenza con cui il proponente sottolineò più volte come «il potere di ordinanza, vale a dire il potere di emanare decreti-legge, che intendiamo attribuire al Governo, non consente di modificare norme di carattere costituzionale»⁴⁴ – stabilendo anche «un termine perentorio entro il quale i decreti-legge stessi debbono essere convertiti in legge dal Parlamento»⁴⁵ – sembra escludere la possibilità che l'Esecutivo, nei casi di necessità e di urgenza, si avvalga di un potere di ordinanza diverso da quello disciplinato e limitato nella forma del decreto-legge.

4. Il potere di ordinanza di necessità e urgenza nell'ordinamento costituzionale repubblicano. Il ruolo degli interventi della Corte costituzionale (sentt. nn. 8/1956, 26/1961, 4/1977, 100/1987, 201/1987): la natura amministrativa delle ordinanze extra ordinem e relativi limiti

⁴¹ Vedi *supra*, nota 31.

⁴² Vedi *supra*, nota 34.

⁴³ Per il cui testo si veda *supra*, nota 32.

⁴⁴ *Atti Assemblea Costituente*, 16 ottobre 1947, pag. 1293.

⁴⁵ *Atti Assemblea Costituente*, 16 ottobre 1947, pag. 1295.

L'ambiguità dei lavori dell'Assemblea Costituente ed il silenzio sul potere di ordinanza posero inevitabilmente, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il problema della compatibilità con il nuovo ordinamento costituzionale di quei poteri di ordinanza in deroga alla legge previsti dalla legislazione fascista ed ancora ampiamente esercitati dagli organi a cui erano attribuiti.

Non è un caso, quindi, se una tra le primissime pronunce della Corte costituzionale si occupò proprio della controversa questione relativa alle ordinanze di necessità e urgenza, intervenendo anche nell'ampio dibattito che era venuto sviluppandosi in dottrina intorno alla natura – normativa o amministrativa – di tali atti⁴⁶.

⁴⁶ Sul punto si registrarono, anche dopo l'intervento della Consulta, diverse posizioni, tra le quali quelle di L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, 1953, che evidenzia il carattere "creativo" delle ordinanze, quali espressione di una comparazione di interessi effettuata direttamente dall'organo amministrativo per il caso concreto e normalmente propria, invece, dell'attività del legislatore. Con l'ordinanza, dunque, viene svolta una funzione di creazione del diritto attraverso una «normazione particolare, originaria, diretta, occasionale»; U. GARGIULO, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954, il quale ritiene che il potere di ordinanza abbia carattere sostanzialmente normativo, essendo le ordinanze atti che, per il loro carattere necessariamente derogatorio – e perciò innovativo – della legislazione vigente, «non tanto applicano norme di leggi preesistenti, quanto piuttosto pongono esse stesse le norme per regolare in concreto le situazioni che hanno di volta in volta in oggetto»; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1962, p. 67 e ss., il quale distingue, in relazione alle concrete ordinanze, quelle aventi carattere normativo e quelle aventi carattere amministrativo, precisando che le ordinanze «possono essere considerate fonti del diritto solo in quanto contengano statuizioni generali ed astratte, dovendo negli altri casi essere considerate come meri provvedimenti amministrativi»; M.S. GIANNINI, la cui riflessione dottrinale, in un primo momento (*Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948, p. 396), si attesta su una posizione che riconosce alle ordinanze carattere normativo, in ragione della loro asserita capacità di creare jus singulare, e, poi (*Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981), giunge ad abbracciare l'orientamento opposto, individuando nelle ordinanze provvedimenti

amministrativi che, pur costituendo un'eccezione al principio di tipicità, restano all'interno del principio di legalità, in quanto comunque previsti da norme legislative; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965, p. 93, il quale, da un lato, riconosce che molte delle considerazioni che egli stesso svolge nelle pagine precedenti «offrono molti argomenti per fondare la tesi secondo cui le ordinanze hanno natura di atti normativi. La constatazione che le norme attributive dei poteri di ordinanza hanno la struttura caratteristica delle norme sulla produzione giuridica consente di dedurre che le ordinanze emanate in base a quelle norme sono atti di produzione giuridica; la considerazione che le ordinanze hanno carattere necessariamente derogatorio offre la prova che esse hanno contenuto innovativo nel mondo giuridico e quindi sono norme per chi accoglie il criterio della novità; la considerazione che esse possono inoltre essere generali e astratte consente di concludere che almeno le ordinanze generali e astratte sono norme, per chi accetta come carattere distintivo delle norme quello della generalità e astrattezza». Tuttavia, dall'altro lato, immediatamente dopo precisa che «nessuna di queste considerazioni è decisiva», aderendo a quella posizione dottrinarina (espressa da V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, p. 775) secondo cui «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». Da questo punto di vista, l'A. individua una serie di argomenti che inducono a ritenere che le ordinanze siano «atti non normativi: a) la circostanza che sono emanate da autorità amministrative nello e per lo svolgimento di compiti attribuiti alla pubblica Amministrazione; b) che non è imposta la loro pubblicazione legale (...); c) che secondo concetto debbono essere concrete perché legate ad una determinata situazione di fatto contingente ed eccezionale». A tale impostazione aderisce anche F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 977, il quale, però, in merito all'ordinanza di necessità afferma che «se non un atto formalmente normativo, esso rappresenta un atto *sui generis*, nell'ambito degli atti eteronomi»; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, p. 68 e ss., il quale sostiene la natura di fonti del diritto delle ordinanze di necessità – dotate, per la loro capacità derogatoria, della forza di legge e dunque sottoponibili al giudizio della Corte costituzionale – sulla base della considerazione che «in realtà la struttura delle ordinanze stesse in nulla differisce da quella delle comuni norme generali, intesa la generalità anche nel senso di ripetibilità». In relazione a tali «misure destinate a valere per una serie indeterminata e indeterminabile di soggetti, ed a durare per tutto il periodo di permanenza della situazione di danno o di pericolo», l'A. ritiene non contestabile il loro «carattere normativo, generale ed astratto, intendendosi la singolarità in ordine ad essi solo nel senso di eccezione alla normalità»; di diverso avviso la posizione di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, VI edizione, Padova, 1993, p. 35 e ss., il quale, constatato che «può anche accadere che le ordinanze assumano

Il riferimento è alla nota sentenza n. 8 del 1956⁴⁷, con la quale la Consulta affrontò il problema della legittimità costituzionale dell'art. 2 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (il regio decreto n. 733 del 1931), che attribuisce al Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, «la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica». Sulla base della suddetta disposizione, erano state adottate da alcuni Prefetti delle ordinanze che disciplinavano, limitandolo, lo “strillonaggio” dei giornali nelle pubbliche vie e la vendita degli stessi a domicilio a scopo di propaganda politica.

La sollevata questione di costituzionalità, in particolare, concerneva il dubbio « se l'art. 2 della legge di pubblica sicurezza,

contenuto (...) generale-astratto nel senso di normativo, disponendo per una serie indefinita di situazioni possibili anche in deroga al diritto vigente», si pone il «problema se – in tale eventualità – siano da annoverare tra le fonti». La risposta, pur con la precisazione che essa è «opinabile (...) non potendosi sottrarre all'impressione che un'ordinanza a struttura normativa rassomiglia molto più ad una legge temporanea o ad un decreto-legge, che non, ad esempio, ad una autorizzazione amministrativa (...)». è negativa: in tal senso «(nel senso di escludere, cioè, che le ordinanze, anche se e quando contengano disposizioni generali-astratte, siano fonti del diritto) è la considerazione che esse non modificano alcuna norma preesistente, ma si limitano a provvedere alla situazione determinatasi con riguardo a questa soltanto (non stabiliscono una volta per tutte come dovranno provvedere il prefetto o il sindaco verificandosi la stessa o analoga situazione, ma provvedono nel modo ritenuto più opportuno nella situazione data). Insomma, il “disporre” in generale ed in astratto (d'altronde, soltanto eventuale, come si è già precisato), ma sempre entro i limiti della situazione concreta cui occorre far fronte, è assorbito nel “provvedere”, configurandosi come *un modo di provvedere*».

⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 1956, n. 8, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p. 602 e ss., con osservazioni di G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, *ivi*, p. 994 e ss.; si veda, inoltre, V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza italiana*, 1956, I, p. 863 e ss.

attribuendo al Prefetto il potere di adottare, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, sia in contrasto con le norme della Costituzione (artt. 76 e 77) che determinano rigidamente la procedura della formazione delle leggi e degli atti aventi valore di leggi, o comunque sovverta l'ordinamento dei pubblici poteri con menomazione della sfera di attribuzione del legislativo e della libertà dei cittadini»⁴⁸.

Dopo aver rilevato che «la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema nel quale vive»⁴⁹, la Consulta richiamò la costante interpretazione che di essa è stata data nel decennio precedente dalle magistrature ordinaria e amministrativa nel senso di ritenere che i provvedimenti in questione «hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico»⁵⁰.

⁴⁸ Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 1956, n. 8, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁴⁹ Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 1956, n. 8, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 1956, n. 8, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

Da questa premessa interpretativa, fondata sul rilievo del «significato attuale della norma»⁵¹, la Corte giunse ad escludere il contrasto «con i principii costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i provvedimenti amministrativi adottati dal Prefetto, anche se talvolta valgono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti»⁵².

Con la sentenza n. 8 del 1956, dunque, la Corte, attraverso il modulo decisionale tipico delle sentenze c.d. interpretative di rigetto, “salvò” dalla sanzione di illegittimità costituzionale le facoltà previste dall’art. 2 TULPS, nel significato assunto nel nuovo ordinamento costituzionale repubblicano, in quanto «nel quadro della esposta interpretazione, l'esercizio di queste facoltà del Prefetto non viene a sovvertire l'ordinamento dei pubblici poteri, restando tali provvedimenti nella legittima sfera delle attribuzioni dell'autorità amministrativa locale»⁵³.

⁵¹ Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 1956, n. 8, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁵² Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 1956, n. 8, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁵³ Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 1956, n. 8, cit., punto 3. *Considerato in diritto*. La Corte non prese, invece, in considerazione la censura della disposizione per violazione dell’art. 21 Cost., sulla base del rilievo che «i provvedimenti emanati sulla base dell'art. 2 possono, in ipotesi, toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini, garantiti dalla Costituzione (libertà di pensiero, di religione, di circolazione, ecc.). Ma il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente. In questa sede di legittimità costituzionale, in cui ciò che viene in esame è la norma legislativa e non il provvedimento amministrativo che la applica, un sindacato sulla costituzionalità dell'art. 2 in relazione ai

Tuttavia, nello stesso momento in cui rigettava la questione di costituzionalità, il Giudice delle leggi avvertì l'esigenza di precisare che «non si può negare che la formula dell'art. 2 della legge di p.s., nella sua latitudine, potrebbe dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si affermassero interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte. Ma in tal caso l'odierna decisione non precluderebbe il riesame della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nel citato articolo»⁵⁴. Proprio per scongiurare il rischio dell'affermarsi di interpretazioni che si ponessero in contrasto con la Costituzione, la Corte, a chiusura della decisione, auspicò un intervento legislativo sul testo dell'art. 2, che valesse a ricondurre con certezza i provvedimenti prefettizi da esso contemplati ai canoni derivanti principalmente dal loro carattere amministrativo, canoni individuati nella «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»⁵⁵.

Le preoccupazioni che avevano ispirato le precisazioni e l'auspicio con cui la Corte aveva chiuso la sentenza n. 8 del 1956 si materializzarono pochi anni più tardi, quando fu nuovamente posta la

casi concreti in cui tale applicazione potrebbe importare la violazione dei diritti statutari dei cittadini, non è ammissibile».

⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 1956, n. 8, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 1956, n. 8, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 TULPS (ancora una volta in relazione ad ordinanze prefettizie, adottate sulla base di tale disposizione, che vietavano la distribuzione di giornali a domicilio a scopo di propaganda politica).

Negli anni successivi a quella sentenza, infatti, non solo si assistette all'inerzia del legislatore rispetto alla formulazione dell'art. 2 ed al perdurare della prassi applicativa degli interventi prefettizi limitativi di diritti costituzionalmente garantiti (quale, ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost.), ma si affermò anche una interpretazione della disposizione da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. 16 giugno 1958, n. 2068) nel senso dell'inquadramento delle ordinanze prefettizie nella categoria delle "ordinanze libere", idonee, nel concorso di determinati presupposti, ad affievolire i diritti soggettivi dei cittadini, garantiti dalla Costituzione, ad interessi legittimi.

La Corte, dunque, sollecitata da numerose ordinanze di rimessione, fu chiamata nuovamente a pronunciarsi sull'art. 2 TULPS con la sentenza n. 26 del 1961⁵⁶.

Con tale decisione – richiamati i passaggi argomentativi della sua precedente sentenza n. 8 del 1956 e preso atto che non solo gli auspici di riforma dell'art. 2 nel senso indicato in quella pronuncia erano rimasti disattesi dal legislatore, ma che si era, inoltre, affermata una

⁵⁶ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 525 e ss., con osservazioni di V. CRISAFULLI, *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, *ivi*, p. 886 e ss. e di C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 del T.U. leggi di p.s. come testo legislativo*, *ivi*, p. 898 e ss.

interpretazione giurisprudenziale contrastante con quella elaborata in quella occasione⁵⁷ – la Consulta ribadì alcuni dei concetti già espressi cinque anni prima e ne precisò altri per meglio delimitare l'esercizio dei poteri di ordinanza *extra ordinem*.

Sotto il primo profilo, la Corte confermò che «l'art. 2 conferisce al Prefetto poteri che non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alla attività

⁵⁷ Cfr. Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 2. *Considerato in diritto*, in cui la Corte scrive: «Con la sentenza 20 giugno 1956, n. 8, la Corte affermò che, ai fini della pronuncia sulla legittimità costituzionale dell'art. 2 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, dovesse aversi riguardo non già al significato rivestito dalla norma nel sistema che le dette vita, bensì a quello acquistato sulla base della interpretazione che, in conformità alla Costituzione, ne era stata data dalla giurisprudenza. Secondo tale interpretazione, la Corte ritenne che si potesse dichiarare infondata la questione relativa alla legittimità costituzionale di quella norma, in considerazione che i provvedimenti del genere hanno il carattere di atti amministrativi adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo, in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza, e vincolati ai principi dell'ordinamento giuridico. La Corte, non nascondendosi che la forma dell'art. 2, nella sua ampia dizione, avrebbe potuto dare adito ad arbitrarie applicazioni se si fossero affermate interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte stessa, avvertì che, in tal caso, la questione sarebbe stata riesaminata. La Corte, infine, auspicò che, nell'intento di porre l'art. 2 al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione, il legislatore provvedesse ad inserire nel testo della disposizione l'espressa enunciazione dei detti canoni, ai quali i provvedimenti dovessero conformarsi, auspicando, altresì, che, nella nuova formulazione, si enunciasse l'obbligo della motivazione ed anche quello della pubblicazione nel caso in cui il provvedimento non avesse carattere individuale. Nel tempo che è trascorso da quella sentenza il testo legislativo è rimasto inalterato e, come si rileva dalle numerose copie depositate nel presente giudizio, molti Prefetti hanno emesso provvedimenti che, a parte il loro contenuto, tendono ad avere carattere di permanenza. È inoltre, sopraggiunta qualche pronuncia giurisprudenziale che non sembra conforme all'indirizzo della giurisprudenza della Magistratura ordinaria e di quella amministrativa su cui si basò la sentenza del 1956 per dare all'art. 2 l'interpretazione sopra richiamata. Essendo stata ora risolta la questione, la Corte ritiene che debba essere compiuto quel riesame di cui fu fatta espressa riserva in detta sentenza».

degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione»⁵⁸ ed aggiunse che «anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo, i provvedimenti prefettizi ex art. 2, ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimi quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni esposte fin dalla precedente sentenza»⁵⁹.

Sotto il secondo profilo, la Corte si soffermò più diffusamente sul punto, ritenuto fondamentale per la questione, della specificazione di quei principi dell'ordinamento giuridico, al cui rispetto veniva subordinata, già nella sentenza n. 8/1956, la legittimità delle ordinanze prefettizie.

In primo luogo, la Consulta riaffermò, con maggior sforzo esplicativo rispetto al diretto precedente giurisprudenziale, che «i provvedimenti prefettizi non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria. È, infatti, ovvio che l'art. 2

⁵⁸ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 4. *Considerato in diritto*.

⁵⁹ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 4. *Considerato in diritto*.

della legge di pubblica sicurezza non potrebbe disporre che, in un campo in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario, intervengano provvedimenti amministrativi in senso difforme»⁶⁰.

Tra i citati principi vanno sicuramente ricompresi i diritti e le libertà fondamentali tutelati dalla Costituzione repubblicana, come si evince dal precedente passaggio argomentativo con cui la Corte disattese l'interpretazione che l'Avvocatura dello Stato aveva dato della sentenza n. 8 del 1956, secondo cui quella decisione aveva ammesso la possibilità per il Prefetto di «emanare provvedimenti, in base all'art. 2 della legge di pubblica sicurezza, destinati a menomare l'esercizio dei diritti dei cittadini, anche se garantiti dalla Costituzione»⁶¹. Sul punto, infatti, la Consulta rilevò l'erronea interpretazione del precedente e affermò che «è, dunque, da escludere che la precedente sentenza abbia dichiarato che le ordinanze prefettizie potessero menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione: dichiarazione che sarebbe stata in netto contrasto con l'affermazione che quelle ordinanze debbono essere vincolate ai principi dell'ordinamento giuridico»⁶².

La Corte passò poi ad esaminare il limite costituito dalle riserve di legge previste dalla Costituzione, distinguendo, secondo quella che

⁶⁰ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

⁶¹ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁶² Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

è stata definita «una vera e propria *summa divisio*»⁶³, tra riserve di legge assolute e relative⁶⁴.

Con riferimento alle prime, la possibilità di intervento delle ordinanze di necessità e urgenza fu del tutto esclusa sulla base del rilievo che «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»⁶⁵.

Con riguardo alle riserve di legge relative, invece, la Corte, richiamando il suo costante orientamento sul punto, ammise il ricorso

⁶³ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 321.

⁶⁴ In senso critico rispetto a quanto di qui a poco si esporrà, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2007, p. 359, il quale afferma che «sul punto, non appare condivisibile l'impostazione accennata dalla Corte e ampiamente seguita in dottrina, circa la distinzione tra riserve assolute e riserve relative di legge, come quelle che individuano materie nelle quali rispettivamente il potere di ordinanza potrebbe esplicarsi o meno. In realtà la corretta distinzione sul punto, che peraltro si ricava da una corretta lettura della sentenza fondamentale n. 26/1961, è quella tra i casi “in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare un determinata materia (per esempio art. 13, co. 3)” e quei casi nei quali la Costituzione consente “che la legge ordinaria attribuisca all'autorità amministrativa l'emanazione degli atti anche normativi, purché la legge indichi criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito”. Quindi, anche nelle materie coperte da riserva assoluta (nelle quali perciò il potere regolamentare del Governo non può intervenire), laddove sono previsti, anche in base alla Costituzione, poteri amministrativi (ad esempio, ispezioni sanitarie, art. 14; divieti di riunioni in luogo pubblico, art. 17, etc.), sicuramente questi possono essere esercitati come poteri di ordinanza ove ve ne sia la necessità (ovviamente comprovata, e soggetta a controllo giurisdizionale)».

⁶⁵ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

alle ordinanze *extra ordinem*, a condizione che il legislatore, oltre ad individuare l'organo titolare del relativo potere, definisse anche i criteri idonei a delimitarne la discrezionalità⁶⁶.

Sulla base delle considerazioni svolte, la Consulta poté concludere, tornando alla questione di legittimità della norma impugnata, «che la omessa prescrizione, nel testo dell'art. 2, del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile - ed in realtà ha reso, di recente, possibile - un'applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomare la tutela giurisdizionale»⁶⁷ e, dunque, adottando una formula decisoria tipica delle c.d. sentenze interpretative di accoglimento⁶⁸, dichiarò

⁶⁶ Cfr. Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 5. *Considerato in diritto*, in cui la Corte scrive: «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».

⁶⁷ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

⁶⁸ Sul punto, è interessante notare, come fa A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 147, come «qui la storia delle ordinanze si lega a quella delle tecniche decisorie del giudice costituzionale. La Corte, infatti, dopo una prima sentenza interpretativa di rigetto, constatato che l'interpretazione suggerita non ha trovato accoglimento nel diritto vivente, annulla la norma nell'interpretazione già considerata incompatibile con la Costituzione, impedendo così alla prassi amministrativa ed alla giurisprudenza comune di continuare a praticarla».

l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 TULPS «nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, intesa questa espressione nei sensi sopra indicati»⁶⁹.

La su esposta decisione, subito oggetto di alcune notazioni critiche da parte della dottrina⁷⁰, ebbe il merito di chiarire alcuni

⁶⁹ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

⁷⁰ In particolare, V. CRISAFULLI, *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., il quale rivolge alla decisione alcuni rilievi critici. In primo luogo, fa notare come il ricorso al limite dei «principi dell'ordinamento giuridico» sia stato dalla Corte utilizzato senza dissipare i margini di ambiguità ed incertezza che si accompagnano alla locuzione: in tal senso, imprecisa risulterebbe la sentenza «laddove tra detti principi si fanno rientrare “quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria” (...) poiché, se è vero che molti principi dell'ordinamento sono, oggi, espressamente formulati od implicitamente desumibili da disposizioni della Costituzione, non è vera la reciproca, essendovi anche disposizioni del testo costituzionale che non pongono norme-principio, bensì norme particolarissime e addirittura a fattispecie esclusiva (...) e non vi ha dubbio che *nessuna* disposizione costituzionale, di principio o non, sia derogabile dalla legge ordinaria, e perciò, *a fortiori*, dall'esercizio di poteri di ordinanza». In secondo luogo, l'A. mette in luce l'ulteriore problema relativo alla deroga che gli atti di ordinanza comportano rispetto al principio di legalità. Quest'ultimo, infatti, sarebbe «certamente, un principio *costituzionale*, e non soltanto uno tra quei principi dell'ordinamento giuridico, alla cui osservanza, secondo la Corte, tutti gli atti amministrativi sono vincolati, e sono vincolate perciò anche le ordinanze ex art. 2»: sul punto, nota l'A., «la risposta che si legge nella sentenza è alquanto oscura». In terzo luogo, una contraddizione viene rilevata anche in rapporto al passaggio che la sentenza fa sulle riserve di legge relative, nel momento in cui afferma che «nulla vieta che nelle materie coperte da riserva soltanto relativa, “una disposizione di legge ordinaria conferisca al prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, *ma occorre che risultino adeguati limiti a questo potere*”» (il corsivo è del Crisafulli). Come l'A. puntualmente fa notare, infatti, «quali debbano essere questi limiti, la stessa Corte ha cercato di dire più volte (...): non sarebbe conforme a Costituzione una legge che abbandonasse alla piena discrezionalità dell'amministrazione il contenuto (o, secondo un'altra terminologia, l'oggetto) dei provvedimenti adottabili sulle anzidette materie». A questo punto, ha gioco facile l'A. nell'evidenziare come «non

aspetti del potere di ordinanza di necessità e urgenza, delimitandone la portata in maniera più efficace rispetto a quanto fatto con la precedente sent. n. 8/1956, ma, al contempo, lasciò in ombra altre questioni che sollevavano non pochi problemi interpretativi.

Da questo secondo punto di vista, infatti, se, da un lato, fu escluso che le ordinanze potessero avere carattere legislativo, dall'altro, il richiamo all'eventuale carattere normativo delle stesse lasciava impregiudicata la questione della loro possibile natura di fonti di rango secondario (alla stregua, cioè, di ordinari atti regolamentari dell'esecutivo⁷¹); come del pari impregiudicata rimase, nelle pronunce della Corte, la soluzione dei rapporti tra ordinanze e decreto-legge, non essendo mai stata posta, né altrimenti esaminata⁷², la specifica questione di costituzionalità dell'art. 2 TULPS sulla base della

occorre altro, per accorgersi che la formula dell'art. 2 t.u. di p.s. non soddisferebbe neppure lontanamente tali condizioni minime. L'art. 2, infatti, è poco più di una norma di competenza; prescrive chi può provvedere, ma non come, e neppure, almeno, in base a quali criteri, si dovrà o potrà provvedere; la stessa indicazione del fine risulta effettuata in termini estremamente generici, inidonei ad offrire una seria garanzia contro l'arbitrio». Sulla base dei rilievi critici svolti, l'A. conclude notando che «molto probabilmente, la prudenza della Corte nell'eliminare dal sistema quella pretesa “valvola di sicurezza” rappresentata dai poteri di ordinanza deve considerarsi eccessiva ed ingiustificata».

⁷¹ Critico rispetto a tale esito ricostruttivo, asseritamente emergente dalla sentenza n. 26 del 1961, è C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 del T.U. leggi di p.s. come testo legislativo*, cit., p. 902, il quale definisce «discutibile» la «assimilazione del potere di ordinanza alla potestà regolamentare ordinaria dell'esecutivo».

⁷² In tal senso, né esaustivo né decisivo appare il riferimento che la sentenza n. 26 del 1961 (punto 4. *Considerato in diritto*) fa ad un altro art. 77, quello dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (approvato con legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5), il quale, «richiama espressamente l'applicazione dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza; dal che», secondo la Corte, «può dedursi che l'Assemblea costituente ritenne che l'istituto non fosse in contrasto con la Costituzione».

possibile lettura dell'art. 77 Cost. quale istitutivo di una vera e propria riserva di decreto-legge per i casi di necessità e urgenza⁷³.

Un ulteriore chiarimento in merito alla prima delle evidenziate questioni si ebbe con la successiva sentenza n. 4 del 1977⁷⁴.

In quella occasione la Corte fu chiamata a giudicare della legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 40, 70, 76 e 77 Cost., dell'art. 20 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383 (testo unico delle leggi comunali e provinciali, attualmente non più in vigore), il quale, come visto in precedenza⁷⁵, prevedeva il potere prefettizio di adottare «ordinanze di carattere contingibile ed urgente in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica interessanti l'intera provincia o più comuni della medesima». In particolare, il giudizio era scaturito dall'ordinanza con cui il Prefetto di Rieti, di fronte ad uno sciopero a tempo indeterminato del personale scolastico, aveva ordinato a dodici unità del personale ausiliario di riprendere il servizio, usando dei poteri di cui al citato art. 20 e adducendo motivi di sanità sulla base del pericolo di epidemie per la mancata pulizia dei servizi igienici⁷⁶.

⁷³ Per la quale, si veda *supra*, Cap. I, par. 5.

⁷⁴ Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, p. 20 e ss., con note critiche di L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, *ivi*, p. 258 e ss. e di P. POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, *ivi*, p. 264 e ss.

⁷⁵ *Supra*, par. 2.

⁷⁶ La disposizione fu, dunque, sottoposta al giudizio della Corte sotto il duplice profilo del contrasto con «l'art. 40 Cost., incidendo sul diritto di sciopero ivi garantito, con rinvio alla sola legge per disciplinarne l'esercizio, nonché con gli artt. 70,76 e 77 Cost., a norma

Nel dichiarare la questione non fondata, il giudice costituzionale, preliminarmente, pur individuando un profilo di diversità tra l'art. 2 TULPS e l'art. 20 sottoposto al suo giudizio⁷⁷, evidenziò la comune appartenenza dei provvedimenti previsti da entrambe le disposizioni alla più ampia categoria delle c.d. "ordinanze libere"⁷⁸, il cui tratto distintivo «è, in primo luogo, che il contenuto dei provvedimenti stessi non è prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo richiesto dalle circostanze, diverse da caso a caso, che ne impongono l'emaneazione; in secondo luogo, che dette circostanze non sono, a loro volta, previste - né, di

dei quali la funzione legislativa è riservata esclusivamente al Parlamento ovvero, in particolari ipotesi (delegazione legislativa, decretazione d'urgenza), al Governo» (Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 1. *Considerato in diritto*).

⁷⁷ In quanto «mentre, infatti, nell'art. 2 non si rinviene alcuna delimitazione di materie, autorizzandosi il Prefetto, "nel caso di urgenza e per grave necessità pubblica", ad adottare "i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica", l'art. 20 del t.u. del 1934, per un verso, circoscrive il potere prefettizio a materie determinate, ancorandolo, per altro verso, ai soli motivi di sanità o di sicurezza pubblica» (Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 2. *Considerato in diritto*).

⁷⁸ L'espressione si deve, come è noto, alla riflessione dottrinale di A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 67 e ss., il quale la riferisce, però, a tutti i provvedimenti di autorità amministrative, compresi i regolamenti, che intervengono a dettare una disciplina derogatoria rispetto a quella legislativa. Inoltre, come si avrà modo di vedere nell'immediato prosieguo della trattazione e come notato da A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 148, nota 192, «il tributo all'Autore è, però, meramente terminologico (...), infatti, la giurisprudenza costituzionale esaminata non aderisce alla tesi sandulliana che tali ordinanze siano da considerare fonti del diritto se hanno i requisiti della generalità ed astrattezza e meri provvedimenti amministrativi se contraddistinti, invece, da particolarità e concretezza». Di tale tesi si è data sintetica esposizione anche *supra*, nota 45.

regola, sono prevedibili in astratto - da specifiche disposizioni di legge».

Sulla base di tale precisazione, la Corte poté ribadire quanto già ebbe a dire nelle precedenti sentenze n. 8/1956 e n. 26/1961 «e cioè che le ordinanze prefettizie, anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge»⁷⁹. Con il periodo successivo, la Consulta chiarì definitivamente che l'eventuale normatività delle ordinanze può risolversi nella loro occasionale partecipazione dei caratteri della generalità e astrattezza, ma non può mai farle assurgere a fonti, neanche secondarie, del diritto oggettivo, restando pur sempre atti amministrativi⁸⁰: come, infatti,

⁷⁹ Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 2. *Considerato in diritto*.

⁸⁰ In proposito, è possibile forse sentir risuonare l'eco di quell'autorevole insegnamento (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, VI edizione, Padova, 1993, p. 24 e ss.) che individua il criterio sostanziale per la determinazione delle fonti del diritto nella creazione, modificazione o estinzione di norme giuridiche. La norma giuridica, a sua volta, viene caratterizzata dai concetti della generalità e della astrattezza: il «concetto della norma giuridica come generale ed astratta, *nella sua forma pura*», è un «precetto avente ad oggetto una classe di situazioni assunte come possibili, e pertanto suscettibile di indefinita applicazione (generale-abstracta nel senso di “ripetibilità”)». In tal senso, «argomento decisivo si ricava riflettendo sullo schema elementare della norma, che viene per solito tradotto nei termini (ipotetici) “se c'è A, ci deve essere B”, e che ne implica dunque la generalità nell'ordine temporale, essendovi la conseguenza doverosa ricollegata ad una astratta ipotesi». Diversamente, «invece, la norma singolare o “precetto” in senso stretto si risolve nel diverso schema “*poiché c'è A, ci deve essere B*”: dove la conseguenza doverosa vale appunto – a differenza che per le norme – limitatamente alla concreta situazione assunta come condizionante. Tale situazione potrà

statuì la sentenza n. 4 del 1977, «le ordinanze ex art. 20 del t.u. comunale e provinciale, sia che si rivolgano (come nella specie è avvenuto) a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi. Non sussiste pertanto la denunciata violazione degli artt. 70, 76 e 77 della Costituzione»⁸¹.

Per quanto concerne l'altro parametro invocato, l'art. 40 Cost. – il cui testo dispone che «il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano» – la Corte rigettò la censura mossa all'art. 20 del t.u. provinciale e comunale dalla ordinanza di rimessione, la quale, richiamando la precedente sentenza n. 26/1961, assumeva che la norma fosse in contrasto con la citata disposizione costituzionale «in quanto consentirebbe l'emanazione da parte dell'autorità amministrativa di provvedimenti assolutamente discrezionali aventi ad

anche essere comune ad una pluralità di soggetti, e quindi nulla si oppone alla configurazione di precetti generali in senso sincronico (generalità, per dir così, spaziale): i quali tuttavia differiscono dalle norme, perché l'effetto non può che prodursi una volta sola (non importa, dunque, se per uno o più soggetti coesistenti nel tempo)». Non privo di interesse sembra notare che proprio il Crisafulli fu il giudice relatore della sentenza n. 4 del 1977. In merito al *dictum* della sentenza sul punto, esprime un posizione critica G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 439, secondo cui «rimane però da chiarire cosa si intenda per contenuto normativo se non la produzione di norme giuridiche (siano esse provvisorie o permanenti)».

⁸¹ Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 2. *Considerato in diritto*.

oggetto non solo la concreta limitazione di diritti fondamentali (nella specie, il diritto di sciopero) ma anche l'individuazione dei casi e delle situazioni in cui tali limitazioni possono essere disposte, materia che la Costituzione stabilisce sia disciplinata dalla legge»⁸².

Sul punto, il giudice costituzionale, dopo aver osservato che «di per sé, l'art. 20 del t.u. della legge comunale e provinciale non ha alcun necessario riferimento al diritto di sciopero, l'esercizio del quale può semplicemente rappresentare talora (come, appunto, nella specie) una delle svariatissime situazioni suscettibili di dare occasione all'adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente nelle materie dalla anzidetta disposizione indicate»⁸³, richiamò il suo costante orientamento giurisprudenziale sull'art. 40 Cost.⁸⁴ «nel senso che, non essendosi dal legislatore provveduto ad emanare le leggi regolatrici previste dalla norma costituzionale, i limiti "coessenziali" al diritto di sciopero (non meno che a qualsiasi altro: sentenza n. 123 del 1962 cit.) vanno frattanto desunti dalla legislazione vigente, se ed in quanto compatibili, beninteso, con i principi del mutato ordinamento costituzionale, ed in particolare con la garanzia direttamente apprestata dallo stesso art. 40: giacché, se così non fosse, si perverrebbe all'"assurdo di un diritto suscettibile di svolgersi per un

⁸² Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 1. *Ritenuto in fatto*.

⁸³ Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁸⁴ In particolare, sentt. n. 123 del 1969 e n. 222 del 1976 (Cfr. Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 3. *Considerato in diritto*).

tempo indeterminato all'infuori di ogni limite" (sentenza n. 31 del 1969)»⁸⁵.

Uno di tali limiti fu dalla Corte individuato, ancora ricorrendo a criteri in precedenza enunciati in numerose decisioni, nella tutela della salute e della incolumità delle persone, la quale «non può non limitare il concreto esercizio del diritto di sciopero, così come avviene per altri interessi, che trovano del pari riconoscimento nel testo costituzionale e "la cui salvaguardia, insieme a quella della sicurezza verso l'esterno, costituisce la prima ed essenziale ragion d'essere dello Stato" (sentenza da ultimo cit.). Interessi siffatti sono perciò tra quelli che devono considerarsi "assolutamente preminenti rispetto agli altri collegati all'autotutela degli interessi di categoria" (sentenza n. 123 del 1962) od a quelli che si riconnettono alle ulteriori e diverse finalità cui l'esercizio del diritto di sciopero può, in ipotesi, essere legittimamente rivolto»⁸⁶.

Sulla base delle premesse svolte e facendo applicazione degli esposti indirizzi giurisprudenziali, la Consulta concluse per la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione oggetto del suo giudizio in relazione all'art. 40 Cost., in quanto «nella perdurante assenza di nuova apposita normativa, i particolari limiti che all'esercizio del diritto di sciopero possono derivare dall'applicazione dell'art. 20 del t.u. comunale e provinciale del 1934 trovano il loro fondamento nell'art. 32 Cost., a norma del

⁸⁵ Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁸⁶ Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

quale "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività ", poiché tra i motivi legittimanti il Prefetto a provvedere con ordinanze contingibili e urgenti vi sono espressamente menzionati quelli "di sanità" (concretamente invocati nel caso de quo dall'ordinanza del Prefetto di Rieti). Ed a conclusioni analoghe deve giungersi altresì per i motivi "di sicurezza", che hanno riferimento alla integrità fisica ed incolumità delle persone e costituiscono perciò concetto diverso da quello di "ordine pubblico" (distintamente richiamato, infatti, nell'art. 2 del t.u. di p.s.): non potendosi dubitare che l'interesse alla tutela di quei beni rientri nel nucleo essenziale degli interessi generali, preminenti su ogni altro, sottostanti all'intera Costituzione e da questa perciò recepiti e garantiti (anche espressamente, attraverso l'ampia formulazione dell'art. 2 relativo ai "diritti inviolabili dell'uomo")»⁸⁷.

La giurisprudenza costituzionale esaminata si caratterizzò, dunque, per la specificazione della natura e dei limiti delle ordinanze di necessità ed urgenza all'interno dell'ordinamento costituzionale repubblicano.

In proposito, è interessante notare come, mentre l'opera di definizione giurisprudenziale della natura degli atti ordinatori *extra ordinem* seguì uno svolgimento coerente di progressiva "messa a fuoco" – quasi che la Corte facesse uso di una "lente di ingrandimento" di volta in volta più potente – nel caso dei limiti si

⁸⁷ Corte costituzionale, 12 gennaio 1977, n. 4. cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

assistette ad un fenomeno di “rifrazione” che ne “deviò”, per così dire, il corso.

Quanto al primo profilo, la giurisprudenza costituzionale “sdrammatizzò” la dibattutissima questione del carattere normativo o amministrativo delle ordinanze di necessità e urgenza. Come si evince dalle sentenze esaminate e come parte della dottrina ha rilevato, «se ci si pone nell’ottica suggerita dalle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, ci si avvede che ciò che conta davvero non è tanto il carattere normativo o meno delle ordinanze, ma il loro regime giuridico»⁸⁸. In tal senso, «il concetto di “carattere amministrativo” delle ordinanze *extra ordinem*, dunque, non va contrapposto a quello di “normatività”, come suscettibilità dell’atto di produrre conseguenze giuridiche per una pluralità di casi ed una molteplicità di destinatari, ma a quello di “fonte del diritto”, come capacità dell’atto non solo di travalicare la dimensione particolare e concreta, ma anche di innovare stabilmente l’ordinamento»⁸⁹.

Quanto al secondo profilo, invece, può riscontrarsi una qualche cesura tra la primissima giurisprudenza della Corte (sentt. n. 8/1956 e n. 26/1961) e gli esiti a cui pervenne la sent. n. 4/1977.

Nelle prime due decisioni, infatti, la Consulta contornò il potere di ordinanza del limite dei principi dell’ordinamento giuridico, il quale

⁸⁸ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 149, il quale richiama, in nota 193, l’analoga considerazione di V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2007, p. 370.

⁸⁹ A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*

comprende senza dubbio il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti dalla Costituzione, come emerge chiaramente dal già citato passo della sentenza n. 26 del 1961 con cui la Corte escluse «che le ordinanze prefettizie potessero menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione»⁹⁰, in quanto una dichiarazione in senso contrario «sarebbe stata in netto contrasto con l'affermazione che quelle ordinanze debbono essere vincolate ai principi dell'ordinamento giuridico»⁹¹.

L'ideale continuità tra le due pronunce appare, invece, come anticipato, “turbata” da quanto traspare, in filigrana, dalle affermazioni della sentenza n. 4 del 1977 in punto di limitazione del diritto di sciopero⁹². Con quella decisione, come visto in precedenza,

⁹⁰ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁹¹ Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

⁹² La decisione fu, sul punto, oggetto di numerose critiche, tra cui L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, cit., p. 258 e ss. e P. POLACCO, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, cit., p. 264 e ss., secondo i quali la pronuncia segnava un “passo indietro” della giurisprudenza costituzionale tanto rispetto al diritto di sciopero, quanto rispetto al tema dei poteri di ordinanza di necessità e di urgenza. In particolare, poi, la prima nota criticava il bilanciamento operato in astratto tra il diritto di sciopero e la tutela della salute, senza, cioè, considerare la categoria di lavoratori che concretamente esercitava il diritto di sciopero: in tal senso, quest’ultimo potrebbe essere limitato in ragione dell’interesse costituzionale alla tutela della salute non in ogni caso, ma quando a porre in essere lo sciopero siano soggetti la cui attività inerisca direttamente al bene oggetto di tutela (ad esempio, personale ospedaliero, infermieristico etc.). La seconda delle note citate, invece, appunta la sua critica soprattutto sul disconoscimento del dato costituzionale dell’art. 40 Cost., in virtù del quale il diritto di sciopero potrebbe essere limitato solo dalla legge e non anche da atti della pubblica amministrazione. Una ulteriore, più recente, osservazione si deve a A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell’ambiente*, Milano, 2004, p. 69, il quale ritiene che il caso avrebbe potuto essere risolto direttamente dal giudice *a quo*, senza sollevare questione di legittimità costituzionale, in quanto «nella vicenda di specie, la

fu ritenuto legittimo che l'ordinanza prefettizia, adottata in applicazione dell'art. 20 t.u. leggi provinciali e comunali, limitasse il diritto di sciopero sancito dall'art. 40 Cost., in quanto tali limiti trovano il loro fondamento in altri interessi di rilievo costituzionale, quali la tutela della salute di cui all'art. 32 Cost. e le ragioni di sicurezza sottese alla tutela dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.: si realizza, cioè, un bilanciamento in concreto tra diritto di sciopero, da un lato, e tutela della salute e della sicurezza, dall'altro.

Parte della dottrina ha avuto così modo di evidenziare «che il modello teorico di riferimento della struttura che il giudizio costituzionale assume quando si controverte del potere contingibile e urgente è quello ordinario della “delega di bilanciamento”⁹³, anche se corretto in funzione dell'atipicità delle ordinanze. Il giudice costituzionale, infatti, ricostruisce le condizioni alle quali il contemperamento dei contrapposti, o concorrenti, interessi di rango costituzionale può essere considerato ragionevole, rimandando al

questione poteva ben essere circoscritta alla valutazione delle scelte discrezionali del prefetto, da effettuarsi sulla base del nucleo di principi già elaborato dalla Corte. Facendo leva sul principio di adeguatezza del mezzo allo scopo, in relazione alla necessità concretamente verificatasi, il Pretore avrebbe potuto sindacare la scelta della precettazione, evidenziando la sua manifesta irrazionalità in presenza della possibile alternativa della chiusura temporanea delle scuole, più rispettosa dei principi costituzionali e idonea anch'essa a realizzare la piena tutela del fondamentale diritto alla salute». Tuttavia, è lo stesso A. che, in nota 144, osserva come tale soluzione fosse ostacolata dall'orientamento giurisprudenziale, all'epoca dominante, che negava al giudice penale (che, nel caso di specie, era giudice *a quo*) la possibilità di sindacare l'eccesso di potere dell'atto amministrativo.

⁹³ Su cui, per tutti, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 88 e ss.

sindacato giurisdizionale amministrativo della singola ordinanza *extra ordinem* la valutazione in concreto del rispetto della soglia massima di comprimibilità che viene a connotare il diritto fondamentale in considerazione delle specifiche ragioni dell'emergenza»⁹⁴.

In tale contesto interpretativo, evidente appare il “ribaltamento” della logica sottesa alla prima giurisprudenza costituzionale in punto di limiti del potere di ordinanza: se, infatti, quella giurisprudenza pareva porre anche agli atti ordinatori *extra ordinem* un vincolo di intangibilità dei diritti garantiti dalla Costituzione, che non potevano essere menomati pur in presenza di una situazione emergenziale, ora «l'impossibilità per il legislatore di tipizzare aprioristicamente il contenuto del provvedimento si traduce in un “ampliamento” della delega al giudice comune, al quale la Corte costituzionale suggerisce criteri di bilanciamento che non risultano in alcun modo ancorati alle fattispecie legislative ma che, al contrario, richiedono il diretto (nel senso, appunto, di non mediato) raffronto tra il contenuto del singolo atto di necessità ed urgenza e la dimensione *attenuata* che i diritti fondamentali possono assumere per effetto dell'emergenza costituzionale. (...) l'emergenza funziona all'interno del giudizio di costituzionalità da criterio interpretativo per giungere alla determinazione della misura *ragionevole* in cui le norme costituzionali

⁹⁴ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 335.

tollerano di essere *sostanzialmente violate* per l'adozione di interventi necessari al superamento dello stato di crisi»⁹⁵.

Sul punto si tornerà in seguito, quando si tenterà di esporre in chiave critica gli ultimi approdi di quella dottrina che ha cercato di interpretare il potere di ordinanza in senso compatibile con i principi dell'ordinamento costituzionale⁹⁶.

Nel solco tracciato dalla sentenza n. 4 del 1977 si pongono, poi, le successive sentenze del 1987, nn. 100 e 201.

Con la prima⁹⁷, la Corte giudicò della legittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. 27 febbraio 1982 n. 57 (Disciplina per la gestione stralcio dell'attività del Commissario per le zone terremotate della Campania e della Basilicata), nel testo modificato dalla l. di conversione 29 aprile 1982 n. 187, il quale, nel contesto della complessa legislazione emanata in occasione dei due gravi terremoti che nel novembre 1980 e nel febbraio 1981 colpirono vaste zone della Campania e Basilicata, disponeva la sanatoria degli eventuali vizi dei provvedimenti amministrativi adottati nelle immediatezze dei due movimenti tellurici, prevedendo che «gli atti e i provvedimenti amministrativi adottati... fra il 23 novembre 1980 ed il 31 ottobre 1981, si considerano legittimi, anche se difformi dalle norme in vigore, incluse quelle che regolano la competenza o disciplinano le

⁹⁵ A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*

⁹⁶ Vedi Cap. III, par. 4.

⁹⁷ Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, p. 764 e ss.

procedure, purch  diretti a realizzare l'attivit  di soccorso, ad assicurare servizi necessari per la collettivit  o a soddisfare esigenze primarie dei cittadini nelle zone colpite dagli eventi sismici».

Il giudice a quo (nella specie, il TAR Campania), chiamato a decidere della legittimit  di alcune ordinanze di requisizione di immobili, temporaneamente assegnati alle persone rimaste senza tetto a causa del sisma, sollev  la questione di costituzionalit  della predetta disposizione in quanto: «a) esclude ogni tutela giurisdizionale, ponendosi pertanto in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost.; b) crea una irrazionale disparit  di trattamento per le regioni considerate dalla suddetta legislazione (Campania e Basilicata) rispetto al rimanente territorio nazionale, con la conseguente violazione dell'art. 3 Cost.; c) disconosce la garanzia costituzionale della propriet  privata, violando in tal modo l'art. 42, secondo comma, della Carta fondamentale»⁹⁸.

La Corte giudic  infondata la questione in relazione a tutti i parametri evocati⁹⁹.

Preliminarmente, la Consulta evidenzi  gli esatti confini della norma impugnata, rilevandone, da un lato, il dimensionamento temporale, strettamente connesso alla fase pi  acuta dell'emergenza

⁹⁸ Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 2. *Considerato in diritto*.

⁹⁹ Si anticipa ora, e non si ritorner  sul punto nel testo, che la Corte ritenne non fondata la questione relativa all'art. 3 Cost., in quanto «  evidente come il riferimento del giudice a quo sia fuor di proposito, essendo palese la profonda eterogeneit  tra le due situazioni comparate, relative, l'una, a zone colpite dal sisma e l'altra a zone rimaste invece indenni» (Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 7. *Considerato in diritto*).

conseguente agli eventi sismici¹⁰⁰ e, dall'altro, la "fisionomia" del profilo oggettivo, relativo alla sanatoria di alcuni soltanto dei possibili vizi dell'atto amministrativo (con esclusione di quelli più gravi) e non implicante gli aspetti di tutela civilistica (in particolare, il diritto ad un congruo indennizzo) e penalistica della vicenda in esame¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cfr. Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 3. *Considerato in diritto*, in cui si legge: « Relativamente alla prima censura, che involge una questione di particolare delicatezza, è opportuno chiarire il contenuto precettivo della norma impugnata anche sulla base della giurisprudenza amministrativa, la quale, se pure esigua, risulta tuttavia la sola esistente sulla materia. In proposito è bene rilevare anzitutto che la previsione legislativa non concerne l'intero arco di tempo relativo alla situazione di emergenza causata dalle due gravissime scosse telluriche che colpirono le regioni anzidette; né tanto meno riguarda il tempo necessario alla conseguente ricostruzione (la quale è ancora in corso, come si deduce dal recente d.l. 28 febbraio 1986 n. 48 convertito in l. 18 aprile 1986 n. 119). Essa venne invece dal legislatore limitata e circoscritta alla prima fase dell'emergenza stessa, ossia a quella fase in cui più acuto fu il dramma delle popolazioni colpite e più viva quindi la necessità di immediato soccorso. Coerentemente a ciò, gli atti considerati dalla disposizione in esame sono esclusivamente quelli adottati, nell'immediatezza dei due sismi, al fine di provvedere in via d'urgenza alle fondamentali e improcrastinabili esigenze di sussistenza dei cittadini sui quali si era abbattuto il disastro tellurico. La norma non concerne pertanto gli atti con effetti esplicantisi oltre il periodo considerato e, in particolare, non è riferibile alle ordinanze emanate bensì tra il 23 novembre 1980 e il 31 ottobre 1981, ma dirette a produrre conseguenze permanenti o definitive».

¹⁰¹ Cfr. Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 4. *Considerato in diritto*, in cui si legge: « Sotto altro profilo, la ricordata giurisprudenza ha rilevato come il legislatore abbia inteso operare nel pieno rispetto dei precetti costituzionali, sicché la norma stessa va interpretata al lume e secondo il contenuto di essi, fra i quali, trattandosi di requisizioni, assume particolare rilievo quello dettato dall'art. 42, secondo comma, sulla tutela della proprietà privata. Per di più, sempre secondo detta giurisprudenza, la disposizione in esame non comprende atti che importino violazione "dei principi fondamentali e inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici": del che è stata fatta applicazione in una delle fattispecie concrete esaminate, nella quale il giudice amministrativo ha pronunciato l'annullamento di un'ordinanza di requisizione, perché priva del termine finale. Occorre ancora aggiungere che la norma si riferisce agli atti viziati da "incompetenza", sicché la c.d. sanatoria non comprende i casi in cui il vizio è talmente grave da risolversi nel difetto di attribuzione, il quale si verifica non soltanto in

Sulla base delle premesse poste, la Corte passò ad esaminare le censure sollevate contro la costituzionalità della disposizione sottoposta al suo giudizio.

La questione più delicata riguardava la dedotta violazione di quei principi fondamentali del sistema costituzionale concernenti «l'art. 24, secondo comma, il quale solennemente proclama che la difesa è diritto inviolabile, e l'art. 113, primo comma, che ne costituisce sostanzialmente specifica applicazione, secondo cui contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi»¹⁰². Sul punto, il giudice costituzionale, ricordata la necessità di rigorosa applicazione dei suddetti principi a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari, ne chiarì l'esatta portata specificando che «ciò non significa che il cit. art. 113, interpretato nel suo complesso, intenda assicurare in ogni caso contro l'atto amministrativo una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile, essendo invece rimesso al legislatore ordinario, per l'esplicito disposto del terzo comma, di

caso di invasione della sfera di competenza di un altro Potere, ma anche in quello dell'esercizio di una potestà amministrativa non spettante al complesso organizzativo in cui l'autorità procedente è inserita. Va osservato infine che la norma stessa, concernendo soltanto la legittimità amministrativa dell'atto, non menoma affatto la tutela civilistica prevista in via generale dall'ordinamento, sicché la persona la quale ha subito la requisizione conserva inalterato il diritto al congruo indennizzo, il quale, com'è *ius receptum*, deve corrispondere a un serio ristoro del nocumento subito. Da quanto sin qui detto discende chiaramente come la norma de qua non operi per tutte le cause di illegittimità, ma soltanto nel circoscritto ambito superiormente delimitato con l'implicita ovvia esclusione, espressamente indicata anche nei lavori preparatori (vedasi la Relazione sulla legge impugnata), dei fatti penalmente illeciti».

¹⁰² Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

regolare i modi e l'efficacia di detta tutela (cfr. sent. nn. 87 del 1962, 161 del 1971)»¹⁰³. Tale “flessibilità” del principio viene, però, immediatamente ricondotta dalla Corte all'interno delle “colonne d'Ercole” della ragionevolezza e dell'adeguatezza, oltre le quali si situa il “punto di rottura” del principio stesso, il quale deve, invece, essere rispettato anche nei casi di pubbliche calamità¹⁰⁴.

La Consulta concluse nel senso della sussistenza delle condizioni¹⁰⁵ che, nel caso di specie, inducevano a ritenere soddisfatti i canoni di ragionevolezza ed adeguatezza, giustificando così la

¹⁰³ Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

¹⁰⁴ Cfr. Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 5. *Considerato in diritto*, ove si legge: «è indispensabile, però, affinché il ricordato precetto costituzionale possa dirsi rispettato, che la norma, la quale si discosti dal modello accolto in via generale per l'impugnazione degli atti amministrativi, sia improntata a ragionevolezza e adeguatezza. Da tale principio non si può prescindere neppure nei casi di pubbliche calamità, che non possono mai giustificare l'inosservanza dei precetti costituzionali: ciò importa, tra l'altro, che ai sensi dei citt. artt. 24 e 113 Cost., va assicurata al privato contro gli atti della pubblica amministrazione una tutela la quale, per quanto variamente strutturata in relazione all'eccezionalità degli avvenimenti, sia pur sempre idonea a fornire una congrua garanzia, indefettibile in uno Stato di diritto, contro abusi ed eccessi. Il problema presenta aspetti di particolare delicatezza quando, come nella specie, la legge eccezionale interviene ex post, ossia concerne atti già adottati dalla pubblica autorità. Qui, invero, il controllo di costituzionalità della norma (c.d. di sanatoria) deve essere effettuato con maggior rigore, in quanto, pur non potendosi negare in linea di principio la possibilità di un siffatto intervento legislativo, è pur sempre necessario che esso sia strettamente collegato alle specifiche peculiarità del caso, tali da escludere che possa risultare arbitraria la sostituzione della disciplina generale - originariamente applicabile - con quella eccezionale successivamente emanata: la quale, per intuitive ragioni logiche, non può non essere più restrittiva».

¹⁰⁵ Già abbozzate nei primi passi della sentenza n. 100 del 1987, ai punti 3. e 4. *Considerato in diritto*, per i quali si rimanda, rispettivamente alle note 100 e 101.

legittimità costituzionale della norma in esame, la quale non poteva, perciò, dirsi in contrasto con i precetti degli artt. 24 e 113 Cost.

In particolare, a sostegno dell'assunto, la Corte addusse, da un lato, «la considerazione che i provvedimenti *de quibus* sono soltanto quelli adottati in via di estrema urgenza nell'immediatezza dei due movimenti tellurici e diretti a soddisfare, con effetti temporali limitati alla fase più acuta dell'emergenza, le più elementari esigenze di sussistenza dei cittadini colpiti dal disastro (nei casi in esame: assicurare un tetto a chi ne era rimasto sfornito); ed è quindi comprensibile che la gravissima, indifferibile necessità di realizzare lo scopo possa avere indotto a qualche irregolarità nella scelta degli strumenti giuridici»¹⁰⁶; dall'altro, rilevò che la tutela giurisdizionale era comunque garantita rispetto agli elementi fondamentali dell'atto della pubblica amministrazione¹⁰⁷, rimanendo, inoltre, del tutto inalterata l'ordinaria disciplina della corresponsione di un congruo

¹⁰⁶ Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 6. *Considerato in diritto*.

¹⁰⁷ In particolare, la Corte precisò che, in ogni caso, «il giudice amministrativo dovrà accertare nel giudizio principale: a) la sussistenza dell'attribuzione del potere di emettere i provvedimenti adottati; b) l'effettiva, reale coincidenza tra lo scopo tipico dell'atto (concernente l'opera di soccorso nei confronti delle persone rimaste senza tetto) e il suo concreto contenuto; c) il rispetto della proprietà privata secondo il disposto dell'art. 42, secondo comma, Cost.; d) l'insussistenza di un contrasto con i profili essenziali dei principali istituti giuridici, rimanendo in ogni caso ferma l'eventuale illiceità penale (nei lavori preparatori si parla appunto di vizi "formali")» (Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 6. *Considerato in diritto*).

indennizzo, accordabile dal giudice civile a compensazione del sacrificio patrimoniale subito¹⁰⁸.

Anche in questo caso, dunque, la pronuncia rimanda ad un giudizio di ragionevolezza¹⁰⁹ «e, per questa via, mostra di voler applicare alle ordinanze contingibili ed urgenti le ordinarie categorie del bilanciamento dei valori costituzionali. La limitazione delle posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, infatti, è considerata dalla Corte frutto del dimensionamento contenutistico che il diritto subisce in concreto, per effetto della situazione di emergenza, a fronte di altre istanze ugualmente dotate di rilievo costituzionale»¹¹⁰.

La sentenza esaminata fornisce, inoltre, uno spunto in ordine ai criteri a cui ancorare il giudizio di bilanciamento e di ragionevolezza in relazione al potere di ordinanza, implicitamente richiamandosi all'adeguatezza dell'ordinanza alle dimensioni territoriali e temporali

¹⁰⁸ Cfr. Corte costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100, cit., punto 6. *Considerato in diritto*. Sulla base di tale ultimo rilievo fu anche escluso il contrasto con l'art. 42 Cost. in relazione al diritto di proprietà (cfr. punto 7. *Considerato in diritto*).

¹⁰⁹ Non è questa la sede per trattare dell'affascinante e complesso tema del principio di ragionevolezza e delle sue applicazioni nel giudizio di costituzionalità, su cui, peraltro, la letteratura è vastissima. Ci si limita, pertanto, ad un rinvio agli studi monografici sull'argomento, tra i quali, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2000; ID., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

¹¹⁰ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 337.

della situazione di fatto come criterio di valutazione dell'efficacia non innovativa, ma meramente derogatoria dell'atto emergenziale¹¹¹.

Lo spunto in discorso fu esplicitamente sviluppato con la successiva e già citata sentenza n. 201 del 1987¹¹².

Il giudizio riguardava due ordinanze dell'allora Ministro per il coordinamento della protezione civile: la n. 718 dell'8 aprile 1986 (in G.U. n. 83 del 10 aprile 1986), recante “misure straordinarie e urgenti relative allo smaltimento dei rifiuti tossici e nocivi” e l'ordinanza dello stesso Ministro n. 727 del 28 aprile 1986 (in G.U. n. 102 del 5 maggio 1986), recante “disposizioni per la realizzazione degli interventi di emergenza nel territorio inquinato dai rifiuti tossici e nocivi”.

¹¹¹ In tal senso può, infatti, leggersi la già riportata affermazione della Corte (vedi nota 106), che considera costituzionalmente legittima la disposizione legislativa di sanatoria degli eventuali vizi dei provvedimenti amministrativi, adottati tra il 23 novembre 1980 ed il 31 ottobre 1981 e relativi alle attività di soccorso e assistenza nelle zone colpite dagli eventi sismici, sulla base della «considerazione che i provvedimenti *de quibus* sono soltanto quelli adottati in via di estrema urgenza nell'immediatezza dei due movimenti tellurici e diretti a soddisfare, con effetti temporali limitati alla fase più acuta dell'emergenza, le più elementari esigenze di sussistenza dei cittadini colpiti dal disastro (nei casi in esame: assicurare un tetto a chi ne era rimasto sfornito); ed è quindi comprensibile che la gravissima, indifferibile necessità di realizzare lo scopo possa avere indotto a qualche irregolarità nella scelta degli strumenti giuridici». Sul punto, cfr. anche A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*, il quale, rispetto all'evidenziato criterio, nota che «la Consulta fa di esso implicitamente uso per la prima volta proprio nella sentenza n. 100 del 1987, laddove (...) la limitazione temporale della sanatoria viene considerata prova in grado di “escludere che possa risultare arbitraria la sostituzione della disciplina generale – originariamente applicabile – con quella eccezionale successivamente emanata”». Tale ultima affermazione si ritrova al punto 5. *Considerato in diritto* della sentenza citata (vedi nota 104).

¹¹² Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, p. 1571 e ss.

Con la prima ordinanza, Il Ministro per il coordinamento della protezione civile – fatto richiamo ai poteri attribuitigli dal decreto legge 12 novembre 1982, n. 829, convertito, con modificazioni, nella legge 23 dicembre 1982, n. 938; preso atto di vari episodi di inquinamento tali da compromettere la salute pubblica, e riportati causalmente tali episodi, malgrado la ravvisata puntualità della disciplina dello smaltimento dei rifiuti contenuta nel d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915 nel determinare competenze e livelli di responsabilità, ad iniziative illecite – disposte, in relazione alla necessità e all'urgenza, e «in deroga ad ogni contraria norma», una serie di misure. Tali misure concernevano: il censimento, a cura dei prefetti, delle discariche e degli enti ed imprese che effettuano la raccolta ed il trasporto di tali rifiuti; l'obbligo, per i trasportatori autorizzati, di munirsi di apposito contrassegno, rilasciato dai prefetti previo riscontro di idoneità, a pena di gravi sanzioni, sino alla revoca dell'autorizzazione data dalla Regione; l'imposizione dell'obbligo di comunicare ai prefetti, per finalità di coordinamento, dati e relazioni sulle attività di smaltimento e di trasporto dei rifiuti.

La seconda ordinanza, invece, prevedeva che, sulla base dei dati emergenti dal suindicato censimento, fosse avviata un'opera organica di risanamento, da affidare ad una apposita struttura, individuata in una società da costituirsi a cura dell'I.R.I., e disponeva conseguentemente, la stipulazione di una convenzione con la costituenda società, avente ad oggetto verifiche tecniche di discariche,

aree di stoccaggio ed impianti di trattamento, ed interventi di emergenza e di bonifica.

I due provvedimenti furono impugnati davanti alla Corte costituzionale con ricorsi per conflitto di attribuzioni promossi dalla Provincia autonoma di Trento e dalle Regioni Friuli-Venezia Giulia e Lombardia; quest'ultima, inoltre, sollevò questione di legittimità costituzionale rispetto ad entrambe le ordinanze, espressamente richiamando l'eventualità che le stesse potessero essere considerate quali atti aventi forza di legge.

A tale ultimo proposito, la Corte dichiarò inammissibile la questione, ribadendo la natura di atti amministrativi delle ordinanze *extra ordinem*.¹¹³

Più articolata fu, invece, la decisione dei ricorsi per conflitto di attribuzioni, in relazione ai quali « le Regioni e la Provincia ricorrenti sostengono che ambedue le ordinanze sono affatto prive di fondamento legislativo, tenuto conto che i poteri con esse esercitati eccedono quelli conferiti al Ministro per il coordinamento della protezione civile dall'art. 1, comma secondo, del d.l. n. 829 del 1982 - norma espressamente richiamata nel preambolo - e quelli configurabili per situazioni di urgenza o di necessità secondo la giurisprudenza di questa Corte»¹¹⁴.

¹¹³ Cfr. Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 3. *Considerato in diritto*.

¹¹⁴ Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 4. *Considerato in diritto*.

Sul punto, la Corte colse l'occasione per ricostruire con maggiore organicità e sistematicità gli esiti della sua giurisprudenza in materia di ordinanze di necessità.

In primo luogo, la Consulta precisò che «va riconosciuto che nel nostro ordinamento costituzionale non sono individuabili clausole che autorizzino in via generale modifiche, o anche soltanto deroghe, alla normativa primaria con disposizioni relative tanto a casi singoli quanto ad una generalità di soggetti o a una serie di casi (possibili) per motivi di necessità e/o urgenza (diverse, come è ovvio, sono le ipotesi di cui agli artt. 78 e 77 Cost.)»¹¹⁵. La rilevata inesistenza di tale clausola generale non è, tuttavia, riguardata in senso assolutamente ostativo all'esercizio dei descritti poteri da parte dell'autorità amministrativa: affinché, però, tali poteri, «con effetto di deroga - ma non anche di abrogazione o di modifica - della normativa primaria»¹¹⁶, possano ritenersi ammissibili «occorre, come questa Corte ha già più volte chiarito (cfr. sentt. nn. 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956) 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»¹¹⁷.

In secondo luogo, la Corte ribadì quanto era venuta affermando con le sue precedenti decisioni in punto di limiti del potere di

¹¹⁵ Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

¹¹⁶ Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

¹¹⁷ Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

ordinanza, soggiungendo «per un verso, 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 cennati poteri deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale: cfr. sent. n. 26 del 1961); per altro verso, che, pur quando le disposizioni in parola siano estese ad una generalità di soggetti e ad una serie di casi possibili, i poteri con esse esercitati devono adeguarsi alle dimensioni, territoriali e temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare (cfr. sentt. n. 4 del 1977 e n. 100 del 1987)»¹¹⁸.

Proprio in relazione a tale ultimo requisito, la Corte individuò nella disciplina posta con le ordinanze impugnate un profilo di esorbitanza rispetto al modello prefigurato e consentito dalle pertinenti disposizioni di legge.

In particolare, il giudice costituzionale, ricostruì il quadro normativo dei poteri derogatori di necessità e urgenza attribuiti al Ministro per il coordinamento della protezione civile (richiamando anche il d.l. 12 novembre 1982, n. 829, poi convertito, con modificazioni, nella legge 23 dicembre 1982, n. 938, il cui art. 1, comma secondo, attributivo del potere di provvedere «anche in deroga alle vigenti disposizioni», era stato espressamente posto a propria base dalle ordinanze impugnate, che lo menzionavano nel preambolo); ricondusse le ordinanze in questione nell'ambito della predetta

¹¹⁸ Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

normativa, riconoscendo loro la potestà di deroga alla legislazione vigente; infine, come anticipato, ne evidenziò, tuttavia, l'esorbitanza rispetto a quanto loro consentito, in quanto «il Ministro per il coordinamento della protezione civile, con le ordinanze impugnate, ha agito al di fuori del modello di intervento di necessità e di urgenza desumibile dalle cennate fonti legislative, ivi compresa quella da esso espressamente richiamata. In realtà, lungi dall'adottare misure meramente derogatorie, sia pure riferite ad una generalità di soggetti e di casi possibili, correlate alle dimensioni spazio-temporali dell'evento straordinario assunto come legittimante (...) il detto Ministro ha introdotto nell'intero territorio dello Stato una nuova normativa a tempo indefinito concernente lo smaltimento dei rifiuti. Il mancato proporzionamento delle misure alle dimensioni territoriali, e così, implicitamente, a quelle temporali, dell'evento legittimante denuncia infatti la portata innovativa, anziché meramente derogatoria, della misura stessa»¹¹⁹.

Con tale pronuncia, dunque, la Corte, da un lato, ribadì, ulteriormente precisandone i contorni, la sua giurisprudenza sulla natura e i limiti dei poteri di ordinanza di necessità e urgenza e, dall'altro, in particolare in relazione a tali limiti, esplicitò quanto prefigurato nelle precedenti sentenze in punto di giudizio di bilanciamento e di ragionevolezza, espressamente ricollegandolo al dimensionamento spazio-temporale delle misure derogatorie disposte

¹¹⁹ Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 6. *Considerato in diritto*.

con le ordinanze in un'ottica di adeguatezza al concreto fatto emergenziale in questione.

5. *La sistemazione e la razionalizzazione del potere di ordinanza di necessità e urgenza del Governo: la legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale di protezione civile*

Nel delineato quadro normativo e giurisprudenziale si inserisce la legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale di protezione civile, nella quale il potere di ordinanza *extra ordinem* del Governo trova organica ed unitaria disciplina.

Prima di analizzare l'impatto che la citata normativa e le sue successive modificazioni hanno avuto nella vicenda del potere di ordinanza del Governo, è utile ripercorrere brevemente il percorso che condusse alla convergenza di tale potere con il servizio di protezione civile.

Si è parlato di convergenza perché, fino all'approvazione della legge 225/1992, i disegni di legge e la prima legislazione sulla protezione civile non contemplavano l'attribuzione al Governo della facoltà di adottare ordinanze in deroga alla normativa vigente.

In proposito, possono citarsi il disegno di legge presentato dal Ministro dell'Interno Scelba nel corso della prima legislatura repubblicana ed il successivo disegno di legge presentato dal Ministro Tambroni nella seconda legislatura, i quali condivisero il destino di

non riuscire a completare l'iter parlamentare prima dello scioglimento delle Camere.

Il tentativo di dettare una disciplina organica per il servizio di protezione civile trovò finalmente compimento, dopo le infruttuose iniziative legislative della terza e quarta legislatura, con la legge 8 dicembre 1970, n. 996, che vide la luce, partendo da un disegno di legge presentato dal Ministro dell'Interno Restivo, durante la quinta legislatura repubblicana. La normativa si poneva in linea di continuità con i precedenti disegni legislativi, prevedendo che lo stato di catastrofe o di calamità fosse dichiarato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, mediante il quale poteva nominarsi un commissario governativo, incaricato del coordinamento con le amministrazioni locali e della direzione per l'attuazione dei soccorsi determinati a livello ministeriale, ma privo di qualsiasi potere derogatorio di ordinanza.

Al successo legislativo, ottenuto con l'approvazione della legge 996/1970, non si accompagnò, tuttavia, un analogo successo operativo: la normativa, infatti, rimase sostanzialmente inattuata, risultando inadeguata di fronte alle esigenze poste dalle situazioni emergenziali.

Tali circostanze indussero il Governo a "battere altre strade" per ovviare alle inefficienze della disciplina legislativa: in primo luogo, fu istituita la figura del Ministro per il coordinamento della protezione civile, il quale opera su delega del Presidente del Consiglio dei Ministri e si avvale di un apposito Dipartimento della protezione

civile, organizzato in maniera stabile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri con d.P.C.M. del 14 settembre 1984; in secondo luogo, a tale Ministro furono successivamente attribuiti, con alcuni decreti-legge¹²⁰, quei poteri derogatori contingibili ed urgenti, da esercitarsi, in ossequio alla esaminata giurisprudenza costituzionale¹²¹, nel rispetto della Costituzione e dei principi dell'ordinamento giuridico, che non erano invece contemplati dalla legge 996/1970; infine, invalse la prassi di nominare, con i decreti-legge adottati in occasione di calamità naturali, un commissario governativo a cui venivano attribuiti i poteri contingibili e urgenti necessari per fare fronte all'emergenza¹²².

Tale fenomeno non mancò di suscitare l'attenzione della dottrina, la quale sollevò più di un dubbio sulla legittimità costituzionale delle ordinanze commissariali, rilevando, la, di fatto, illimitata portata dei poteri del commissario, il quale, da un lato, assommava tutte le competenze ministeriali nella gestione dell'emergenza¹²³ e, dall'altro, stante la omissione da parte del legislatore di principi e criteri direttivi a cui uniformare l'esercizio del potere di ordinanza, non era sottoposto

¹²⁰ Per la cui ricognizione, si veda M.P. SPANO-P. PINNA, *Le ordinanze del Ministro per il coordinamento della protezione civile*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1992, p. 445, nota 8.

¹²¹ Cfr. *supra*, par. 4.

¹²² Si veda, ad esempio, l'art. 1 del decreto-legge 6 novembre 1980, n. 776, con cui si disposero interventi urgenti in favore delle popolazioni della Campania e della Basilicata, colpite da violenti eventi sismici.

¹²³ Cfr. A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981, p. 168, nota 12.

ad alcun vincolo, se non al generale rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico¹²⁴.

L'emersione di poteri di ordinanza *extra ordinem* parallelamente alla vicenda legislativa della protezione civile riacutizzò, dunque, le spinose questioni che, anche dopo gli interventi della giurisprudenza costituzionale, continuavano a ruotare attorno al tema degli atti contingibili e urgenti del Governo.

D'altra parte, la previsione di poteri governativi di ordinanza aveva continuato a caratterizzare alcuni degli interventi legislativi disciplinanti particolari settori materiali: il riferimento, in particolare, è all'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, il quale dispone che «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» ed all'art. 8 della legge 3 marzo 1987, n. 59, recante «disposizioni transitorie ed urgenti per il funzionamento del Ministero dell'ambiente», a norma del quale «qualora si verificano situazioni di grave pericolo di danno ambientale e non si possa altrimenti provvedere, il Ministro dell'Ambiente, di concerto con i Ministri eventualmente competenti, può emettere ordinanze contingibili e urgenti per la tutela dell'ambiente. Le ordinanze hanno efficacia per un periodo non superiore a sei mesi».

¹²⁴ Cfr. T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, pp. 900-901.

Gli esiti del parallelo e, allo stesso tempo, divergente sviluppo della insoddisfacente legislazione di protezione civile, da un lato, e della positiva esperienza del Ministro per il coordinamento della protezione civile, dei commissari governativi e dei relativi poteri di ordinanza, dall'altro, vennero ad intersecarsi nella successiva vicenda legislativa.

Tutti i disegni e progetti di legge di riforma del sistema di protezione civile, presentati nel corso della ottava e nona legislatura, contenevano, infatti, previsioni che attribuivano al Governo un potere di ordinanza in deroga alla legge. Tuttavia, come in precedenza, anche queste iniziative legislative non si concretizzarono a causa della fine della legislatura nella quale erano state avanzate.

Finalmente, nel corso della decima legislatura, le Camere approvarono la legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale di protezione civile.

Come si è anticipato, la disciplina recata dalla citata legge «rappresenta senz'altro il tentativo più ambizioso – ancorché quello tutt'ora più controverso e discusso – di riportare al modello costituzionale, razionalizzandola alla luce dei principi e criteri enunciati dalla giurisprudenza costituzionale e comune, la prassi delle procedure d'intervento in caso di eventi eccezionali»¹²⁵.

¹²⁵ S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in M. CARTABIA-E. LAMARQUE- P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, p. 197 e ss. In termini analoghi, già quindici anni prima, a testimonianza dei perduranti problemi di inquadramento nel sistema costituzionale che pongono i poteri di ordinanza *extra ordinem*, G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità*

L'art. 1, comma 1, della legge n. 225/1992 enunciava la finalità a cui era volta l'istituzione del Servizio nazionale di protezione civile: la tutela dell'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e da altri eventi calamitosi. I commi 2 e 3, invece, individuavano nel Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega, nel Ministro per il coordinamento della protezione civile – i quali potevano avvalersi del Dipartimento della protezione civile, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – gli organi a cui erano attribuiti la promozione e il coordinamento delle attività di tutte le amministrazioni pubbliche funzionalizzate alle finalità di protezione civile.

Il successivo art. 2 introdusse, poi, una suddivisione degli eventi giustificanti l'intervento del servizio di protezione civile, distinguendoli in tre categorie: a) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria; c) calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari.

ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale, in Giurisprudenza Costituzionale, 1995, p. 2185 e ss.

Proprio in relazione a tale ultima “classe” di eventi, l’art. 5 (rubricato “*Stato di emergenza e potere di ordinanza*”) prevede la possibilità di esercitare poteri di ordinanza in deroga alla legge.

In particolare, il comma 1 della predetta disposizione stabilisce che «al verificarsi degli eventi di cui all’articolo 2, comma 1, lett. c), il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell’articolo 1, comma 2, del Ministro per il coordinamento della protezione civile, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi. Con le medesime modalità si procede alla eventuale revoca dello stato di emergenza al venir meno dei relativi presupposti».

La deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri costituisce il presupposto per l’attivazione del potere di ordinanza *extra ordinem*: il comma 2 dell’art. 5 dispone, infatti, che «per l’attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione di cui al comma 1, si provvede (...) anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico», con l’ulteriore vincolo contenutistico di cui al comma 5, a tenore del quale «le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti devono contenere l’indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate».

In merito alla esposta disciplina, una parte della dottrina ha salutato con favore la descritta sequenza procedimentale, che

distingue «sul piano anche esteriore e giuridico, tra dichiarazione del presupposto e ordinanze che, a causa del presupposto, fronteggiano la situazione di emergenza»¹²⁶. La prescrizione viene giudicata opportuna sulla base di una pluralità di considerazioni: «anzitutto, impone all'autorità di esaminare separatamente i due momenti, quello dell'accertamento dello stato di emergenza e quello dell'adozione delle misure necessarie per fronteggiare tale stato una volta accertato; poi consente agli interessati di difendersi più ordinatamente, ora aggredendo la dichiarazione (perché ad es. non conforme ai fatti), ora le ordinanze conseguenti; in terzo luogo, la distinzione aiuta anche i giudici nella loro opera di controllo»¹²⁷.

Altra parte della dottrina ha, invece, rimarcato come le laconiche previsioni contenute nell'art. 5 pongano delicate questioni interpretative e ne ha proposto una possibile soluzione¹²⁸.

In particolare, per quanto concerne l'instaurazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri, non ne sarebbe chiara la natura, dichiarativa o costitutiva, ed i conseguenti effetti, atteso il contraddittorio utilizzo del verbo «delibera», di cui al comma 1 dell'art. 5, e del sostantivo «dichiarazione», di cui al successivo

¹²⁶ G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., p. 2191.

¹²⁷ G.U. RESCIGNO, *op. e loc. ult. cit.*

¹²⁸ Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 176 e ss.

comma 2, entrambi riferiti alla suddetta determinazione del Consiglio dei Ministri sullo stato di emergenza.

La differenza non sarebbe di poco momento, poiché «nel primo caso, il provvedimento consiliare assume una mera funzione ricognitiva e certificativa del ricorrere di alcuni presupposti di fatto, che da soli legittimano l'attivazione del potere di ordinanza. Nel secondo, invece, la deliberazione del Consiglio dei Ministri assume la diversa e più pregnante funzione di qualificare la situazione di fatto ai fini della costituzione degli effetti che l'ordinamento ad essa riconnette»¹²⁹.

Per la dottrina che si espone, l'interpretazione preferibile sarebbe proprio quella sottesa al secondo dei casi prospettati: l'atto con cui il Consiglio dei Ministri delibera lo stato d'emergenza avrebbe, dunque, natura costitutiva. L'assunto viene fondato su due concorrenti ragioni, una di ordine letterale ed un'altra di ordine sistematico.

La prima attiene, infatti, alla formulazione dell'art. 5, comma 1, il quale «affida al Consiglio dei Ministri il compito di deliberare lo stato di emergenza “determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla *qualità* ed alla natura degli eventi” [corsivo dell'A.], lasciando intendere che l'adozione dell'atto impone la qualificazione dell'evento calamitoso in ordine alla necessità di fronteggiarlo mediante l'attivazione del potere di necessità e urgenza»¹³⁰.

¹²⁹ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 177.

¹³⁰ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, pp. 177-178.

La seconda ragione, riposa, invece, sulla considerazione degli effetti «che discendono dall'atto in questione e, in *primis*, della capacità derogatoria delle ordinanze di cui lo stato di emergenza costituisce il fondamento. Lo stato di emergenza, infatti, abilita il Governo ad incidere, attraverso le ordinanze contingibili e urgenti, non solo su quel qualificante aspetto dell'ordinamento costituzionale che è rappresentato dal principio di legalità, ma anche a comprimere (...) i diritti fondamentali e gli ambiti di autonomia costituzionalmente riconosciuti agli enti territoriali»¹³¹. Da ciò discende che la deliberazione dello stato di emergenza implica necessariamente una «valutazione sull'esistenza di una situazione tale da rendere necessaria una così profonda alterazione del sistema costituzionale»¹³², che sia frutto di «un processo di interpretazione della costituzionalità complessiva dell'ordinamento, teso ad accertare l'esistenza di una condizione emergenziale che (...) giustifichi la compressione degli stessi spazi di autonomia e libertà garantiti dalla Costituzione»¹³³.

¹³¹ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 178. Sull'aspetto della compressione dei diritti fondamentali si è avuto modo di dire, quando si è esposta la giurisprudenza costituzionale sui limiti del potere di ordinanza (vedi *supra*, par. 4). Sugli altri, importantissimi, aspetti che vengono in rilievo (principio di legalità e compressione degli ambiti di autonomia degli enti territoriali) si dirà, in chiave critica, nel prosieguo della trattazione (vedi *infra*, Cap. III)

¹³² A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*, il quale prosegue precisando che «poiché lo stato d'eccezione che la deliberazione dell'emergenza determina ha natura conservativa, non essendo preordinato all'instaurazione di un diverso ordine costituzionale, ma necessitato dalla difesa di quello esistente, ne deriva che le condizioni giuridiche per la sua ammissibilità devono essere rinvenute all'interno dell'ordinamento costituzionale».

¹³³ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, pp. 178-179. Per completezza, si riporta l'intero passo che segue a quelli riportati nel testo: «È, dunque, al significato da attribuire alle norme

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

costituzionali sul sistema delle fonti, sui diritti e le libertà fondamentali e sulle forme di autonomia territoriale che bisogna guardare, interpretandole, per comprendere quali sono le condizioni nel rispetto delle quali quelle stesse norme tollerano di vedere costretta la propria ordinaria capacità regolativa della realtà sostanziale. Ed è solo al compimento di questa operazione ermeneutica, e solo se essa abbia esito positivo, che può fare seguito la produzione degli effetti che la legge ricollega allo stato di emergenza, primo fra tutti il dispiegamento della forza derogatoria delle ordinanze governative. La messa in moto dello stato di eccezione conservativo, conseguentemente, non può essere il frutto di una mera situazione di fatto ma presuppone la qualificazione giuridica di quella situazione in termini di condizione costituzionalmente riconosciuta per la paralisi parziale dell'ordinaria forza prescrittiva delle norme costituzionali interessate. Se così non fosse cesserebbe la premessa che ci si muove all'interno dei confini segnati dall'ordine costituito perché bisognerebbe ammettere che la sospensione dell'ordinamento costituzionale avvenga sulla base di premesse fattuali su cui il medesimo non esercita alcuna funzione regolativa e/o di controllo. La deliberazione dello stato di emergenza è proprio lo strumento attraverso cui si esercita questo controllo e questo rende ragione del perché i suoi effetti sono costitutivi e non meramente dichiarativi, da esso dipendendo la stessa configurabilità costituzionale del potere d'ordinanza in termini conservativi».

spersonalizzato alla conservazione dell'ordinamento costituzionale nelle situazioni emergenziali»¹³⁴.

Proseguendo con l'analisi della disciplina del potere di ordinanza contenuta nella legge n. 225/1992, occorre evidenziare che l'art. 5 comma 3 contempla una seconda tipologia di ordinanze, prevedendo che «il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'art. 1, comma 2, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, può emanare altresì ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose. Le predette ordinanze sono comunicate al Presidente del Consiglio dei Ministri, qualora non siano di diretta sua emanazione». La disposizione, dalla quale emerge la dimensione anche preventiva dell'attività di protezione civile, da un lato, fornisce importanti indicazioni per risolvere alcuni problemi ermeneutici relativi alla titolarità, in generale, del potere di ordinanza di protezione civile e, dall'altro, pone a sua volta dei dubbi interpretativi.

Sotto il primo profilo, la lettera della norma, a differenza del precedente comma 2, individua gli organi titolari del potere di ordinanza nel Presidente del Consiglio dei Ministri o nel Ministro da lui delegato e la concorde dottrina¹³⁵ ha letto l'espressione «altresì» nel senso che unicamente ad essi sia attribuito il suddetto potere (nel

¹³⁴ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 179. Sul punto si ritornerà più avanti, quando si esamineranno, in senso critico, i complessivi esiti interpretativi sul potere di ordinanza a cui giunge la dottrina che si è qui esposta.

¹³⁵ Si veda, per tutti, M. MALO-F.S. SEVERI (a cura di), *Il servizio nazionale di protezione civile. Legge 24 febbraio 1992, n. 225 e norme collegate*, Torino, 1995, p. 81.

senso, cioè, e salvo quanto si dirà in ordine alla delega commissariale di cui all'art. 5, comma 4, che agli organi citati spetti il potere di ordinanza in tutte le sue espressioni, tanto nel caso del comma 2, quanto nel caso del comma 3).

Sotto il secondo profilo, invece, la disposizione, per l'attivazione del potere di ordinanza ivi contemplato, non fa cenno alla previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e tale circostanza ha sollevato un dibattito in dottrina circa la necessità o meno del provvedimento consiliare per il ricorso alle ordinanze di cui al comma 3. A sostegno della opzione interpretativa negativa, alcuni hanno fatto leva sul dato letterale dell'omesso riferimento al provvedimento consiliare¹³⁶, mentre da altri si è addotto che con la necessità della previa delibera del Consiglio dei Ministri contrasterebbe, da un lato, la finalità cautelare delle ordinanze in questione e, dall'altro, la previsione della loro eventuale comunicazione al Presidente del Consiglio, che non avrebbe ragion d'essere qualora l'attivazione del potere ordinatorio fosse stata preceduta da una deliberazione collegiale¹³⁷. Altra parte della dottrina, invece, anche sulla base di un orientamento espresso dal Consiglio di Stato in sede consultiva¹³⁸, ha optato per l'interpretazione

¹³⁶ Cfr. L. GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile: commento alla legge 24 febbraio 1992, n. 225*, Milano, 1993, p. 96.

¹³⁷ Cfr. G. CARUSO, *Protezione civile e potere di ordinanza: note sull'art. 5 l. 225/92*, in *Foro italiano*, 1992, p. 3054.

¹³⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione I, 21 ottobre 1992, nn. 2257/C2 e 2701/C2, secondo cui militano a favore della previa deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri sia l'argomento topografico, basato sulla disciplina delle ordinanze cautelari all'interno dell'articolo 5, rubricato "*Stato di emergenza e potere di ordinanza*",

che ritiene necessaria, anche per le ordinanze dell'art. 5, comma 3, la delibera del Consiglio dei Ministri, in quanto «nel caso delle ordinanze cautelari come in quello delle ordinanze per l'attuazione delle misure per fronteggiare l'urgenza calamitosa, la deliberazione dello stato di emergenza assolve l'imprescindibile funzione di *qualificare* giuridicamente la situazione di fatto ai fini del controllo e dell'esplicitazione delle ragioni per cui, in quelle determinate circostanze, lo stato d'eccezione conservativo viene ritenuto compatibile con l'ordinamento costituzionale»¹³⁹.

Di particolare rilievo, in ragione delle sue ricadute sull'evoluzione del potere di ordinanza *extra ordinem* del Governo, è, poi, la previsione del già citato comma 4 dell'art. 5, il quale dispone che «il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'art. 1, comma 2, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, per l'attuazione degli interventi di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, può avvalersi di commissari delegati. Il relativo provvedimento di delega deve indicare il contenuto della delega dell'incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio».

sia l'argomento sistematico, fondato sulla considerazione che il carattere derogatorio, proprio anche delle ordinanze di cui al comma 3, comporterebbe la necessaria assunzione di responsabilità politica da parte del Governo. In senso contrario al carattere derogatorio delle ordinanze di cui al comma 3 dell'art. 5, invece, S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, cit.

¹³⁹ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 182.

Come già la prima dottrina successiva all'entrata in vigore della legge n. 225/1992 ebbe modo di notare¹⁴⁰, la sequenza prefigurata dalla disciplina dell'art. 5 può strutturarsi secondo le seguenti modalità: 1) deliberazione da parte del Consiglio dei Ministri dello stato di emergenza (che assume la forma del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri¹⁴¹); 2) ordinanza del Presidente del Consiglio o del Ministro da lui delegato, che deve contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e che può: a) sia provvedere direttamente in deroga al diritto vigente, nel rispetto dei principi dell'ordinamento, nominando anche uno o più commissari delegati per l'attuazione esecutiva degli interventi necessari, b) sia limitarsi ad indicare le norme derogabili, attribuendo al commissario delegato il potere di adottare i provvedimenti concretamente derogatori del diritto vigente (i quali, dunque, sarebbero sostanzialmente delle ordinanze di necessità e urgenza).

In questo ultimo caso, quindi, l'ordinanza-“base”¹⁴² del Presidente del Consiglio si atteggia a norma sulla produzione, che non

¹⁴⁰ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., p. 2192 e ss.

¹⁴¹ In proposito, vanno segnalate le perplessità espresse da G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, pp. 2190-2191, il quale fa notare come non sia chiaro «in base a quale norma la dichiarazione dello stato di emergenza deliberata dal Consiglio dei Ministri non sia emanata con decreto del Presidente della Repubblica (come vuole l'art. 1, comma 1, lett. ii), della legge 12 gennaio 1991, n. 13, per tutte le deliberazioni del Consiglio dei Ministri) e venga invece emanata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri».

¹⁴² In termini di «ordinanza-“madre” con cui il Presidente del Consiglio in persona delega uno o più Commissari straordinari all'adozione a “cascata” di una catena – non

deroga ad alcuna norma e si limita ad indicare le norme derogabili, mentre la deroga vera e propria viene disposta dai singoli provvedimenti commissariali; in tal modo, tra questi ultimi e la prima ordinanza può instaurarsi un rapporto di gerarchia, in cui gli atti del commissario devono agire nell'ambito segnato dall'ordinanza del Presidente del Consiglio¹⁴³.

La norma, insomma, pone le premesse per la creazione (che si è poi, infatti, effettivamente realizzata nella prassi) di microsistemi emergenziali, derogatori del diritto ordinariamente vigente, delle "isole" normative, separate dalla "terraferma" del diritto ordinario e ad essa collegate dal "ponte" del rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Va, infine, fatto cenno ai problemi interpretativi sollevati dal già citato comma 5 dell'art. 5, legge n. 225/1992, il quale prevede che «le ordinanze emanate in deroga alle norme vigenti devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate».

Già la prima dottrina che si era occupata della disposizione rilevò «la strana formulazione logico-linguistica del comma»¹⁴⁴, che, da un lato, inizia riferendosi alle ordinanze *in deroga* alla legge, sembrando

predefinita né astrattamente predefinibile – di ordinanze "figlie"» si esprime, invece, S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, cit.

¹⁴³ Cfr. G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 2194.

¹⁴⁴ G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 2193.

alludere ad atti «che contengono effettivamente contenuti prescrittivi che derogano ad una o più leggi»¹⁴⁵ e, dall'altro, prosegue con l'imposizione a quelle stesse ordinanze dell'obbligo di indicare le principali norme a cui *si intende derogare*, facendo pensare «a un atto che non contiene ancora disposizioni deroganti, ma che dichiara l'intenzione di derogare, e dunque indica quali leggi sono *derogabili*, anche se non ancora derogate. In sintesi, nel comma si fa confusione tra deroga (in atto) e derogabilità (e cioè possibilità di deroga)»¹⁴⁶.

Per quanto attiene, poi, all'onere motivazionale di cui al detto comma 5, la medesima dottrina evidenziò come la lettera della disposizione potesse indurre a ritenere che di tale onere l'autorità emanante fosse gravata solo in caso di ordinanze derogatorie rispetto alla legge e non anche rispetto ad atti sub legislativi. Tuttavia, questa interpretazione strettamente letterale sarebbe in contrasto con i requisiti che la Corte costituzionale, con la sua giurisprudenza, ha imposto alle ordinanze *extra ordinem* ai fini della compatibilità con l'ordinamento: in tal senso, «tutte le ordinanze di necessità e urgenza, qualunque sia il loro contenuto, vanno motivate»¹⁴⁷.

¹⁴⁵ G.U. RESCIGNO, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁴⁶ G.U. RESCIGNO, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁴⁷ G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, pp. 2196-2197, il quale si spiega l'ambigua formulazione della disposizione con la considerazione che «verosimilmente il comma 5 è frutto di una cattiva tecnica redazionale: esso unisce due aspetti separabili (...): il legislatore voleva imporre alle ordinanze di indicare le leggi derogabili o derogate; voleva poi imporre l'obbligo della motivazione. Le due cose non sono coestensive: e infatti possiamo prevedere ordinanze che derogano non a leggi ma a regolamenti, epperò vanno ugualmente motivate. Avendo messo insieme le due prescrizioni, la lettera suggerisce di

Da ultimo, va segnalato che anche recente dottrina ha sul punto evidenziato che la previsione «non chiarisce in alcun modo quali sono gli aspetti in relazione ai quali l'obbligo di motivazione esplica la propria forza cogente e se vi sia un legame tra indicazione delle norme da derogare ed esplicitazione delle ragioni di fatto e di diritto che sorreggono il provvedimento (in particolare, se l'ordinanza debba o meno motivare sul perché l'emergenza non poteva essere affrontata nel rispetto delle norme che si è deciso di derogare)»¹⁴⁸.

Va ricordato, infine, che, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 127 del 1995¹⁴⁹, il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (“Conferimento di funzioni amministrative dello Stato alle Regioni ed agli Enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59), stabili, con l'art. 107, comma 1, lett. b) e c), che dovessero essere adottate d'intesa con la Regioni interessate, rispettivamente, sia la deliberazione e la revoca dello stato d'emergenza, sia le conseguenti ordinanze di protezione civile.

concludere che vanno motivate solo le ordinanze che derogano o intendono derogare a leggi: questa interpretazione, possibile secondo lettera, è incostituzionale».

¹⁴⁸ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 185.

¹⁴⁹ Della quale si dirà diffusamente in seguito (vedi *infra*, Cap. III, par. 1).

6. *Torsioni e distorsioni: le successive modifiche alla legge n. 225/1992 e la trasformazione della fisionomia originaria del potere di ordinanza extra ordinem*

Il descritto impianto normativo della legge n. 225/1992 ha subito, nei primi anni duemila, una serie di interventi legislativi che hanno profondamente inciso sulla fisionomia del Servizio nazionale di protezione civile e sul relativo potere di ordinanza in deroga al diritto vigente.

In primo luogo, va però segnalata la vicenda relativa all'organizzazione amministrativa della protezione civile.

Con il decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 ("Riforma dell'organizzazione del Governo a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59") era stata disposta la soppressione del Dipartimento istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (di cui all'originario art. 1, comma 3, della legge 225/1992) e la contestuale istituzione di una Agenzia di protezione civile, sottoposta alla vigilanza e controllo del Ministro dell'Interno ed alla verifica di gestione della Corte dei Conti, alla quale venivano trasferiti i relativi compiti tecnico-scientifici e operativi e le relative funzioni¹⁵⁰. In virtù dell'art. 81, comma 1, lett. c), n. 2), del d.lgs. 300/1999, all'Agenzia

¹⁵⁰ In particolare, nell'Agenzia, dotata di autonomia regolamentare, amministrativa, finanziaria, patrimoniale e contabile, venivano concentrate le funzioni ed i compiti di protezione civile fino a quel momento svolti da tre diversi complessi amministrativi: 1) la Direzione generale della protezione civile e il Servizio antincendi, istituiti presso il Ministero dell'Interno; 2) il Dipartimento della protezione civile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri; 3) il Servizio sismico nazionale.

veniva, inoltre, affidata la predisposizione delle ordinanze *extra ordinem* di protezione civile, di cui all'art. 5, commi 2 e 3, della legge n. 225/1992, la cui emanazione spettava al Ministro dell'Interno (organo attributario dei poteri di ordinanza in materia di protezione civile, a norma dell'art. 14, comma 1, del predetto d.lgs. 300/1999)¹⁵¹.

L'esposta riforma rimase, tuttavia, inattuata per l'intervento del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343 (convertito, con modificazioni, nella legge 9 novembre 2001, n. 401), il cui art. 1 dispose l'abrogazione di tutte le norme relative all'Agenzia di protezione civile e sottrasse il relativo potere di ordinanza al Ministro dell'Interno¹⁵², ripristinando così le competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Dipartimento presso la Presidenza del Consiglio.

¹⁵¹ Come evidenziato da G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. n. 2/2011, disponibile al sito web www.osservatoriosullefonti.it, p. 24 e ID., "Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile al sito web www.forumcostituzionale.it, pag. 30, il senso della riforma era quello di «costituire una struttura indipendente che, sulla base di valutazioni puramente tecniche, fronteggiasse i casi eccezionali in materia di calamità naturali ed emergenze ambientali». In tal senso, si veda anche A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 188, secondo cui «attraverso queste norme, dunque, la riforma, per un verso, razionalizzava, concentrandole nella nuova struttura, le competenze prima dislocate tra la Presidenza del Consiglio (dove operava dal 1982 il Dipartimento della protezione civile) e Ministero dell'Interno (...), per l'altro, dava all'esercizio delle competenze in materia di protezione civile un assetto maggiormente rispondente al progressivo affermarsi del principio di separazione tra politica e amministrazione».

¹⁵² La legge di conversione n. 401/2001, tuttavia, modificando l'art. 5 del d.l. 343/2001 (significativamente rubricato "*Competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile*") introdusse la possibilità per il Presidente del Consiglio di delegare tali competenze proprio al Ministro dell'Interno, sostituendolo alla ormai scomparsa figura del Ministro per il coordinamento della protezione civile.

La già citata legge di conversione n. 401/2001 introdusse, poi, alcune disposizioni che rafforzarono ulteriormente il ruolo della Presidenza del Consiglio nell'ambito delle attività di protezione civile: in primo luogo, al comma 1 dell'art. 5 del d.l. 343/2001 fu inserita l'espressa attribuzione al Presidente del Consiglio della determinazione delle politiche di protezione civile e dei poteri di ordinanza in materia¹⁵³; in secondo luogo, nello stesso art. 5 fu inserito un comma 4-ter, che affidava al Dipartimento della protezione civile i compiti di predisposizione delle ordinanze *extra ordinem* di protezione civile.

6.1. (segue): *Profilo soggettivo: il decreto-legge n. 245/2002 e la “torsione monocratica” del potere di ordinanza del Governo*

Un ruolo decisivo, nell'imprimere una netta “torsione monocratica” al potere di ordinanza di protezione civile del Governo, fu svolto, però, soprattutto dal decreto-legge 4 novembre 2002, n. 245 (convertito, con modificazioni, nella legge 27 dicembre 2002, n. 286).

L'art. 3 del citato decreto-legge stabilì, infatti, che, per i casi di cui all'art. 2, comma 1, lettera c), della legge n. 225/1992¹⁵⁴, qualora

¹⁵³ Non è privo di rilievo notare come, nell'ottica dell'evidenziato rafforzamento della Presidenza del Consiglio in relazione alla protezione civile, la rubrica del citato art. 5 recitasse “Competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile”.

¹⁵⁴ Cioè a dire, «calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari».

ricorresse l'eccezionalità della situazione emergenziale, da valutare in relazione al grave rischio di compromissione dell'integrità della vita, il Presidente del Consiglio dei Ministri, anche prima ed a prescindere dalla deliberazione dello stato di emergenza¹⁵⁵, potesse disporre con proprio decreto, su proposta del Capo del Dipartimento della protezione civile e sentito il Presidente della regione interessata, il coinvolgimento delle strutture operative nazionali del Servizio nazionale della protezione civile per fronteggiare l'emergenza.

In tale eventualità, poteva trovare applicazione il disposto del precedente art. 2 del decreto-legge n. 245/2002, il quale attribuiva al Capo del Dipartimento della protezione civile la facoltà di valersi dei poteri di ordinanza in deroga al diritto vigente, di cui al comma 2 dell'art. 5 della legge n. 225/1992, adottando gli indispensabili provvedimenti per assicurare ogni forma di tutela agli interessi pubblici primari delle popolazioni interessate e il concorso immediato delle Amministrazioni e degli enti pubblici, nonché di ogni altra istituzione, organizzazione e soggetto privato il cui apporto possa comunque risultare utile per il perseguimento degli interessi pubblici, assumendo altresì ogni ulteriore determinazione per il soccorso e l'assistenza alle popolazioni interessate.

L'esposta normativa, in sostanza, accentrava nella figura del Presidente del Consiglio le fasi salienti del procedimento di attivazione dei poteri di ordinanza in deroga di protezione civile:

¹⁵⁵ Deliberazione che, come si ricorderà, a norma dell'art. 5, comma 1, della legge n. 225/1992, viene adottata dal Consiglio dei Ministri (vedi *supra*, par. 5).

veniva meno, infatti, la necessità della previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, potendo invece bastare il decreto presidenziale con cui si disponeva il coinvolgimento delle strutture della protezione civile¹⁵⁶; come visto, poi, l'adozione dei provvedimenti *extra ordinem* era attribuita al Capo del Dipartimento della protezione civile, il quale, inquadrato nella struttura organizzativa della Presidenza del Consiglio e, dunque, a stretto contatto con il Presidente del Consiglio, esercita il

¹⁵⁶ Cfr., sul punto, R. ZACCARIA-E. ALBANESI, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 2231 e ss., secondo cui (p. 2242), ad ogni modo, *nulla quaestio* si pone in relazione alla fattispecie in discorso: «rispetto alla l. n. 225 del 1992 il depotenziamento dei presupposti formali appare infatti compensato da una previsione maggiormente restrittiva dei presupposti sostanziali» (cioè, l'eccezionalità della situazione emergenziale, da valutare in relazione al grave rischio di compromissione dell'integrità della vita). In senso decisamente critico, invece, S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, cit., che sottolinea «la deriva "personalistica" cui sembra andare incontro siffatto eccezionale potere con l'apertura dell'art. 5, l. n. 401/2001, simbolicamente rubricato *Competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile*, il quale, in una materia talmente delicata e complessa, parrebbe assegnare una primaria posizione al Presidente del Consiglio in persona anziché (come pure dovrebbe normalmente essere...) al Governo collegialmente inteso. (...). Né suona più di tanto rassicurante – rispetto a tale, obiettivamente inusitata, concentrazione di poteri in capo al *Premier* – la considerazione che il rimpiazzo dell'originaria deliberazione *collegiale* con la *personale* dichiarazione presidenziale motivata dall'eccezionale rischio di compromissione di interessi primari di cui al cit. art. 5, comma 1 (il depotenziamento degli originari presupposti formali, cioè) venga corrispondentemente compensato dal d.l. con la maggiormente restrittiva previsione di quelli sostanziali: non confortante nel metodo (l'eccezionale emergenza richiedendo, casomai, l'esatto contrario di una decisione ponderata da un sol uomo, per quanto saggia e illuminata potrebbe dimostrarsi); ma neppure nel merito, ben poco garantista, in tal senso, dimostrandosi la previsione, rispettivamente, dell'obbligo del Presidente del Consiglio di "sentire" semplicemente il Presidente della Regione interessata e del riconoscimento del conseguente potere d'ordinanza al solo Capo del Dipartimento della Protezione civile».

relativo, rilevante, potere in assenza di qualsivoglia responsabilità politica¹⁵⁷.

6.2. (segue): *Profilo oggettivo: il decreto-legge n. 343/2001 e l'ampliamento ai c.d. "grandi eventi" del novero delle situazioni in cui è possibile attivare i poteri derogatori extra ordinem*

Se dal punto di vista soggettivo si assistette ad una concentrazione del potere di ordinanza di protezione civile, dal punto di vista oggettivo, gli interventi normativi di inizio millennio determinarono uno straordinario ampliamento del novero delle situazioni in cui poter fare ricorso alle ordinanze *extra ordinem*.

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 5-bis, comma 5, del già citato decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, introdotto in sede di conversione dalla legge 9 novembre 2001, n. 401.

La disposizione ha esteso l'applicazione dell'art. 5 della legge n. 225/1992, relativo ai poteri di ordinanza in deroga al diritto vigente, «anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti

¹⁵⁷ Si sofferma sul punto ancora S. AGOSTA, *op. ult. cit.*, il quale rimarca che «si dà pure luogo ad una sorta di "eccezione nell'eccezione". E, cioè, ad un accentramento di potere tanto più grave in quanto: a) perseguito sulla base di un'unilaterale dichiarazione presidenziale, appunto, dell'eccezionale "compromissione dell'integrità della vita" (in luogo della collegiale deliberazione dello stato d'emergenza da parte del Consiglio dei Ministri); b) riconosciuto in favore di un soggetto sciolto da qualsiasi vincolo di responsabilità politica (che non sia, insomma, il mero rapporto fiduciario col Presidente del Consiglio)».

nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza».

La riconduzione della nebulosa categoria dei c.d. “grandi eventi” alla logica dei poteri derogatori di ordinanza di protezione civile ha suscitato non poche perplessità in dottrina.

In primo luogo, ci si è chiesti¹⁵⁸ se il “grande evento” sia una *species* del *genus* “calamità naturali”, rientrante, quindi, tra i presupposti contemplati dalla l. n. 225/1992, oppure un *genus* a parte, a cui sono però ricollegati gli stessi effetti straordinari previsti dalle norme sui poteri *extra ordinem* di protezione civile. La soluzione della questione viene individuata nella possibile riconduzione o meno della categoria dei “grandi eventi” all’interno dei presupposti elencati all’art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 225/1992: in particolare, all’ambito della categoria residuale degli “altri eventi” che (insieme con le “calamità naturali” e le “catastrofi”), per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari.

Secondo una prima lettura, la categoria dei “grandi eventi” costituirebbe una esplicitazione della categoria “altri eventi”, rispondendo alla medesima logica emergenziale e giustificando, così, l’identità di disciplina.

¹⁵⁸ Cfr., in particolare, G. MARAZZITA, *L’irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, cit., p. 24 e ss. e ID., *“Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza”*, cit., pag. 29 e ss.

Tale ricostruzione non appare, però, aderente né al dato normativo letterale, né al dato che viene restituito dalla concreta esperienza della prassi.

Sotto il primo profilo, può notarsi come sia la stessa formulazione dell'art. 5-bis, comma 5, della novella del 2001 a distinguere i “grandi eventi” da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza. Tra questi ultimi, si badi, sono, però, ricompresi proprio quegli “altri eventi” a cui la prima tesi esposta vorrebbe, con evidente esito contraddittorio, ricondurre la categoria dei “grandi eventi”¹⁵⁹.

Sotto il secondo profilo, la dottrina ha evidenziato come, nella quasi totalità dei casi, la dichiarazione di grande evento, con la conseguente attivazione dei poteri di ordinanza di protezione civile, sia stata giustificata sulla base di: «problematiche organizzative legate alla presunzione che l'evento determini una grande affluenza di persone, tale da rendere necessaria la predisposizione di strutture adeguate ad ospitare ed alloggiare i partecipanti all'evento, nonché i

¹⁵⁹ Cfr., sul punto, R. ZACCARIA-E. ALBANESI, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, cit., p. 2241, secondo cui «a conferma dell'estraneità dei “grandi eventi” dall'area dell'emergenza sta il fatto che il presupposto formale che la legge prevede con riferimento all'esercizio del potere di ordinanza per la gestione dei “grandi eventi” è una mera dichiarazione di grande evento, adottata dal Consiglio dei ministri. Cosa ben diversa, dunque, dalla delibera dello stato di emergenza di cui all'art. 5, comma 1, della l. n. 225 del 1992»; S. AGOSTA, *op. ult. cit.*, il quale sottolinea come «della ontologica estraneità, cioè, dei cosiddetti “grandi eventi” dal tradizionale perimetro dell'emergenza – peraltro, si dimostrerebbe contraddittoriamente avvertita la stessa novella del 2001, contrariamente non spiegandosi il perché del diverso trattamento pure *ivi* previsto: della mera *dichiarazione di grande evento* da parte del Consiglio dei Ministri, cioè, in luogo della *delibera dello stato d'emergenza* ordinariamente prevista».

mezzi idonei ad assicurare la mobilità, fornendo comunque un'assistenza sanitaria adeguata e, allo stesso tempo, garantendo le condizioni perché siano rispettati l'ordine e la sicurezza pubblica»¹⁶⁰, come per gli eventi (grandi cerimonie, celebrazioni) di natura religiosa; «organizzazione dei grandi eventi commerciali e/o fieristici internazionali»¹⁶¹, che impongono la realizzazione di vasti interventi infrastrutturali; organizzazione di «manifestazioni ludico-sportive (...) che impone la realizzazione di opere urbanistiche particolarmente complesse, quali appunto gli impianti sportivi dotati di grande capienza, o di molte opere contemporaneamente»¹⁶²; «l'organizzazione di vertici a carattere istituzionale»¹⁶³.

Da quanto esposto, si desume agevolmente la contraddizione recata dall'intervento legislativo del 2001 nell'ambito del sistema dei poteri di ordinanza di protezione civile: questi, infatti, possono trovare applicazione anche in relazione ad eventi che non solo non partecipano dei caratteri propri delle situazioni straordinarie di emergenza (le quali, sole, dovrebbero giustificare l'attivazione), ma

¹⁶⁰ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 196 e ss., alle cui note si rinvia per una ricognizione di alcuni dei relativi provvedimenti ordinatori in deroga.

¹⁶¹ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 199 e ss., alle cui note si rinvia per una ricognizione di alcuni dei relativi provvedimenti ordinatori in deroga.

¹⁶² A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 200 e ss., alle cui note si rinvia per una ricognizione di alcuni dei relativi provvedimenti ordinatori in deroga.

¹⁶³ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 202 e ss., alle cui note si rinvia per una ricognizione di alcuni dei relativi provvedimenti ordinatori in deroga.

che, anzi, si collocano in una dimensione diametralmente opposta rispetto a quella emergenziale.

Come ha messo in luce la dottrina, infatti, un “grande evento” difetta dell’essenziale requisito della imprevedibilità e, al contrario, «presuppone proprio che la situazione sia, non solo ampiamente prevista, ma addirittura creata dagli stessi organizzatori: il “grande evento” è un accadimento sociale che è stato *deciso e voluto*, in un certo luogo ed in una certa data, dai soggetti promotori»¹⁶⁴. Pertanto, agire con i poteri emergenziali di ordinanza, in vista di un situazione di fatto che si sceglie intenzionalmente di porre in essere, viene riguardata come «una palese forzatura della logica giuridica»¹⁶⁵; «inoltre, mentre in caso di calamità lo stato di emergenza viene dichiarato dopo l’evento straordinario, nel caso dei grandi eventi l’instaurazione dello speciale regime giuridico precede anche di parecchi anni il verificarsi dell’evento da fronteggiare»¹⁶⁶.

L’estensione dei poteri di ordinanza del Governo ai c.d. “grandi eventi” ha, dunque, determinato una decisiva alterazione della tradizionale fisionomia di questi atti di necessità e urgenza¹⁶⁷,

¹⁶⁴ G. MARAZZITA, *L’irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, cit., p. 27 e ID., “*Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*”, cit., pag. 33.

¹⁶⁵ G. MARAZZITA, *opp. e locc. ultt. citt.*

¹⁶⁶ G. MARAZZITA, *opp. e locc. ultt. citt.*

¹⁶⁷ Si riporta, sul punto, l’efficace sintesi di A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell’emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 194 e ss.: «soprattutto l’introduzione della categoria dei “grandi eventi” sembra aver alterato in maniera decisiva la fisionomia tradizionale delle ordinanze di necessità e urgenza come provvedimenti amministrativi contingibili e urgenti la cui capacità derogatoria è

accentuandone vistosamente i profili di dubbia compatibilità ed i “punti di frizione” con i cardini dell’ordinamento costituzionale¹⁶⁸.

Va ricordato, infine, l’art. 14 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90 (convertito, con modificazioni, nella legge 14 luglio 2008, n. 123), il quale, con una norma di interpretazione autentica, disponeva che «l’articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, nonché l’art. 5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, si interpretano nel senso che i provvedimenti adottati ai sensi delle predette disposizioni non sono soggetti al controllo preventivo di legittimità di cui all’art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

La norma, in sostanza, sottraeva al vaglio della Corte dei Conti tutte le ordinanze di protezione civile: sia quelle adottate per

essenzialmente funzionale al superamento di una emergenza in atto, sia essa frutto di calamità naturale o di altro evento eccezionale. Il profilo più immediato ad essere coinvolto è, quindi, proprio quello dell’individuazione delle fattispecie che legittimano il ricorso al potere *extra ordinem* e dei suoi presupposti, perché per la prima volta nella storia dell’ordinamento italiano il legislatore sembra aver autorizzato il Governo all’esercizio del potere derogatorio anche in assenza di una situazione emergenziale (...) in atto. (...) nel caso dei “grandi eventi” il potere di ordinanza non è esercitato per rimuovere un’emergenza e per favorire il ritorno alle normali condizioni di vita delle popolazioni colpite da un evento, calamitoso o comunque eccezionale, ma per consentire, tramite il meccanismo della nomina commissariale e la conseguente attuazione delle deroghe, una più veloce definizione e realizzazione delle iniziative dirette al conseguimento, qualificato come urgente, della disponibilità di beni, forniture, servizi e strutture che appaiono strumentali per la migliore organizzazione dell’evento e delle eventuali manifestazioni ad esso connesse. Sembra, dunque, che a venire meno sia il tratto genetico-funzionale che aveva da sempre contraddistinto la determinazione di presupposti per l’attivazione del potere contingibile e urgente, ossia l’esistenza di una emergenza in atto».

¹⁶⁸ Dei quali si tratterà, diffusamente, nel Cap. III.

fronteggiare eventi calamitosi o emergenze eccezionali, sia quelle adottate in materia di c.d. “grandi eventi”. Tali atti, dunque, già esenti, come si vedrà, dallo scrutinio del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale¹⁶⁹, risultavano anche svincolati da una importante istanza di controllo amministrativo.

Già la prima dottrina successiva al descritto intervento legislativo aveva avuto modo di notare come «tale sottrazione appare assolutamente ingiustificata se riferita alle ordinanze di cui all’art. 5-bis del d.l. n. 343 del 2001, ovvero le ordinanze per la gestione dei “grandi eventi”, in quanto del tutto estranei, come si è visto, all’area dell’emergenza»¹⁷⁰.

Sul punto, è tuttavia intervenuto un orientamento decisorio della Corte dei Conti, Sezione centrale di controllo sugli atti del Governo, che, nell’ottica di una interpretazione restrittiva dell’area delle ordinanze di protezione civile sottratta al suo controllo, ha definito con maggior precisione la nozione di “grande evento”.

Ci si riferisce, in particolare, alla decisione del 18 marzo 2010, n. 5¹⁷¹, con la quale il giudice contabile ha disatteso la prospettazione che il Governo dava della norma di interpretazione autentica, nel senso di una esenzione del controllo preventivo di legittimità estesa a

¹⁶⁹ Vedi *infra*, Cap. III, par. 3.

¹⁷⁰ R. ZACCARIA-E. ALBANESI, *Le ordinanze di protezione civile «per l’attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, cit., p. 2246.

¹⁷¹ Seguita, poi, da altre due conformi decisioni, che ne hanno ribadito e precisato le statuizioni: Corte dei Conti, Sezione di controllo, rispettivamente, 20 maggio 2010, n. 9 e 4 agosto 2010, n. 16.

tutte le ordinanze derogatorie di protezione civile, adottate sulla base di una valutazione discrezionale della impossibilità di fronteggiare altrimenti la concreta situazione di fatto.

La Corte ha, invece, chiarito che una corretta esegesi letterale dell'art. 5-bis, comma 5, del d.l. n. 343 del 2001 impone di qualificare come “grandi eventi” che giustificano l'attivazione dei poteri derogatori di ordinanza di protezione civile e, conseguentemente, la sottrazione al controllo preventivo di legittimità, solo quelli «rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile». Questi ultimi sono da considerare tali solo se relativi ad attività «finalizzate alla tutela dell'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi o da altri grandi eventi che determinino situazioni di grave rischio»¹⁷².

Come ha posto in luce la dottrina, l'esposto orientamento fornisce una importante chiave di lettura per sciogliere gli intricati nodi interpretativi, esaminati poco innanzi, che si intrecciano attorno ai presupposti oggettivi per l'esercizio del potere di ordinanza¹⁷³,

¹⁷² E ciò ai sensi del combinato disposto del comma 4 dell'art. 5 del d.l. n. 343/2001, che prevede le attività del Dipartimento della protezione civile, con il comma 1 del medesimo articolo, che ne definisce le finalità.

¹⁷³ Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., pp. 213-214, il quale rimarca come l'orientamento in discorso induca a concludere che «non tutti gli eventi, calamitosi o meno, che il Governo ritiene discrezionalmente di dover fronteggiare con poteri straordinari sono per ciò stessi eventi di competenza della protezione civile, legittimanti il ricorso alle ordinanze in deroga alla legge, essendo tali solo quelli che comportano la necessità di porre in essere interventi per evitare o sanare situazioni di grave pericolo per quei beni

contribuendo a «riportare il regime giuridico del potere *extra ordinem* della protezione civile, soprattutto in materia di “grandi eventi”, nell’alveo degli istituti dell’emergenza giuridica, neutralizzando in parte la deriva eversiva della logica emergenziale che l’istituto aveva subito per effetto della novella del 2001 e della prassi attuativa seguita dal Governo»¹⁷⁴: infatti, «alla stregua di quest’orientamento anche nel caso delle ordinanze per la gestione dei “grandi eventi” è comunque necessaria per l’attivazione del potere di provvedere in deroga alla legge una concreta, ancorché non attuale, situazione di grave pericolo per gli interessi giuridici primari dell’integrità della vita, dei beni e dell’ambiente»¹⁷⁵.

Nonostante tale “intervento correttivo” della giurisprudenza contabile, pare difficile sottrarsi, a conclusione dell’esame delle modifiche legislative apportate all’impianto originario della legge n. 225 del 1992, a quella che alcuni Autori hanno definito «la sgradevole sensazione di aver assistito alla messa in opera, nel corso degli ultimi anni, di uno smisurato, tentacolare, marchingegno normativo con cui l’Esecutivo (in maniera assolutamente autoreferenziale e con la omissiva complicità di un Parlamento grigio ed afasico) giochi

giuridici che il legislatore ha inteso tutelate attribuendo quella specifica competenza. Ne deriva, più nel dettaglio, che i “grandi eventi” possono rientrare all’interno della più ampia categoria degli “*altri eventi*” che appartengono alla legittima competenza della protezione civile solo se dichiarati nell’ambito delle ricordate finalità di “tutela dell’integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell’ambiente” per cui il legislatore ha attribuito al Governo la competenza a provvedere in deroga alla legge».

¹⁷⁴ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 214.

¹⁷⁵ A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*

circolarmente a rilanciare, ad ogni occasione sempre di più, le proprie “eccezionali” e “straordinarie” competenze»¹⁷⁶, con la predisposizione di una disciplina che «attribuisce al Presidente del Consiglio un potere di natura *straordinaria* (atto amministrativo in deroga alla legge) in condizioni per definizione *ordinarie* (organizzazione di un grande evento), in tal modo scindendo il fondamentale collegamento fra il fatto emergenziale e lo stato d’eccezione destinato a fronteggiarla»¹⁷⁷.

7. Le ulteriori distorsioni della prassi e il paradosso della “normalizzazione” dell’emergenza e del potere di ordinanza

Nel paragrafo precedente si sono analizzate le distorsioni della fisionomia originaria del potere di ordinanza del Governo, indotte dalle modifiche normative apportate alla legge n. 225/1992.

Per comprendere a pieno la portata di tali effetti distorsivi, è, però, necessario fare cenno alle concrete modalità con cui l’esercizio dei poteri derogatori *extra ordinem* si è inverte nella prassi.

In tal senso, possono identificarsi alcune tendenze evolutive che hanno comportato ulteriori distorsioni rispetto al modello tradizionale delle ordinanze di necessità e urgenza.

¹⁷⁶ S. AGOSTA, *Il potere d’ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, cit.

¹⁷⁷ G. MARAZZITA, *L’irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, cit., p. 30 e ID., *“Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza”*, cit., pag. 35.

Si segnala, in primo luogo, una evidente destrutturazione della forma amministrativa del potere contingibile ed urgente e la contestuale emersione del carattere paranormativo delle ordinanze¹⁷⁸, ben al di là dei limiti segnati dalla giurisprudenza costituzionale¹⁷⁹. Come evidenziato dalla dottrina, infatti, «talora (...) la generalità e l'astrattezza tendono a superare i confini della mera "normatività" delle ordinanze, come tale considerata ammissibile dalla giurisprudenza costituzionale, per assumere la fisionomia di veri e propri strumenti elusivi dei poteri e della riserva della produzione legislativa in capo all'organo rappresentativo. La crisi del modello provvedimentale è, ad esempio, particolarmente evidente soprattutto nel caso delle ordinanze in materia di "grandi eventi", le quali denotano un carattere sempre più generale ed astratto, con prescrizioni di natura sostanzialmente programmatica (di opere *realizzande*) che mal si conciliano con la ricordata qualificazione giurisprudenziale delle ordinanze di necessità ed urgenza come provvedimenti amministrativi»¹⁸⁰.

In secondo luogo, per quanto attiene al profilo temporale, si registra un fenomeno di "crisi" della temporaneità¹⁸¹ degli stati

¹⁷⁸ Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 226 e ss., alle cui note si rinvia per una ricognizione dei provvedimenti che testimoniano questo fenomeno.

¹⁷⁹ Limiti ricostruiti *supra*, par. 4.

¹⁸⁰ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 227.

¹⁸¹ In tali termini si esprime A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 236.

emergenziali gestiti con i poteri di ordinanza di protezione civile, che concorre a creare quella paradossale situazione definita con l'ossimorica espressione di "stabilizzazione" dell'emergenza¹⁸².

Tale "crisi" si manifesta sia con le numerose proroghe del termine finale previsto dall'atto-presupposto dell'attivazione del potere *extra ordinem* di protezione civile, cioè la deliberazione dello stato di emergenza del Consiglio dei Ministri¹⁸³, sia con la proroga dei termini finali apposti alle singole ordinanze in deroga¹⁸⁴.

Il carattere della temporaneità dei regimi emergenziali di protezione civile viene, poi, ulteriormente inciso dalla prassi relativa all'art. 3, comma 5, della legge n. 225/1992.

La disposizione prevede che «il superamento dell'emergenza consiste unicamente nell'attuazione, coordinata con gli organi istituzionali competenti, delle iniziative necessarie ed indilazionabili volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita». La norma, dunque, ha l'evidente scopo di «circoscrivere il ricorso alla potestà derogatoria del Governo, evitando che l'emergenza diventi l'occasione per sottrarre l'azione amministrativa ad interi e rilevanti settori normativi dell'ordinamento anche laddove

¹⁸² Di "stabilizzazione" dell'emergenza parla espressamente S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID. (a cura di) *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa", Capri 3 - 4 giugno 2005, Torino, 2006, p. 649 e ss.

¹⁸³ Per la esposizione di alcune vicende esemplificative, si veda A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 237 e ss.

¹⁸⁴ Per la esposizione di alcune vicende esemplificative, si veda A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 243 e ss.

la deroga non appare strettamente funzionalizzata a superare le conseguenze dell'evento calamitoso ed a consentire il ritorno alla cura ordinaria degli interessi pubblici»¹⁸⁵.

Tuttavia, tale lodevole finalità viene frustrata dall'interpretazione particolarmente estensiva che la disposizione riceve nella prassi: frequenti, infatti, sono i casi in cui le ordinanze «si spingono fino a dettare misure “positive” per il periodo temporalmente successivo all'emergenza *stricto iure*, stabilizzando *medio tempore* i provvedimenti straordinari e praticando forme di monitoraggio e prevenzione. In sostanza, con le ordinanze contingibili ed urgenti in questione, non ci si limita a predisporre i primi interventi necessari a fronteggiare l'emergenza, ma si spinge il potere derogatorio in un campo in cui si potrebbe provvedere in via ordinaria»¹⁸⁶.

La, seppur sommaria, analisi delle tendenze emerse nella prassi applicativa dei poteri di ordinanza di protezione civile restituisce, dunque, l'impressione di una accentuazione di quei profili distorsivi della fisionomia originaria dei provvedimenti *extra ordinem*, che *in*

¹⁸⁵ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 183.

¹⁸⁶ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, pp. 249-250, il quale riporta, ad esempio, il caso dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 dicembre 2008, n. 3723 (*Ulteriori interventi diretti a fronteggiare la situazione di criticità determinatasi a seguito delle esplosioni verificatesi nella raffineria «Umbria Olii S.p.A.» sita nel Comune di Campello sul Clitunno, in provincia di Perugia*), in cui vengono previste attività di monitoraggio sull'attuazione delle attività poste in essere ed il caso dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 dicembre 2008, n. 3729 (*Ulteriori interventi diretti a fronteggiare la situazione di criticità determinatasi in relazione al gravissimo dissesto urbano e strutturale che ha interessato il territorio del comune di Roma, nell'area di via Giustiniano Imperatore*), con cui si autorizza il commissario a disciplinare le ulteriori fasi realizzative delle opere.

nuce già si annidavano tra le maglie della legislazione di protezione civile e delle sue successive modifiche.

Gli esiti di tale evoluzione, normativa ed applicativa, sono, allo stesso tempo, in un circolo vizioso che si autoalimenta, la causa e l'effetto della convergenza dei due (solo apparentemente contraddittori, ma in realtà strettamente connessi) paradossali fenomeni della “eccezionalizzazione” dell'ordinario e della “normalizzazione” dell'emergenza, intesa, la prima, come la tendenza del Governo a qualificare come eccezionali situazioni che, per quanto complesse, dovrebbero e potrebbero essere affrontate con i poteri ordinari e la seconda, come la connessa, incontrollata, espansione di regimi emergenziali derogatori del diritto vigente, fino all'affermazione di una vera e propria modalità alternativa di governo¹⁸⁷.

¹⁸⁷ In tal senso, si veda G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, p. 53 e ss., la quale nota come «il sistema introdotto dalla legge 225 ha di fatto assunto un rilievo rispetto alle stesse funzioni di Governo. In questo senso tale legge, della quale si è fin qui evidenziato il *carattere derogatorio*, è divenuta, al contrario, riguardata sotto il profilo dei poteri governativi, una legge di *carattere generale e fondamentale* (...). La legge 225 del 1992 consente infatti, a ben vedere, una *vera e propria modalità di governo* straordinaria ed eccezionale, alternativa a quella *normale*. (...). Sembra di poter affermare, pertanto, che la legge 225, per quanto apparentemente dettata per situazioni *straordinarie*, consente invece al Governo, *ordinariamente*, di attuare con queste modalità derogatorie la sua politica generale, determinando *anche così* sia l'indirizzo generale dell'azione amministrativa, sia l'indirizzo politico in senso stretto. In tal modo la legge 225 del 1992 rappresenta il riferimento legislativo per governare in *modalità derogatoria*, laddove la legge 400 del 1988 è invece il riferimento legislativo per governare *ordinariamente*. Di conseguenza è nella discrezionalità del Governo scegliere come governare alcune situazioni, qualificandole in un modo o nell'altro». Sul punto, d'altra parte, già V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 239, in relazione al diverso, ma analogo, tema delle leggi di emergenza, aveva efficacemente avvertito delle gravi insidie che possono celarsi nelle applicazioni

8. *Paradosso chiama paradosso: la legge n. 100/2012 e la “ri-eccezionalizzazione” dell’emergenza e del potere di ordinanza*

Al termine della ricostruzione dell’evoluzione del potere di ordinanza di necessità ed urgenza del Governo nell’ordinamento giuridico italiano, un cenno va fatto al recente riordino della protezione civile, operato con la legge 12 luglio 2012, n. 100 (legge di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 15 maggio 2012, n. 59).

L’art. 1, comma 1, del citato testo normativo consta, infatti, di un intervento di riforma della legge n. 225/1992, e successive modificazioni, realizzato sia attraverso l’inserimento di disposizioni nuove, sia, soprattutto, attraverso la modifica di quelle che più avevano qualificato il precedente impianto normativo, segnatamente, in tema di deliberazione dello stato di emergenza e conseguente attivazione del potere di ordinanza *extra ordinem*.

dei regimi emergenziali: «il pericolo più evidente è che, piuttosto che arginare ed attutire gli effetti dirompenti che potrebbero derivare dal diffondersi di sospensioni del sistema ordinario delle norme e degli atti, le leggi di emergenza divengano esse stesse uno strumento per smantellare le garanzie di ordine e di certezza affidate alla codificazione di regole e principi giuridici in norme ed atti. Un tale pericolo si manifesta in diverse direzioni. Intanto, più che essere un effetto, la “tecnica alternativa” dell’emergenza potrebbe divenire una concausa dell’ampliarsi delle situazioni eversive del sistema ordinario delle norme e degli atti: o, per meglio dire, la reinterpretazione delle situazioni di eccezionale necessità nella lente dell’emergenza potrebbe consentire, alle autorità pubbliche, di trattare, come situazioni necessitate sottratte al dominio del sistema ordinario delle norme e degli atti, un ventaglio di situazioni politiche e sociali assai più ampio di quello delle situazioni che, in precedenza, erano state trattate come tali».

Alla prima modalità di intervento appartiene la lettera a) del predetto art. 1, comma 1, la quale introduce, nel testo della legge n. 225/1992, un art. 1-bis. Tale disposizione, dopo aver, nel primo comma, previsto che «è istituito il Servizio nazionale di protezione civile al fine di tutelare l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e da altri eventi calamitosi», nel successivo comma 2 attribuisce la titolarità delle azioni di promozione e coordinamento delle attività di protezione civile al Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega, ad un Ministro con portafoglio o al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri segretario del Consiglio, i quali, a norma del comma 3, si avvalgono del Dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La disposizione, oltre ad una nuova configurazione della titolarità soggettiva dei compiti di promozione e coordinamento della protezione civile, si segnala immediatamente per la sua discontinuità, rispetto al precedente assetto normativo, in tema di attribuzione del potere di ordinanza: la norma, infatti, non riproduce la formulazione del già analizzato comma 1 dell'art. 5 del d.l. 343/2001 (come modificato dalla legge di conversione n. 401/2001)¹⁸⁸, che espressamente individuava nel Presidente del Consiglio dei Ministri l'organo detentore dei poteri di ordinanza in materia di protezione civile.

¹⁸⁸ Vedi *supra*, par. 6.

Le seconda modalità di intervento caratterizza, invece, le successive lettere dell'art. 1, comma 1, della legge n. 100/2012, le quali, come anticipato, introducono importanti modifiche in tema di deliberazione dello stato di emergenza e conseguente attivazione del potere di ordinanza *extra ordinem*.

In primo luogo, la lettera b), interviene a definire con maggiore sforzo di precisione la tipologia di eventi al verificarsi dei quali può farsi luogo alla deliberazione dello stato di emergenza e, di conseguenza, al ricorso ai poteri derogatori di ordinanza. Essa, infatti, sostituisce la definizione contenuta nell'art. 2, comma 1, lettera c) della legge n. 225/1992¹⁸⁹ con la seguente: «c) calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodo di tempo».

Rispetto alla precedente formulazione – nell'ottica di una complessiva opera di perimetrazione di un potere particolarmente “sfuggente”, quale quello di ordinanza *extra ordinem* – appare evidente l'intento di individuare con precisione il presupposto fattuale oggettivo che sottosta all'instaurazione del regime emergenziale: si spiegano così, da un lato, l'eliminazione del riferimento alla

¹⁸⁹ Che, come si ricorderà, nella formulazione originaria faceva riferimento a «calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari».

«*irrimediabilmente vaga e indefinita*»¹⁹⁰ clausola degli “altri eventi”¹⁹¹ e, dall’altro, la specificazione della necessità di un intervento immediato e dell’impiego temporalmente limitato e predefinito dei mezzi e poteri straordinari.

Di particolare rilievo è, poi, la lettera c) dell’art. 1, comma 1, della legge n. 100/2012, la quale interviene a modificare la disposizione che costituisce il cardine attorno al quale ruota il sistema dei poteri derogatori di ordinanza di protezione civile: l’art 5 della legge n. 225/1992.

I profili più interessanti della modifica concernono la nuova formulazione del comma 1 del citato art. 5, relativo alla disciplina della deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri. In particolare, viene ora previsto che «al verificarsi degli eventi di cui all’articolo 2, comma 1, lettera c), ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei Ministri, (...), delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi, disponendo in ordine all’esercizio del potere di ordinanza (...)»¹⁹².

¹⁹⁰ In tali termini si esprime G. RAZZANO, *L’amministrazione dell’emergenza. Profili costituzionali*, cit., p. 54.

¹⁹¹ La quale, come visto *supra*, par. 6., fu fonte, soprattutto dopo la creazione della categoria dei c.d. “grandi eventi”, di non pochi dubbi interpretativi. In proposito, non va dimenticato che anche quest’ultima categoria è stata espunta dall’ordinamento a seguito dell’abrogazione del comma 5 dell’art. 5-bis della legge n. 401/2001 ad opera dell’art. 40-bis della legge n. 27 del 2012 (di conversione del decreto-legge n. 1 del 2012).

¹⁹² Il testo completo della disposizione prevede che «al verificarsi degli eventi di cui all’articolo 2, comma 1, lettera c), ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega, di un

Viene poi inserito un comma 1-bis, a norma del quale «la dichiarazione dello stato di emergenza non può, di regola, superare i novanta giorni. Uno stato di emergenza già dichiarato, previa ulteriore deliberazione del Consiglio dei Ministri, può essere prorogato ovvero rinnovato, di regola, per non più di sessanta giorni».

Anche da tale novella normativa, traspare l'intento di ovviare alle distorsioni generate dal precedente impianto normativo e dalla relativa applicazione della prassi¹⁹³.

In tale ottica, infatti, possono leggersi, le due esposte disposizioni.

Da un lato, la prescrizione che il Consiglio dei Ministri, con la deliberazione dello stato di emergenza, disponga in ordine all'esercizio del potere di ordinanza, non solo (diversamente dal regime precedente) impone a tale potere una prima disciplina, che ne condizionerà poi lo svolgimento, ma ne affida anche la predisposizione al Governo nella sua composizione collegiale e non all'istanza monocratica del solo Presidente del Consiglio.

Ministro con portafoglio o del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri segretario del Consiglio, anche su richiesta del Presidente della regione o delle regioni territorialmente interessate e comunque acquisita l'intesa delle medesime Regioni, delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi, disponendo in ordine all'esercizio del potere di ordinanza nonché indicando l'amministrazione pubblica competente in via ordinaria a coordinare gli interventi conseguenti all'evento successivamente alla scadenza del termine di durata dello stato di emergenza. Con le medesime modalità si procede alla eventuale revoca dello stato di emergenza al venire meno dei relativi presupposti».

¹⁹³ E di cui si è detto *supra*, parr. 6 e 7.

Dall'altro, la previsione – seppur in termini, pare, non tassativi («di regola», recita il comma 1-bis) – di un termine massimo di durata sia dello stato di emergenza, sia della sua eventuale proroga o rinnovo¹⁹⁴, sembra voler porre un argine¹⁹⁵ al descritto fenomeno della “stabilizzazione” nel tempo dei regimi emergenziali¹⁹⁶.

La generale impressione della portata delimitativa, dopo un decennio di ampliamenti, della nuova disciplina del potere di ordinanza di protezione civile pare, poi, confermata anche dalla novella dell'art. 5, comma 2, della legge n. 225/1992.

In coerenza con quanto previsto dal già esaminato nuovo comma 1, infatti, la disposizione prevede ora che «per l'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza dichiarato a seguito degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), si provvede anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto di

¹⁹⁴ Sul punto, va segnalato il recentissimo intervento dell'art. 10, comma 1, lett. b), del decreto-legge n. 93/2010 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 119/2013). La disposizione ha modificato la formulazione del comma 1-bis e, se da un lato ha ampliato l'arco temporale di durata della dichiarazione dello stato di emergenza, dall'altro, pare esprimersi in termini tassativi rispetto alla misura, fissata legislativamente, di tale arco temporale: l'attuale formulazione del comma 1-bis, infatti, prevede che «la durata della dichiarazione dello stato di emergenza non può superare i 180 giorni prorogabile per non più di ulteriori 180 giorni».

¹⁹⁵ In tal senso depone anche la già evidenziata nuova formulazione dell'art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 225/1992, che specifica che i mezzi e i poteri straordinari con cui fronteggiare gli eventi calamitosi, da essa descritti, sono da impiegarsi durante limitati e predefiniti periodi di tempo.

¹⁹⁶ Di cui anche si è detto *supra*, par. 7.

dichiarazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico».

Evidente è, qui, l'imposizione alle ordinanze di protezione civile di una ulteriore categoria di vincoli – in aggiunta, cioè, al rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, già previsto nella precedente formulazione – costituita dai limiti e dai criteri indicati nella dichiarazione dello stato di emergenza. Quest'ultima, dunque, mentre nel sistema previgente rappresentava un mero presupposto formale per l'attivazione dei poteri di ordinanza, in nessun modo conformativo degli stessi, nel sistema attuale sembra assumere la fisionomia di atto gerarchicamente sovraordinato, a cui le singole ordinanze debbono, quindi, conformarsi.

I successivi periodi del nuovo comma 2 intervengono, poi, da una parte, a definire la titolarità soggettiva del potere di emanazione ed attuazione delle ordinanze di protezione civile e, dall'altra, a tentare una tipizzazione dei possibili contenuti delle stesse.

Sotto il primo profilo, la disposizione prevede che «le ordinanze sono emanate, acquisita l'intesa delle Regioni territorialmente interessate, dal Capo del Dipartimento della protezione civile, salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione dello stato di emergenza di cui al comma 1. L'attuazione delle ordinanze è curata in ogni caso dal Capo del Dipartimento della protezione civile».

Sotto il secondo profilo, viene, invece, in rilievo la previsione secondo cui «con le ordinanze, nei limiti delle risorse a tali fini disponibili a legislazione vigente, si dispone in ordine

all'organizzazione e all'effettuazione dei servizi di soccorso e di assistenza alla popolazione interessata dall'evento, alla messa in sicurezza degli edifici pubblici e privati e dei beni culturali gravemente danneggiati o che costituiscono minaccia per la pubblica e privata incolumità, nonché al ripristino delle infrastrutture e delle reti indispensabili per la continuità delle attività economiche e produttive e per la ripresa delle normali condizioni di vita, e comunque agli interventi volti ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose».

Vanno, poi, rilevate l'abrogazione del già esaminato comma 3 dell'art. 5 della legge n. 225/1992, che prevedeva le ordinanze c.d. "cautelari" e che aveva posto non pochi dubbi interpretativi¹⁹⁷ e la riforma del successivo comma 4, che, come si è visto¹⁹⁸, prevedeva la possibilità della nomina di commissari delegati per l'attuazione degli interventi disposti con i poteri di ordinanza di protezione civile.

Il nuovo testo dell'art. 5, comma 4, della legge n. 225/1992 non esclude la possibilità di avvalersi della figura del commissario delegato per l'attuazione dei suddetti interventi, ma pare privilegiare, in via ordinaria, il ricorso alle strutture operative del Servizio nazionale di protezione civile¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Vedi *supra*, par. 6.

¹⁹⁸ Vedi *supra*, par. 6.

¹⁹⁹ Questo, almeno, sembra potersi ricavare dalla lettera della disposizione, secondo cui «il Capo del Dipartimento della protezione civile, per l'attuazione degli interventi previsti nelle ordinanze di cui al comma 2, si avvale delle componenti e delle strutture del Servizio nazionale di protezione civile, di cui agli articoli 6 e 11, coordinandone l'attività

Va, infine, segnalata l'introduzione di due nuovi commi all'art. 5 della legge n. 225/1992: il comma 4-ter e il comma 4-quinquies.

Il primo, al fine di assicurare e disciplinare il graduale ritorno alla gestione dell'autorità amministrativa ordinariamente competente, prevede che, almeno dieci giorni prima della scadenza del termine finale previsto dalla dichiarazione dello stato di emergenza, «il Capo del Dipartimento della protezione civile emana, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, apposita ordinanza volta a favorire e regolare il subentro dell'amministrazione pubblica competente in via ordinaria a coordinare gli interventi, conseguenti all'evento, che si rendono necessari successivamente alla scadenza del termine di durata dello stato di emergenza», con la precisazione che «ferma in ogni caso l'inderogabilità dei vincoli di finanza pubblica, con tale ordinanza possono essere altresì emanate, per la durata massima di sei mesi non prorogabile e per i soli interventi connessi all'evento, disposizioni derogatorie a quelle in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi».

Il secondo, invece, opportunamente, anche se solo parzialmente, introduce una, pur blanda, forma di “rendiconto politico” del Governo

e impartendo specifiche disposizioni operative. Le ordinanze emanate ai sensi del comma 2 individuano i soggetti responsabili per l'attuazione degli interventi previsti ai quali affidare ambiti definiti di attività, identificati nel soggetto pubblico ordinariamente competente allo svolgimento delle predette attività in via prevalente, salvo motivate eccezioni. Qualora il Capo del Dipartimento si avvalga di commissari delegati, il relativo provvedimento di delega deve specificare il contenuto dell'incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio. (...). Le funzioni del commissario delegato cessano con la scadenza dello stato di emergenza. I provvedimenti adottati in attuazione delle ordinanze sono soggette ai controlli previsti dalla normativa vigente».

alle Camere in relazione all'attività di protezione civile, disponendo che «il Governo riferisce annualmente al Parlamento sulle attività di protezione civile riguardanti le attività di previsione, di prevenzione, di mitigazione del rischio e di pianificazione dell'emergenza, nonché sull'utilizzo del Fondo per la protezione civile».

In conclusione, come più volte ripetuto, l'impressione complessiva che si ricava dalla dettagliata analisi che si è condotta sull'intervento riformatore è quella di un tentativo di ricondurre il potere derogatorio di ordinanza di protezione civile alla dimensione che gli è propria: quella della eccezionalità e dell'emergenza.

Dopo il già rilevato paradosso della “normalizzazione” dell'emergenza e del potere di ordinanza²⁰⁰, si assiste ora all'altro (ma necessitato dal primo) paradosso della loro “ri-eccezionalizzazione”.

Data la recente entrata in vigore della riforma, solo i futuri esiti applicativi della prassi potranno dire se quel tentativo sia riuscito o meno.

²⁰⁰ Su cui, vedi *supra*, par. 7.

CAPITOLO III

IL POTERE DI ORDINANZA DI PROTEZIONE CIVILE: I PUNTI DI “FRIZIONE” CON GLI ASPETTI QUALIFICANTI DELL’ORDINAMENTO COSTITUZIONALE REPUBBLICANO

SOMMARIO: 1. Il potere di ordinanza di protezione civile e la lesione delle competenze regionali. I limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale – 2. (*segue*): Il contenuto delle ordinanze come integrativo dei principi fondamentali posti dalla legislazione statale nella materia concorrente della protezione civile. La compressione della sfera di autonomia regionale. – 3. Le ordinanze di protezione civile e i decreti-legge: un sistema parallelo. L’estromissione delle istanze di controllo e del rapporto Parlamento-Governo. – 4. I recenti tentativi di ricondurre il potere di ordinanza nell’alveo del principio di legalità. Una critica.

1. Il potere di ordinanza di protezione civile e la lesione delle competenze regionali. I limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale

L’evoluzione normativa del potere di ordinanza di protezione civile esposta nel capitolo precedente ed il conseguente profilo applicativo della prassi, da un lato, hanno riacutizzato alcuni dei punti di frizione in cui, già all’indomani dell’entrata in vigore della Carta

del 1948, l'istituto delle ordinanze di necessità e urgenza veniva a "stridere" con l'ordinamento costituzionale repubblicano e, dall'altro, hanno fatto emergere nuovi nodi problematici.

Sotto quest'ultima angolazione può inquadrarsi la vicenda della incisione del potere di ordinanza di protezione civile rispetto alla dimensione dell'autonomia e delle competenze garantite alle Regioni dalla Costituzione, sia prima¹ che dopo la legge costituzionale n. 3/2001 di revisione del Titolo V della Parte II.

Già la sentenza n. 201 del 1987² aveva, infatti, messo in luce, pur se solo incidentalmente, le potenzialità espansive dell'intervento statale in ambiti materiali di competenza regionale nei casi di necessità ed urgenza che sollecitano l'attivazione dei poteri di ordinanza.

In quell'occasione, come visto, la Provincia autonoma di Trento e le Regioni Friuli-Venezia Giulia e Lombardia impugnarono, con ricorso per conflitto di attribuzioni, due ordinanze del Ministro per il

¹ Affrontano il tema dell'incisione delle situazioni di emergenza sul riparto di competenze tra Stato e Regioni, prima della riforma del Titolo V, F. MERUSI, *Le catastrofi "ripartite"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, p. 2319 e ss.; P. PINNA, *Le competenze regionali in "condizioni" di emergenza*, in *Le Regioni*, 1984, p. 146 e ss.; ID., *Competenze regionali e situazioni di emergenza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1990, p. 1416 e ss.; F. TERESI, *Osservazioni minime su legislazione statale di emergenza e competenze regionali in materia urbanistica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 2523 e ss.; A. CARIOLA, *Le ordinanze cautelari del Ministro dell'Ambiente e l'autonomia regionale: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 1988, p. 1201 e ss.; G.P. DOLSO, *Sul principio cooperativo tra Stato e Regioni in situazioni di «emergenza»*, in *Le Regioni*, 1996, p. 552 e ss.; ID., *Emergenza e regioni*, *ivi*, p. 1075 e ss.

² Vedi *supra*, Cap. II, par. 4.

coordinamento della protezione civile (la n. 718 e la n. 727 del 1986), che recavano una dettagliata disciplina in materia di smaltimento dei rifiuti, lamentando l'invasione delle rispettive competenze.

La Corte – dopo aver, da un lato, ribadito la sua giurisprudenza sulla natura e i limiti dei poteri di ordinanza di necessità e urgenza³ e, dall'altro, in particolare in relazione a tali limiti, esplicitato quanto prefigurato nelle precedenti sentenze in punto di giudizio di bilanciamento e di ragionevolezza⁴ – si dedicò alla verifica della denunziata invasività delle ordinanze rispetto alle competenze provinciali e regionali e ne riscontrò la sussistenza negli artt. 2 e 3 dell'ordinanza n. 718, i quali ponevano una dettagliata regolamentazione di una forma di controllo sulla gestione e lo smaltimento dei rifiuti in punto di autorizzazioni alla raccolta e al trasporto di essi⁵.

Il tema venne, però, precipuamente affrontato in una delle primissime decisioni della Consulta scaturite dall'applicazione della legge n. 225 del 1992, la sentenza n. 127 del 1995⁶, a testimonianza

³ Ulteriormente, si badi, precisandone i contorni (Cfr. Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 5. *Considerato in diritto*).

⁴ Espressamente ricollegandolo al dimensionamento spazio-temporale delle misure derogatorie disposte con le ordinanze in un'ottica di adeguatezza al concreto fatto emergenziale in questione (Cfr. Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 5. *Considerato in diritto*).

⁵ Cfr. Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 201, cit., punto 7. *Considerato in diritto*

⁶ Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 994 e ss., su cui si veda, anche per i profili non strettamente correlati all'incidenza dei poteri di ordinanza sulla sfera di autonomia regionale, G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in*

dell'immediata incidenza della normativa in discorso sul profilo dei rapporti tra il potere derogatorio di ordinanza e la sfera di autonomia regionale costituzionalmente garantita.

Anche in questo caso, come nella precedente e citata sentenza n. 201 del 1987, il giudizio trae origine da un ricorso per conflitto di attribuzioni.

Questo veniva promosso, stavolta, dalla Regione Puglia nei confronti dello Stato per ottenere l'annullamento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 novembre 1994⁷, nonché della conseguente ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 novembre 1994⁸, che nominava un commissario delegato, nella persona del Prefetto di Bari, e lo autorizzava a disporre, anche in deroga ai testi legislativi da essa indicati, interventi immediati per

materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, p. 2185 e ss.; M. MALO, *Il potere d'ordinanza in materia di protezione civile al vaglio della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1995, p. 1176 e ss.; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la L. n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 505 e ss.; A. MORRONE, *I poteri di ordinanza contingibili ed urgenti: l'integrazione del "diritto eccezionale" nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1997, p. 258 e ss.

⁷ D.P.C.M. 8 novembre 1994 (*Dichiarazione dello stato di emergenza a norma dell'art. 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, in ordine alla situazione socio-economico-ambientale determinatasi nella Regione Puglia*), con cui era stato dichiarato lo stato di emergenza in relazione alla critica situazione socio-economico-ambientale verificatasi nella regione a causa di questioni legate allo smaltimento dei rifiuti, all'inquinamento delle acque ed alla gestione del servizio idrico.

⁸ O.P.C.M. 8 novembre 1994 (*Immediati interventi per fronteggiare lo stato d'emergenza socio-economico-ambientale determinatosi nella Regione Puglia*), in *Gazzetta Ufficiale*, 10 novembre 1994.

fronteggiare l'emergenza socio-economico-ambientale verificatasi nella regione. In subordine, poi, la Regione ricorrente chiedeva che la Corte sollevasse innanzi a se stessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, dell'art. 5, comma 2, e, infine, degli artt. 3, comma 5, e 5, comma 1, della legge n. 225 del 1992.

La Consulta, in primo luogo, si soffermò ancora una volta sulla natura e sui limiti dei poteri di ordinanza in deroga a normativa primaria, per verificare se le ordinanze previste dalla legge sulla protezione civile fossero ad essi conformi. Citando la sua precedente giurisprudenza, il giudice costituzionale ricordò di aver già sottolineato «il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa»⁹ e di aver precisato «trattarsi di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentenze 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956)»¹⁰ e aggiunse, ad ulteriore specificazione, che «proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra

⁹ Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, cit., punto 2. *Considerato in diritto.*

¹⁰ Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, cit., punto 2. *Considerato in diritto.*

lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione»¹¹.

In secondo luogo, e per quanto qui più direttamente rileva in tema di poteri emergenziali di ordinanza e autonomia regionale, la Corte affermò il fondamentale principio per cui «l'“emergenza” non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, e il richiamo a una finalità di interesse generale – “pur di precipuo e stringente rilievo” - non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino tale sfera di interessi, garantita a livello costituzionale (sent. n. 307 del 1983, considerato in diritto, n. 3). L'esercizio del potere di ordinanza deve quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali»¹².

La Consulta concluse riconoscendo che, in riferimento alla necessaria proporzione tra “evento” emergenziale e “misure” volte a fronteggiarlo ed alla tutela del nucleo essenziale delle attribuzioni regionali, «la legge n. 225 si fa carico di siffatte esigenze»¹³.

Fatta, dunque, salva la legittimità della legge n. 225 del 1992, la Corte passò poi ad occuparsi dei singoli atti impugnati.

In particolare, dopo aver escluso l'illegittimità del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con cui era stato dichiarato lo stato d'emergenza¹⁴, l'attenzione del giudice costituzionale si appuntò

¹¹ Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, cit., punto 2. *Considerato in diritto.*

¹² Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, cit., punto 2. *Considerato in diritto.*

¹³ Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, cit., punto 2. *Considerato in diritto.*

¹⁴ Cfr. Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, cit., punto 3. *Considerato in diritto.*

sull'analisi dell'ordinanza presidenziale per verificare se le previsioni in essa contenute fossero lesive delle competenze regionali.

Sul punto, la Corte ravvisò alcuni profili di incompatibilità dell'atto impugnato con i principi poco prima espressi in tema di salvaguardia della sfera di autonomia regionale: considerando, infatti, «i vari punti dell'ordinanza con riguardo all'ipotizzata lesione delle competenze regionali, ci si accorge che alcune prescrizioni portano alla loro (seppur temporanea) menomazione, per il fatto di non circoscrivere adeguatamente i poteri del commissario delegato, in vista di un equilibrato rapporto con la Regione»¹⁵.

Nel caso di specie, la predetta menomazione era dovuta al ruolo del tutto secondario che l'art. 1 dell'ordinanza impugnata riservava alla Regione, in relazione alla programmazione degli interventi che il commissario delegato avrebbe poi dovuto porre in essere: la Regione, secondo la normativa in discorso, svolgeva, infatti, una funzione soltanto consultiva, potendo esprimere un mero parere sul programma degli interventi, a differenza delle amministrazioni statali coinvolte (i Ministeri dell'ambiente e del bilancio), rispetto alle quali si prescriveva, invece, l'intesa con il commissario delegato.

Se, dunque, la natura programmatoria degli interventi commissariali giustificava la prescrizione di un accordo con i menzionati dicasteri, in quanto tale strumento «contempera la rapidità degli interventi con la ponderazione di interessi particolarmente meritevoli di tutela (nella specie, quelli ambientali), e introduce un

¹⁵ Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, cit., punto 5. *Considerato in diritto*.

aggravamento procedurale che si giustifica per la durata dello stato di emergenza»¹⁶, non altrettanto giustificata – e, al contrario, lesiva della sfera di autonomia regionale e del principio di leale cooperazione – era la riduzione della Regione a mero ente consultato. Come ebbe modo di porre in luce la Corte, infatti, «proprio perché sono in gioco importanti competenze regionali (come risulta dall'art. 2 dell'ordinanza), il principio di leale cooperazione fra Stato e Regione postula un maggiore coinvolgimento di quest'ultima nella fase programmatoria, nei modi consentiti dalle esigenze di immediato intervento che sono a fondamento dello stato di emergenza»¹⁷.

La sentenza n. 127 del 1995 sancì, dunque, il principio per cui il verificarsi di situazioni emergenziali e l'eventuale, conseguente esercizio dei poteri derogatori di ordinanza di protezione civile non possono compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali, rispetto al quale l'ente territoriale non può essere privato quanto meno del potere di codecidere con altre autorità, imponendo, pertanto, che le misure adottate siano proporzionate e rispettose del principio di leale collaborazione¹⁸.

¹⁶ Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, cit., punto 6. *Considerato in diritto*.

¹⁷ Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127, cit., punto 6. *Considerato in diritto*.

¹⁸ Sul punto, cfr. G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, cit., p. 2198 e ss.; F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Diritto e società*, 2001, p. 137 e ss.; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, p. 344 e ss.

Una parte della dottrina che per prima si occupò della citata sentenza e che ne ricavò il menzionato principio, vi riconobbe, però, anche una certa graduabilità: l'evidenziata inammissibilità della compressione, in nome dell'emergenza, delle attribuzioni regionali sarebbe recessiva nei casi in cui «l'emergenza sia talmente acuta da non consentire di attendere»¹⁹ e, conseguentemente, «dallo stesso criterio usato dalla Corte si dovrebbe dedurre che in altri casi, i cui l'intervento emergenziale è così urgente da non sopportare alcuna dilazione, lo scavalco anche delle autorità regionali sarebbe ammissibile»²⁰.

Tale graduabilità non pare abbia ispirato l'intervento del legislatore, il quale pure, come già visto²¹, recepì il principio espresso dalla Corte costituzionale con l'art. 107, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (“Conferimento di funzioni amministrative dello Stato alle Regioni ed agli Enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59): la disposizione, infatti, stabilì, che, rispettivamente, sia la deliberazione e la revoca dello stato d'emergenza, sia le conseguenti ordinanze di protezione civile, dovessero essere adottate, senza eccezione o precisazione alcuna, d'intesa con le Regioni interessate. La

¹⁹ G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 2199.

²⁰ G.U. RESCIGNO, *op. e loc. ult. cit.*

²¹ Vedi *supra*, Cap. II, par. 5.

prescrizione dell'intesa con gli enti territoriali fu poi riprodotta anche nella legislazione successiva in materia di protezione civile²².

La necessità dell'intesa con la Regione o le Regioni interessate – a tutela della sfera di autonomia costituzionalmente garantita all'ente regionale e in ossequio al principio di leale collaborazione – fa, insomma, da “contrappeso” e da limite rispetto a quella che la dottrina²³ ha evidenziato essere la cifra “centralista” dell'impianto della legge n. 225/1992²⁴: l'accentramento a livello statale, e nel

²² Si veda l'art. 5, comma 2, del d.l. n. 343/2001 (convertito, con modificazioni nella l. n. 401/2001), a norma del quale «il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero il Ministro dell'Interno da lui delegato, predispone gli indirizzi operativi dei programmi di previsione e prevenzione dei rischi, nonché i programmi nazionali di soccorso e i piani per l'attuazione delle conseguenti misure di emergenza, di intesa con le Regioni e gli enti locali»; il comma 4-bis del medesimo art. 5, il quale prevede che «il Dipartimento della protezione civile, d'intesa con le Regioni, definisce, in sede locale e sulla base di piani di emergenza, gli interventi e la struttura organizzativa necessari per fronteggiare gli eventi calamitosi da coordinare con il Prefetto anche per gli aspetti dell'ordine e della sicurezza pubblica». Anche il recente intervento di riforma della protezione civile, operato con la già esaminata (vedi supra, Cap. II, par. 8) legge n. 100/2012, di conversione del d.l. n. 59/2012, ribadisce la necessità dell'intesa con le Regioni interessate dall'evento straordinario per l'attivazione dei poteri emergenziali. La citata legge, infatti, introduce ai commi 1 e 2 dell'art. 5 della legge n. 225/1992 quanto già previsto dall'art. 107, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. n. 112/1998, prescrivendo l'intesa con la Regione o le Regioni interessate, rispettivamente, sia per la deliberazione dello stato di emergenza, sia per l'adozione delle conseguenti ordinanze.

²³ Vedi, soprattutto, F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, cit.,

²⁴ Tale cifra, d'altra parte, emerse, in filigrana, anche nella primissima giurisprudenza costituzionale che si pronunciò sulla legittimità costituzionale dell'impianto della legge n. 225 del 1992 in relazione al rapporto tra Stato e Regioni. Già nella sentenza n. 418 del 1992 (Corte costituzionale, 9 novembre 1992, n. 418, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3944 e ss.) – con la quale fu deciso un ricorso della Regione Lombardia, che lamentava il contrasto con l'art. 117 Cost. (nella formulazione allora vigente) e con i

Governo in particolare, dei poteri *extra ordinem* di protezione civile, in grado di derogare anche all'ordinario riparto di competenze degli enti territoriali coinvolti.

2. (segue): *Il contenuto delle ordinanze come integrativo dei principi fondamentali potere di ordinanza di protezione civile e la lesione delle competenze regionali. I limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale*

Tale cifra “centralista” pare essersi accentuata, per un apparente paradosso, a seguito della modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001, la quale, invece, mirava a ridisegnare in senso maggiormente autonomista i rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali.

Per quanto precipuamente attiene al riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni, come è noto, la revisione costituzionale dell'art.

principi fondamentali dell'ordinamento giuridico di alcune norme della legge n. 225/1992, in quanto avrebbero comportato la riappropriazione da parte dello Stato di materie riservate alle Regioni – la Consulta, pur negando che la legge impugnata avesse modificato il riparto di competenze tra i due Enti e pur ricostruendo il disegno complessivo del legislatore in senso policentrico, concluse giustificando la portata “accentratrice” di alcune disposizioni, considerando come «non risulta irrazionale infatti che, di fronte alla imminenza e alla gravità del pericolo per l'integrità di beni fondamentali per l'uomo, siano individuate autorità in grado di agire immediatamente, coordinando l'azione di tutti gli organismi implicati, né risulta irrazionale che tali autorità siano individuate in quelle statali, tenuto conto del coinvolgimento nella emergenza di amministrazioni di ogni livello, incluso per l'appunto quello centrale» (Corte costituzionale, 9 novembre 1992, n. 418, cit., punto 5. *Considerato in diritto*).

117 Cost. ha comportato, infatti, il passaggio da una formulazione che elencava puntualmente le materie di competenza concorrente tra Stato e Regioni, implicitamente facendo rientrare tutte le altre, innominate, materie nella competenza esclusiva dello Stato, ad una formulazione “tripartita” che, al comma 2, elenca le materie di competenza esclusiva dello Stato, al comma 3, elenca quelle di competenza concorrente e, al comma 4, prevede una clausola di competenza residuale regionale per tutte le materie non espressamente elencate.

Nelle materie di legislazione concorrente, di cui al menzionato comma 3, spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato: tra queste materie figura anche quella della “protezione civile”.

Sul punto, la giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V ha, a più riprese, qualificato le disposizioni del già citato art. 107, comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e quelle contenute nell’art. 5 della legge n. 225/1992 come espressive dei principi fondamentali posti dalla legislazione statale, al cui rispetto è, dunque, vincolata la concorrente potestà legislativa regionale nella materia della “protezione civile”.

In particolare, vengono in rilievo alcune sentenze (nn. 82/2006, 284/2006, 277/2008) con cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle leggi regionali che avevano tentato di introdurre una disciplina della situazione emergenziale in senso non conforme a quanto fatto dal Governo con l’esercizio dei poteri contingibili ed

urgenti di protezione civile, in conseguenza della dichiarazione statale dello stato di emergenza, ai sensi dell'art. 5 legge n. 225/1992.

I prodromi di questo orientamento giurisprudenziale sono rintracciabili già nella sentenza n. 327 del 2003²⁵ con cui la Corte, nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità sollevate dal ricorso dello Stato avverso la legge della Regione Marche n. 32 de 2001 (Sistema regionale di protezione civile), per contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost., aveva delineato l'inquadramento dei principi fondamentali della materia rinvenibili nel sistema della legislazione vigente.

Sul punto, la Consulta, pur individuando nella legge n. 225 del 1992 un modello di organizzazione diffusa a carattere policentrico, ebbe modo di riconoscere che «per quanto riguarda la disciplina relativa all'emergenza, è stata prevista una competenza dello Stato per i soli eventi di natura straordinaria di cui all'art. 2, comma 1, lettera c), della legge n. 225 del 1992. In effetti, lo Stato, d'intesa con le Regioni interessate, delibera e revoca lo stato di emergenza, emana le ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza, predispone i piani di emergenza e la loro attuazione (art. 107 del d.lgs. n. 112 del 1998 e art. 5, comma 4-*bis*, del decreto-legge n. 343 del 2001, convertito nella legge n. 401 del 2001)»²⁶.

²⁵ Corte costituzionale, 30 ottobre 2003, n. 327, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 3114 e ss., con nota di E. DI BENEDETTO, *Decretazione d'urgenza in materia di competenza regionale. Spunti di riflessione*, *ivi*, p. 3979 e ss.

²⁶ Corte costituzionale, 30 ottobre 2003, n. 327, cit., punto 2. *Considerato in diritto*.

Una prima applicazione della evidenziata ricostruzione dei principi fondamentali, posti dalla legislazione statale nella materia concorrente della protezione civile, ad una legge regionale si ebbe con la sentenza n. 82 del 2006²⁷.

Con questa decisione, la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4, della legge della Regione Campania n. 8 del 2004, censurato dal ricorso statale in riferimento all'art. 117, comma 3, Cost. e all'art. 5 della legge n. 225/1992, «in quanto la norma pretenderebbe di (continuare ad) attribuire al Sindaco di Napoli i poteri commissariali previsti dall'ordinanza n. 3142/2001 del Ministro dell'interno, nonostante che in data 31 luglio 2004 sia venuto meno lo stato di emergenza decretato (e poi prorogato), in relazione al crollo di un edificio nel quartiere dell'Arenella della città di Napoli, dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri dell'11 luglio 2001, del 2 agosto 2002 e del 12 settembre 2003»²⁸.

In particolare, la disposizione, pur essendo entrata in vigore dopo la cessazione dello stato di emergenza, attribuiva al Sindaco di Napoli il potere di provvedere alla gestione delle somme stanziata a favore degli interventi di ripristino e ricostruzione, previsti dalla già citata ordinanza del Ministro dell'Interno n. 3142/2001, secondo le procedure e le deroghe di cui all'ordinanza stessa.

²⁷ Corte costituzionale, 3 marzo 2006, n. 82, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 888 e ss.

²⁸ Corte costituzionale, 3 marzo 2006, n. 82, cit., punto 2. *Considerato in diritto*.

Nel dichiarare fondata la censura di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost., il giudice costituzionale ne rilevò il contrasto, da un lato, con l'art. 5 della legge n. 225 del 1992 e, dall'altro, con l'art. 107, comma 1, lettere *b*) e *c*), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59), il quale «chiarisce che tali funzioni hanno rilievo nazionale, escludendo che il riconoscimento di poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente possa avvenire da parte di una legge regionale»²⁹.

A tale conclusione la Corte giunse, richiamando la sua precedente e citata sentenza n. 327/2003, individuando queste due previsioni «come espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, sicché deve ritenersi che esse delimitino il potere normativo regionale, anche sotto il nuovo regime di competenze legislative delineato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione)»³⁰.

È nelle due successive sentenze, tuttavia, che più chiaramente emerge il profilo “centralista” della disciplina dei poteri emergenziali di ordinanza di protezione civile recata dalla legge n. 225 del 1992, accentuato sia dalla lettura che ne ha dato la giurisprudenza

²⁹ Corte costituzionale, 3 marzo 2006, n. 82, cit., punto 3.2. *Considerato in diritto*.

³⁰ Corte costituzionale, 3 marzo 2006, n. 82, cit., punto 3.2. *Considerato in diritto*.

costituzionale, sia, soprattutto, dalla conformazione che quei poteri hanno assunto nella prassi³¹.

Il riferimento è, in primo luogo, alla sentenza n. 284 del 2006³². La decisione trae origine da un ricorso in via principale dello Stato, che lamentava la violazione degli artt. 117, comma 1, comma 2, lett. s), comma 3, e 120, comma 2, Cost., da parte di alcune disposizioni della legge n. 13/2005 della Regione Calabria: l'art. 14, comma 5, e l'art. 33, comma 2, che prevedevano, in attesa del nuovo piano regionale dei rifiuti, la sospensione degli interventi, rispettivamente, di realizzazione del raddoppio del termovalorizzatore di Gioia Tauro e di attivazione dell'esercizio dell'impianto di smaltimento e stoccaggio dei rifiuti solidi urbani di Reggio Calabria, entrambi disposti dal Commissario delegato per l'emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria nell'esercizio del suo potere di ordinanza di protezione civile.

Sul punto, merita di essere messo in rilievo, come ha fatto anche la Corte³³, il contesto in cui si è sviluppata la vicenda normativo-amministrativa, che è sfociata, poi, nel giudizio di legittimità costituzionale deciso con la citata sentenza n. 284/2006.

³¹ Per cui si rinvia *supra*, Cap. II, par. 7.

³² Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 2916 e ss., con note critiche di S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, *ivi*, p. 2926 e ss. e di G. FARES, *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell'autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, *ivi*, p. 2932 e ss.

³³ Cfr. Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284, cit., punto 2.1. *Considerato in diritto*.

A differenza della precedente, e già esaminata, sentenza n. 82/2006, in cui la dichiarazione di emergenza, pur prorogata più di una volta, concerneva una determinata e ben individuata situazione di necessità e urgenza, relativa al crollo di un singolo edificio, nel caso della Regione Calabria, lo stato emergenziale interessava, e già da molti anni, l'intero settore amministrativo dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani³⁴.

³⁴ Cfr. Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284, cit., punto 2.1. *Considerato in diritto*, in cui la vicenda è stata puntualmente ricostruita. Vi si legge, infatti, che «con d.P.C.M. 12 settembre 1997 è stato dichiarato, “fino al 31 dicembre 1998”, lo stato di emergenza nella Regione Calabria a causa della crisi socio-economico-ambientale determinatasi nel settore dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani. Tale crisi è dipesa dalla “inadeguatezza infrastrutturale delle discariche preesistenti”, che ha fatto insorgere una “situazione straordinaria che presenta peculiarità tali da poter essere considerata estremamente pericolosa per l'ambiente e per la salute della popolazione residente costretta a convivere in un contesto di particolare degrado” (citato d.P.C.M. 12 settembre 1997). Da qui la necessità di far fronte alle gravi carenze strutturali e alla conseguente situazione di emergenza ambientale attraverso l'impiego di mezzi e poteri straordinari. A questo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri ne sono succeduti altri (d.P.C.m. 23 dicembre 1998; d.P.C.m. 29 dicembre 1999; d.P.C.m. 16 giugno 2000; d.P.C.m. 14 gennaio 2002; d.P.C.m. 20 dicembre 2002; d.P.C.m. 23 dicembre 2003; d.P.C.m. 23 dicembre 2004; d.P.C.m. 13 gennaio 2006; d.P.C.m. 2 marzo 2006), che hanno prorogato lo stato di emergenza nel territorio regionale per periodi variamente determinati, fino alla data del 31 maggio 2006, prevista dall'ultimo dei decreti sopra indicati». La Corte completa, poi, l'inquadramento della vicenda nei successivi punti 2.2. e 2.3. *Considerato in diritto*, nei quali, rispettivamente, precisa che «durante la vigenza della predetta situazione di grave rischio ambientale il Presidente della Regione Calabria, in qualità di Commissario delegato, ha, tra l'altro, emesso l'ordinanza 29 luglio 2002, n. 1963, con la quale, dopo avere approvato il relativo progetto, ha autorizzato la realizzazione e l'esercizio dell'impianto di smaltimento e stoccaggio di rifiuti solidi urbani sito in Reggio Calabria, località “Sambatello”. Lo stesso Commissario delegato, con ordinanza 17 marzo 2004, n. 2885, ha approvato il progetto e autorizzato la realizzazione e l'esercizio degli interventi di potenziamento dell'impianto di termovalorizzazione di Gioia Tauro “localizzato nell'area di sviluppo industriale di Gioia Tauro, Rosarno e San Ferdinando nel Comune di Gioia Tauro”» e che «in questo contesto si collocano i censurati articoli 14, comma 5, e 33, comma 2, della legge della Regione Calabria n. 13 del 2005. Il

Anche in tale occasione, la Consulta accolse la questione di legittimità costituzionale, richiamando e facendo applicazione della sua precedente giurisprudenza con la quale aveva qualificato le previsioni dell'art. 5 della legge n. 225/1992 e dell' art. 107, comma 1, lettere *b*) e *c*), del decreto legislativo n. 112/1998 come espressive dei principi fondamentali della materia, di potestà concorrente, “protezione civile” e, in quanto tali, delimitative del potere normativo regionale³⁵. La Corte precisò, poi, il suo pregresso orientamento, aggiungendo che «lo Stato è, dunque, legittimato a regolamentare – in considerazione della peculiare connotazione che assumono i “principi fondamentali” quando sussistono ragioni di urgenza che giustificano l'intervento unitario del legislatore statale – gli eventi di natura straordinaria di cui all'art. 2, comma 1, lettera *c*), della stessa legge n. 225 del 1992, anche mediante l'adozione di specifiche ordinanze autorizzate a derogare, in presenza di determinati presupposti, alle stesse norme primarie»³⁶.

legislatore regionale, in attesa dell'approvazione del nuovo «piano regionale dei rifiuti», con le norme impugnate, ha sospeso gli effetti di entrambe le ordinanze sopra indicate (ancorché venga espressamente citata la sola ordinanza 29 luglio 2002, n. 1963), bloccando “temporaneamente” la realizzazione sia del raddoppio del termovalorizzatore di Gioia Tauro sia dell'impianto di smaltimento e stoccaggio dei rifiuti sito in Reggio Calabria».

³⁵ Anche in questo caso, dunque, la dichiarazione di illegittimità costituzionale viene fondata sulla violazione dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, come chiaramente espresso nel punto 4. *Considerato in diritto*, che chiude la parte motiva della decisione.

³⁶ Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284, cit., punto 3.1.1. *Considerato in diritto*.

Conseguentemente, le norme impugnate furono censurate dal giudice costituzionale, avendo esse adottato, pur essendo ancora in atto la situazione di emergenza, una disciplina destinata ad incidere sugli effetti prodotti dalle ordinanze emanate dal Commissario delegato ed in quanto «la Regione – derogando, in tal modo, a quanto previsto dalle predette ordinanze, della cui legittimità amministrativa in questa sede si prescinde – ha violato i principi fondamentali posti dall'art. 5 della legge n. 225 del 1992, con cui è stato autorizzato in via provvisoria l'esercizio dei predetti poteri di ordinanza (...) Deve, infatti, ribadirsi che, vigente la situazione di emergenza, le Regioni non hanno alcun potere “straordinario” o “derogatorio” della legislazione in vigore (cfr. sentenza n. 82 del 2006), né tantomeno sono legittimate a paralizzare gli effetti di provvedimenti specificamente indirizzati a fronteggiare una situazione di grave crisi ambientale ancora in atto»³⁷.

La Corte, tuttavia, si premurò di precisare che la esposta delimitazione del potere normativo regionale non significa «che l'emergenza possa giustificare “un sacrificio illimitato dell'autonomia regionale”»: la salvaguardia delle attribuzioni legislative regionali viene garantita attraverso la configurazione di un potere di ordinanza, eccezionalmente autorizzato dal legislatore statale, ben definito nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio (sentenze n. 127 del 1995 e n. 418 del 1992) (...) Nel caso in cui le ordinanze emanate non dovessero rispettare i suddetti limiti sostanziali e procedurali, posti

³⁷ Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284, cit., punto 3.2. *Considerato in diritto*.

a presidio delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite, tali ordinanze, avendo natura di provvedimenti amministrativi soggetti ai normali controlli giurisdizionali (sentenze n. 4 del 1977, n. 26 del 1961 e n. 8 del 1956), possono essere contestate dalla Regione nelle competenti sedi giudiziarie ed eventualmente, ricorrendone i necessari presupposti, anche innanzi a questa Corte mediante ricorso per conflitto di attribuzione»³⁸.

In definitiva, concluse la Consulta, «il legislatore regionale non può utilizzare (...) la potestà legislativa per paralizzare – nel periodo di vigenza della situazione di emergenza ambientale – gli effetti di provvedimenti di necessità ed urgenza, non impugnati, emanati in attuazione delle riportate disposizioni di legge espressive di principi fondamentali»³⁹.

La seconda decisione che viene in rilievo è, poi, la successiva e collegata sentenza n. 277 del 2008⁴⁰.

Con tale pronuncia fu dichiarata la illegittimità costituzionale della legge della Regione Calabria n. 27 del 2007 (Integrazione del piano regionale dei rifiuti), la quale, in violazione del giudicato costituzionale di cui alla precedente sent. n. 284/2006, aveva nuovamente previsto la sospensione della realizzazione del raddoppio del termovalorizzatore di Gioia Tauro, motivandola, stavolta, con la

³⁸ Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284, cit., punto 3.3. *Considerato in diritto*.

³⁹ Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284, cit., punto 3.3. *Considerato in diritto*.

⁴⁰ Corte costituzionale, 16 luglio 2008, n. 277, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3119 e ss.

necessità di consentire l'espletamento delle verifiche di compatibilità ambientale, economica e tecnologica dell'impianto in questione.

La Corte, dopo aver ancora una volta ripercorso la vicenda normativa e amministrativa della situazione di crisi socio-economico-ambientale determinatasi nel settore dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani nella regione Calabria⁴¹, ribadì la sua giurisprudenza, annullando anche in questo caso la legge regionale per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in riferimento alle previsioni degli articoli 5 della legge n. 225/1992 e 107 del d.lgs. n. 112/1998⁴², le quali legittimano lo Stato ad adottare specifiche ordinanze di necessità ed urgenza per ovviare a situazioni di emergenza e «sono espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, che assume una valenza particolarmente pregnante quando sussistano ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato (sentenza n. 284 del 2006)»⁴³.

A questo punto, può notarsi come il “combinato disposto”, da un lato, delle dimensioni che i poteri di ordinanza di protezione civile hanno assunto a causa delle distorsioni legislative e della prassi e, dall'altro, della esposta giurisprudenza costituzionale⁴⁴, abbia fatto

⁴¹ Cfr. Corte costituzionale, 16 luglio 2008, n. 277, cit., punto 2.1. *Considerato in diritto*

⁴² Sui quali la decisione della Corte ancora una volta si sofferma nel punto 2. *Considerato in diritto*.

⁴³ Corte costituzionale, 16 luglio 2008, n. 277, cit., punto 2.3. *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Quest'ultima può iscriversi in quel più generale orientamento della Corte, successivo alla riforma del Titolo V da parte della l. cost. n. 3 del 2001 e a cui può qui soltanto accennarsi, con il quale la Consulta pare aver ridisegnato, in via pretoria ed in senso più

emergere il già cennato paradosso per cui «la soluzione della competenza ripartita, che sulla carta avrebbe dovuto garantire maggiormente l'autonomia regionale (...) finisce invece con il restringere la prospettiva delle regioni, comprimendone la competenza normativa»⁴⁵, venendo a costituire un possibile “punto di frizione” con le garanzie costituzionali della sfera di autonomia regionale.

Come parte della dottrina ha avuto modo di notare da questo punto di vista, la soluzione più auspicabile sarebbe stata quella di fondare le competenze che derivano dalla deliberazione dello stato di emergenza sulla disciplina costituzionale del potere sostitutivo statale, di cui all'art. 120, comma 2, Cost.⁴⁶ e all'art. 8 della legge n. 131 del

“centralista” o comunque più attento a recuperare un ruolo unitario alla superiore istanza statale, l'impianto e l'ispirazione originaria della revisione costituzionale. Emblematica, da questo punto di vista, è la vicenda dell'uso della legalità, nella giurisprudenza costituzionale, come argomento in chiave difensiva delle funzioni statali e come presupposto per affermare la centralità statale, puntualmente ricostruita da S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, 2012, p. 174 e ss.

⁴⁵ G. FARES, *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell'autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, cit., p. 2939.

⁴⁶ Come è noto, la disposizione prevede che «il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e per la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce procedure atte a garantire che poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione».

2003, attuativo della disposizione costituzionale⁴⁷, oppure sulla c.d. “chiamata in sussidiarietà” delle funzioni amministrative⁴⁸.

Nel primo caso, infatti «il peculiare meccanismo dell’art. 5, in relazione alla lettera c) dell’art. 2 della l. n. 225, e in combinato con l’art. 107 del d.lgs. n. 112, rappresenta una disciplina che risponde singolarmente al modello dell’art. 120, comma 2, Cost., della sostituzione straordinaria»⁴⁹, ma che, indubbiamente, nel richiedere la sola intesa con la Regione interessata per l’attivazione dei poteri emergenziali del Governo centrale, risulta essere meno attenta alla sfera di autonomia regionale, rispetto alla tutela che a questa viene garantita dalla procedura relativa all’attivazione dei poteri dell’art. 120, comma 2, Cost., disciplinata dal citato art. 8 della legge n. 131/2003⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, cit., p. 2932. *Contra*, a difesa della soluzione data dalla Corte, si veda R. DICKMAN, *Competenza e regime giuridico dei provvedimenti adottati nell’esercizio dei poteri sostitutivi e di ordinanza del Governo*, in *Foro amministrativo. Consiglio di Stato*, 2008, p. 2549 e ss.

⁴⁸ Cfr. G. FARES, *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell’autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, cit., pp. 2938-2939. *Contra*, R. DICKMAN, *op. ult. cit.*

⁴⁹ S. MANGIAMELI, *op. e loc. ult. cit.*

⁵⁰ In particolare, la disposizione prevede, prima, l’assegnazione alla Regione o all’Ente locale di un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; solo a seguito dell’inutile decorrenza di tale termine, poi, il Consiglio dei Ministri, sentito l’organo interessato, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario (comma 1). Inoltre, solo nei casi di assoluta urgenza, qualora l’intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza metter in pericolo le finalità tutelate dall’art. 120, il Consiglio dei Ministri adotta direttamente i provvedimenti necessari, comunicandoli immediatamente alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, le quali possono chiederne il riesame.

Nel secondo caso, rispetto alla rigida scelta “centralista” sottesa alla generale qualificazione degli articoli 5 della legge n. 225/1992 e 107 del d.lgs. n. 112/1998 come principi fondamentali della materia concorrente della protezione civile, «l’opzione alternativa della chiamata in sussidiarietà potrebbe legarsi, viceversa, ad una concezione più fortemente policentrica, che rifiuta l’idea unitaria immanente e giustifica solo caso per caso, in presenza di comprovate ragioni contingenti, il sacrificio dell’autonomia regionale o l’estromissione delle comunità locali dalla gestione degli interventi sul territorio, in una cornice in cui le funzioni di promozione e coordinamento ben possono riconoscersi, peraltro, in capo al potere statale»⁵¹.

La ricostruzione dei principi fondamentali nei termini sopravvisti⁵², invece, vincolerebbe in maniera potenzialmente illimitata la potestà normativa regionale e – dotata di una straordinaria *vis* espansiva, in relazione alla pluralità di ambiti materiali, tutti astrattamente riconducibili, in casi di emergenza, alla materia della protezione civile – celerebbe, in realtà, un ritaglio di competenze a

⁵¹ G. FARES, *op. e loc. ult. cit.*

⁵² Ricostruzione che potrebbe qualificarsi come uso estensivo del concetto di “principio fondamentale della materia”, già praticato dalla Corte prima della riforma del Titolo V. Sul punto, può vedersi R. TOSI, *“Principi fondamentali” e leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Padova, 1987. Per una analisi dei problemi vecchi e nuovi affrontati dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al tema dei principi fondamentali nelle materie di potestà legislativa concorrente, si veda il recente saggio di F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2011, p. 287 e ss.

favore dello Stato⁵³, sancendo «la pressoché totale emarginazione del legislatore regionale sul piano applicativo»⁵⁴ e privando di «significato sostanziale la qualificazione della protezione civile come materia di competenze concorrente fra Stato e Regioni. Non resta altro, a ben vedere, che un'intesa, nella consapevolezza che la competenza è del commissario e delle sue ordinanze»⁵⁵.

Sembra, dunque, potersi dire che l'accoglimento delle soluzioni prospettate dalla dottrina pare essere idoneo – soprattutto quando si tratti di situazioni emergenziali che si protraggano nel tempo e che siano indice di scarsa adeguatezza gestionale del livello amministrativo e territoriale inferiore, più che di una reale condizione eccezionale – sia a consentire una maggiore tutela della autonomia costituzionalmente garantita alle Regioni, nel rispetto del principio di sussidiarietà, sia a ricondurre l'intervento dei poteri di ordinanza di

⁵³ Sul punto, si vedano ancora S. MANGIAMELI, *op. ult. cit.* e G. FARES, *op. ult. cit.*

⁵⁴ G. FARES, *op. ult. cit.*, p. 2938.

⁵⁵ G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010, p. 212, la quale rileva anche che «si osserva così un'ulteriore modalità di attrazione in capo allo Stato di funzioni altrimenti spettanti alle Regioni, indipendentemente dal riparto di competenze» (p. 213). La stessa Autrice individua, poi, nell'applicazione del principio di sussidiarietà il meccanismo più adeguato per evitare che si determini la “stabilizzazione dell'emergenza”, con la prolungata gestione da parte dello Stato, anche ben oltre la fase acuta dell'emergenza, di interi settori normativo-amministrativi di ordinaria competenza regionale (p. 218 e ss.). Sul punto, si veda anche F. MARONE, *Temporaneità dei poteri d'urgenza e competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 2265 e ss.

protezione civile del Governo centrale a quei casi in cui effettivamente si verifici un evento eccezionale non altrimenti fronteggiabile⁵⁶.

3. *Le ordinanze di protezione civile e i decreti-legge: un sistema parallelo. L'estromissione delle istanze di controllo e del rapporto Parlamento-Governo*

Uno dei profili che, sin dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ha costituito un punto di "frizione" dell'istituto delle ordinanze *extra ordinem* del Governo con l'ordinamento costituzionale è rappresentato dal problematico rapporto in cui questo istituto viene a trovarsi con il decreto-legge.

Il punto è stato più volte posto in rilievo dalla dottrina che si è occupata del decreto-legge, la quale ha spesso sostenuto l'incompatibilità con la disposizione dell'art. 77 Cost. delle norme legislative attributive dei poteri derogatori di ordinanza di necessità e urgenza⁵⁷.

⁵⁶ Questa considerazione prescinde da quanto si dirà di qui a poco in punto di compatibilità dei poteri di ordinanza di protezione civile del Governo con l'art. 77 Cost. e con il principio di legalità.

⁵⁷ Cfr., fra tutti, C. ESPOSITO, *Decreto-legge* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 866, il quale escludeva che «leggi ordinarie possano prevedere che organi diversi dal Governo possano essere parimenti e con correntemente abilitati a prendere provvedimenti *extra ordinem* in caso di necessità e di urgenza» e L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, che conclude per la «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

Tuttavia, come si è avuto modo di vedere, la giurisprudenza costituzionale che si è venuta formando in relazione alle disposizioni che contemplano le ordinanze, ne ha sempre escluso la illegittimità costituzionale, tentando però, al contempo, di delinearne i limiti per contenere gli aspetti più problematici ed “eversivi” dell’istituto in discorso⁵⁸.

La questione del rapporto tra le ordinanze di necessità e urgenza e il decreto-legge si è riacutizzata proprio in seguito all’entrata in vigore della legge n. 225 del 1992, istitutiva del Servizio nazionale di protezione civile, e, soprattutto, alle distorsioni della originaria fisionomia dei poteri di ordinanza che i successivi interventi normativi e la prassi applicativa hanno comportato⁵⁹.

Già la prima dottrina che si occupò dei problemi sollevati dalla disciplina dei poteri di ordinanza di protezione civile, di cui all’art. 5 della legge n. 225/1992, rilevò come la circostanza che la dichiarazione dello stato di emergenza provenisse dal Consiglio dei Ministri – cioè da quello stesso organo che, negli stessi casi contemplati dalla legge n. 225, ben avrebbe potuto adottare un decreto-legge – fosse spia di un meccanismo potenzialmente idoneo a eludere l’art. 77 Cost.: in tal guisa, infatti, «si ottengono almeno

Governo». Sul punto, si veda anche quanto esposto *supra*, Cap. I, par. 5, alle cui note si rinvia.

⁵⁸ Per l’esposizione e l’analisi della menzionata giurisprudenza, vedi *supra*, Cap. II, par. 4.

⁵⁹ Sul punto, vedi *supra*, Cap. II, parr. 6 e 7.

quattro risultati sul piano giuridico-istituzionale, tutti elusivi rispetto alla Costituzione: *a)* il Consiglio dei Ministri si limita a dichiarare l'emergenza, ma si libera (o viene "liberato") dalla necessità di decidere come tale emergenza va fronteggiata: questa viene demandata ad altra autorità e ad altri atti, tra i quali le ordinanze; *b)* la disciplina sostanziale per l'emergenza, venendo posta con ordinanze, e non con decreto-legge da convertire in legge, sfugge al controllo di costituzionalità (a cui sarebbe sottoposta se adottata con decreto-legge convertito), una volta stabilito, come ha detto e ribadito la Corte, che l'ordinanza di necessità e urgenza non ha forza di legge; *c)* il Parlamento, sul piano istituzionale, viene escluso dalla vicenda (...); *d)* anche il Presidente della Repubblica, che non emana la dichiarazione di emergenza e meno che mai le ordinanze, è tagliato fuori dalla cosa»⁶⁰.

I profili di contrasto evidenziati si sono ulteriormente acuiti, in ragione dei due connessi fenomeni, da un lato, della evoluzione della giurisprudenza costituzionale in senso restrittivo dell'uso (e, soprattutto, dell'abuso) del decreto-legge e, dall'altro, la già menzionata espansione dell'ambito di operatività delle ordinanze di protezione civile, a seguito degli interventi normativi e delle prassi applicative, di cui si è già trattato.

⁶⁰ G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, pp. 2189-2190.

Dal primo punto di vista, il riferimento è ovviamente al notissimo orientamento della Corte costituzionale⁶¹ che, iniziato con l'altrettanto nota sentenza n. 29 del 1995⁶² e proseguito con le sentenze n. 360 del 1996⁶³, 171 del 2007⁶⁴, 128 del 2008⁶⁵ e, da ultimo, 22 del 2012⁶⁶, ha

⁶¹ Non è possibile qui dare conto dei problemi che hanno trovato soluzione e di quelli che, invece, sono sorti a seguito di tale giurisprudenza. Ci si limiterà, pertanto, a fare riferimento ai soli effetti tendenziali e complessivi che essa ha sortito nei confronti del fenomeno della decretazione d'urgenza. Allo stesso modo, non possono essere qui analizzate in profondità le questioni affrontate nelle sentenze menzionate di seguito nel testo. Anche in tal caso, perciò, si indicheranno, nelle note seguenti, solo i principali profili di novità delle pronunce.

⁶² Con la quale, come è noto, è stata affermata la possibilità di sindacato del Presidente della Repubblica, in via preventiva, e della Corte, in via successiva, sull'evidente mancanza dei presupposti del decreto-legge, richiesti dall'art. 77 Cost., la quale si configura come vizio tanto dell'atto normativo del Governo, quanto della successiva legge di conversione.

⁶³ Con cui la Corte ha dichiarato l'incompatibilità con l'art. 77 Cost. della prassi della c.d. reiterazione del decreto-legge, per l'alterazione che essa comporta non solo relativamente ai caratteri e ai presupposti del decreto-legge, ma anche, su un piano più generale, in relazione alla fisionomia della forma di governo parlamentare e all'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento.

⁶⁴ Su cui si vedano i commenti di F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 1678 e ss.; P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171/2007*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 2677 e ss.; R. ROMBOLI, *Una sentenza «storica»: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza*, in *Foro italiano*, 2007, I, p. 1986 e ss.

⁶⁵ Le due sentenze citate hanno costituito, come noto, le prime applicazioni del sindacato della Corte costituzionale sulla evidente mancanza dei presupposti di necessità e urgenza del decreto-legge, pervenendo alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme sottoposte al suo giudizio e carenti di quei presupposti.

⁶⁶ Con cui la Corte ha sancito l'illegittimità costituzionale delle nuove norme inserite dal Parlamento nella legge di conversione del decreto-legge, quando queste esorbitino dalla

circondato il decreto-legge e il suo procedimento di conversione di una serie di limiti, volti a mitigarne (ed eventualmente sanzionarne) l'eccessivo ricorso da parte del Governo.

Dal secondo punto di vista, può notarsi come proprio il progressivo affermarsi di tale giurisprudenza abbia “dato il la”, prima, al sempre più frequente utilizzo dei poteri di ordinanza di protezione civile da parte del Governo e, poi, ai più volte citati, e già esaminati, interventi distorsivi della legislazione sulle ordinanze di protezione civile e della sua applicazione.

Come ha avuto modo di porre in rilievo la dottrina, infatti, si è progressivamente assistito, soprattutto dopo la sentenza n. 360 del 1996, ad un rapporto di relazione inversa tra il ricorso del Governo al decreto-legge e quello alle ordinanze di protezione civile⁶⁷.

L'evolversi ed il consolidarsi di tale linea di tendenza ha dato origine a quello che la dottrina ha definito un vero e proprio “sistema parallelo”⁶⁸, in cui il potere di ordinanza di protezione civile è venuto

omogeneità complessiva della normativa, da riguardarsi in relazione al profilo della funzionalità teleologica: la rispondenza, cioè, ad una coerente finalità di risposta ad un caso di necessità e urgenza, presupposto dell'intero meccanismo della decretazione urgente.

⁶⁷ Per una dettagliata analisi di tale fenomeno, si veda A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 26 e ss.

⁶⁸ In tal senso si esprime C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2009, p. 317 e ss.

sostanzialmente a sostituirsi, nella funzione, alla decretazione d'urgenza⁶⁹.

Non stupisce, dunque, se i problemi sollevati dall'abuso del decreto-legge, problemi a cui ha cercato di dare risposta la giurisprudenza costituzionale, si ripropongano, con accenti ancora più forti, per le ordinanze *extra ordinem* di protezione civile.

Queste, infatti, come bene aveva notato la dottrina a cui si è fatto innanzi cenno⁷⁰, si sottraggono a tutte le istanze di controllo che la giurisprudenza costituzionale citata ha, invece, rafforzato in relazione alla decretazione d'urgenza. Può in tal senso parlarsi di una vera e propria “fuga dai controlli”⁷¹, operata dal Governo con il sistematico ricorso ai poteri derogatori di protezione civile.

⁶⁹ Evidenzia questo aspetto F.F. PAGANO, *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del Governo*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4/2011, disponibile al sito web www.associazionedeicostituzionalisti.it, il quale individua in quello del potere di ordinanza di protezione civile un «sistema di regolazione dell'emergenza alternativo rispetto a quello delineato dal Costituente» (pag. 2).

⁷⁰ Vedi nota 59.

⁷¹ Usa tale espressione F. BIONDI DAL MONTE, *La politica della perenne emergenza e i poteri extra ordinem del Governo*, in M. CARTABIA-E. LAMARQUE- P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, p. 239, che la riferisce, però, alla sottrazione delle ordinanze al controllo preventivo della Corte dei Conti (della vicenda si è trattato *supra*, Cap. II, par. 6). Il fenomeno può, comunque, inscrivere nella più generale tendenza del potere esecutivo a sottrarsi alle istanze di controllo: ne possono essere considerate un esempio la “fuga dal regolamento”, conseguente alla disciplina della potestà regolamentare del Governo da parte della legge n. 400 del 1988 (su cui si veda V. COCOZZA, *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, IV edizione, Napoli, 2005, pag. 105 e ss.), e la stessa “fuga dal decreto-legge”, che si sta tratteggiando in queste pagine, conseguente alla restrittiva giurisprudenza costituzionale in tema di decretazione d'urgenza, che si è più volte citata.

L'aspetto dei poteri di ordinanza di protezione civile, differenziale rispetto al decreto-legge, che si vuole qui mettere in luce è, però, soprattutto quello della «totale marginalizzazione del ruolo del Parlamento che (...) è totalmente estraneo alla determinazione del contenuto dell'ordinanza che potrà derogare a qualunque norma legislativa (con i soli limiti dei principi generali dell'ordinamento) senza che le Camere siano in alcun modo chiamate, in via preventiva o successiva, a rivestire qualche ruolo in merito alla verifica della sussistenza dei presupposti per emanarla o rispetto all'individuazione delle norme da questa derogate. Da questo punto di vista le minori garanzie rispetto alla disciplina del decreto-legge sono evidenti»⁷².

Tali considerazioni non possono non richiamare quel passaggio della sentenza della Corte costituzionale n. 360 del 1996, in cui, trattando della reiterazione del decreto-legge, si afferma che «su di un piano più generale, la prassi della reiterazione – tanto più se diffusa e prolungata nel tempo – (...) viene, di conseguenza, a incidere negli equilibri istituzionali (...), alterando i caratteri della forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento (art. 70 Cost.)»⁷³.

Se, infatti, gli equilibri istituzionali, e ciò che ad essi consegue in termini di forma di governo e di corretto esercizio delle funzioni attribuite dalla Costituzione, risultano alterati dall'abuso del decreto-

⁷² F.F. PAGANO, *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 5.

⁷³ Punto 4. *Considerato in diritto*.

legge, a maggior ragione lo stesso potrebbe dirsi delle ordinanze di protezione civile: queste, invero, oltre ad aver assunto, per i motivi che si sono qui accennati e altrove sviluppati⁷⁴, una fisionomia che “replica” i problemi posti dall’abuso della decretazione d’urgenza, escludono “istituzionalmente” una qualsiasi forma di rapporto tra Governo e Parlamento, accentuando in modo significativo la “frizione” con alcuni degli aspetti qualificanti dell’ordinamento costituzionale.

In questa prospettiva, pare allora preferibile fare riferimento a quella dottrina, ampiamente esposta in precedenza⁷⁵, che sostiene l’incompatibilità del potere di ordinanza *extra ordinem* del Governo con l’ordinamento repubblicano, sulla base del rilievo che questo prevede il decreto-legge quale unico strumento di cui l’Esecutivo può disporre per intervenire, nei casi di necessità e urgenza, in deroga alla legge, con la conseguente necessità di un recupero successivo dell’istanza parlamentare per mezzo della legge di conversione.

4. *I recenti tentativi di ricondurre il potere di ordinanza nell’alveo del principio di legalità. Una critica*

⁷⁴ In particolare, vedi *supra*, Cap. II, parr. 6 e 7.

⁷⁵ Si allude alle tesi di G. MARAZZITA, di cui si è dato conto *supra*, Cap. I, par. 5, alle cui note si rinvia per i riferimenti bibliografici.

Il punto, che costituisce il nodo problematico centrale dell'armonico inserimento dei poteri di ordinanza *extra ordinem* nell'ordinamento costituzionale repubblicano, resta quello della difficile compatibilità di atti dell'autorità amministrativa caratterizzati dalla atipicità e dalla capacità derogatoria di ogni disposizione vigente, quali sono, appunto, le ordinanze *extra ordinem*, con il principio di legalità.

Si è già avuto modo di dare conto⁷⁶ delle diverse soluzioni teoriche che la dottrina ha elaborato, nel tentativo di sciogliere questo nodo problematico e di quelle che, invece, hanno ritenuto inconciliabili i poteri di ordinanza del Governo con l'ambiente costituzionale repubblicano.

In questa sede, non si pretende di ripercorrere le molteplici questioni poste dal principio di legalità⁷⁷, ma ci si limiterà a sottoporre ad analisi critica, come più volte anticipato nel corso della trattazione, gli ultimi approdi di quella dottrina che ha cercato di interpretare il potere di ordinanza in senso compatibile con i principi dell'ordinamento costituzionale.

In particolare, ci si riferisce al recente orientamento dottrinale che ha proposto una ricostruzione del fenomeno delle ordinanze di

⁷⁶ Vedi *supra*, Cap. I.

⁷⁷ Principio, come ancora recentemente ricordato da G. MANFREDI, *Poteri di ordinanza, legalità, "stato governativo"*, in *Amministrare*, n. 3/2013, p. 407 e ss., estremamente controverso (in particolare, p. 409 e ss.). Alcune delle cennate questioni, peraltro, sono state affrontate in sede di esposizione di quelle opzioni dottrinali che hanno prospettato una possibile riconduzione delle ordinanze *extra ordinem* sotto il menzionato principio: vedi *supra*, Cap. I.

necessità ed urgenza del Governo nell'orizzonte teorico della «munifica declinazione dello “stato costituzionale di diritto” rappresentata dallo “stato costituzionale pluralista”, ossia ... un ordinamento in cui, per effetto dell'erompere del pluralismo, si è definitivamente ed irreversibilmente affermata la superiore prescrittività della costituzione»⁷⁸.

In tale contesto, la ricostruzione teorica che si espone tenta di superare il «duplicemente irrisolto»⁷⁹ problema, che tali atti – per i loro stessi caratteri “strutturali” (atipicità, potenzialità derogatoria della legge) e «a fronte di una disciplina legislativa che può andare poco oltre l'individuazione della competenza»⁸⁰ – pongono «sia dal punto di vista del fondamento normativo sia da quello del rispetto del principio di legalità, inteso tanto come “conformità alla previa legge” quanto come “presupposizione legislativa”»⁸¹.

Sotto il primo profilo, la dottrina in discorso ritiene di poter superare le obiezioni poste contro la legittimità costituzionale delle disposizioni attributive del potere di ordinanza basate sulla espressa previsione in Costituzione di altri istituti emergenziali – come lo stato

⁷⁸ A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 382. Sul punto, si veda O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002.

⁷⁹ In tali termini si esprime A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 71. Evidenza che «il problema del rapporto di questo istituto [delle ordinanze *extra ordinem*] con il principio di legalità non è mai stato interamente risolto» anche G. MANFREDI, *Poteri di ordinanza, legalità, “stato governativo”*, cit., p. 417.

⁸⁰ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 381.

⁸¹ A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*

di guerra, ma soprattutto il decreto-legge – e sulla mancanza di analoghe disposizioni che diano fondamento costituzionale al potere di ordinanza stesso⁸².

Infatti, «nella sfera di precettività di una costituzione direttamente applicabile come fonte regolativa della realtà materiale»⁸³, viene rintracciata la possibilità di fondare un potere di ordinanza riguardato quale «canale necessario per l’attuazione dei fini costituzionali in situazioni di emergenza»⁸⁴, ovvero come strumento idoneo a dare attuazione ad «una serie di fini che proprio per la loro positivizzazione attraverso i principi diventano immanenti all’ordinamento e pretendono comunque di essere perseguiti, anche in contesti straordinari, perché la loro irrinunciabilità è il tratto saliente del patto fondativo»⁸⁵ consacrato nelle moderne costituzioni pluraliste.

In questo senso, l’emergenza opererebbe sulle norme costituzionali quale «criterio interpretativo per giungere alla determinazione della misura *ragionevole* in cui le medesime tollerano di essere *sostanzialmente violate*, e quindi allo stesso tempo *residualmente applicate*, per l’adozione degli interventi necessari al superamento dello stato d’eccezione»⁸⁶, essendo «la stessa potenzialità normativa della norma costituzionale, la cui ordinaria portata

⁸² Vedi supra, Cap. I, par. 5.

⁸³ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 384.

⁸⁴ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 388.

⁸⁵ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 388.

⁸⁶ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 389.

precettiva è “paralizzata” dalla situazione emergenziale, a richiedere per la propria attuazione l’innescò del potere sospensivo illegale in funzione conservativa, contingibile e urgente»⁸⁷.

In altre parole, la diretta applicazione della Costituzione quale fonte regolativa della realtà materiale instaura un nesso immediato e biunivoco tra la dimensione giuridica e quella fattuale: come la prima influisce sulla seconda, dettando la norma da applicare al caso concreto, così la seconda refluisce verso la prima, poiché, nell’ottica della teoria in discorso, il contesto emergenziale può essere «tale da far sì che la concreta portata precettiva che una o più norme costituzionali vengono ad assumere nello stato di crisi richieda l’adozione di misure contingibili ed urgenti (...) Il fondamento costituzionale del potere d’ordinanza è, dunque, nel complessivo significato che il contesto emergenziale fa assumere alle norme costituzionali sul sistema delle fonti, a quelle sui diritti e le libertà fondamentali ed a quelle sulle forme di autonomia territoriale, perché è dall’interpretazione delle une in relazione alle altre che si ricavano le condizioni nel rispetto delle quali quelle stesse norme tollerano di vedere costretta la propria ordinaria capacità regolativa della realtà sostanziale»⁸⁸.

⁸⁷ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 389.

⁸⁸ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 390.

Anche sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, nella sua duplice valenza garantista e democratica⁸⁹, e, dunque, rispettivamente inteso tanto come “conformità alla previa legge” quanto come “presupposizione legislativa”, i postulati dello “stato costituzionale pluralista” vengono in soccorso, secondo la dottrina in esame, ad attenuare le contraddizioni recate dal potere di ordinanza *extra ordinem* ed a stemperare «il *vulnus* che il fenomeno indiscutibilmente infligge»⁹⁰ alla tradizionale dimensione del predetto principio.

In particolare, quanto all’aspetto della “conformità alla previa legge”, espressione della accezione sostanziale della legalità e del suo portato garantista come «principio di giustiziabilità delle pretese verso la pubblica amministrazione»⁹¹, il potere di ordinanza del Governo si pone in evidente contrasto in quanto, per il carattere tendenzialmente atipico degli atti che ne concretano l’esercizio, «impedisce al

⁸⁹ Indagano approfonditamente sulla riportata duplice valenza del principio i fondamentali V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, p. 130 e ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; ID., *Legalità (principio di)* (voce), cit.; S. FOIS, *Legalità (principio di)* (voce), cit., nonché R. GUASTINI, *Legalità (principio di)* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, 1991.

⁹⁰ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 407.

⁹¹ Così, A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 113, richiamato in nota anche da A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 392, il quale riconduce al citato principio la circostanza che «il provvedimento amministrativo deve sempre essere adottato in forza di una disciplina sostanziale che definisce i limiti del potere esercitato, perché il rispetto dei medesimi possa essere oggetto di sindacato da parte del giudice a tutela delle posizioni giuridiche soggettive del privato che si assuma lesa dall’illegittimità dell’azione amministrativa».

legislatore di definire con precisione il contenuto dell'atto e, quindi, i limiti del potere, privando l'eventuale controllo giurisdizionale di un diretto e circostanziato parametro legislativo»⁹².

Nel contesto della ricostruzione teorica che si viene esponendo, questo momento di conflitto si “raffredda” proprio in ragione della superiore prescrittività costituzionale, con cui viene ad interagire l'assunto della doppia coestensività tra amministrazione e costituzione⁹³.

Questa interazione si traduce, in ambiente costituzionale pluralista in cui «qualsiasi norma costituzionale ha immediato (nel senso di *non mediato*) bisogno di un'attuazione amministrativa»⁹⁴ – essendo, quindi, direttamente applicata al fatto concreto «bilanciando i valori o i principi concorrenti e/o configgenti (...) tanto in sede giurisdizionale che procedimentale»⁹⁵ – nell'«affermazione di un principio di autonomia funzionale dell'attività amministrativa»⁹⁶, rispetto al quale «le istanze garantistiche sottese al principio di legalità

⁹² A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 393.

⁹³ Su tale concetto, si veda C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La Costituzione italiana: saggi*, Padova, 1954; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, III, Milano, 1987, p. 385 e ss.; U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, p. 72 e ss.; ID., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, p. 2 e ss.

⁹⁴ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 391.

⁹⁵ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 393.

⁹⁶ A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*

come “conformità alla previa legge” possono comunque essere adeguatamente soddisfatte dalla tecnica del bilanciamento e del sindacato di ragionevolezza/proporzionalità»⁹⁷.

Quanto, invece, all’aspetto del principio di legalità come “presupposizione legislativa”, espressione della accezione formale della legalità, esso rimanda alla valenza democratica del principio, nel senso, cioè, che ogni atto dei pubblici poteri – e, potrebbe dirsi, in particolare quelli che promanano dal complesso Governo-pubblica amministrazione – deve avere una base nella legge⁹⁸, riguardata quale atto che esprime l’istanza democratico-rappresentativa compendiata nell’organo direttamente legittimato dalla sovranità popolare: l’assemblea parlamentare.

Rispetto a tale sfaccettatura del principio di legalità, il fenomeno del potere di ordinanza *extra ordinem* del Governo infligge

⁹⁷ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 397.

⁹⁸ Deve specificarsi, come fa anche A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 400, «che affermare che il principio di legalità come “presupposizione legislativa” fa perno sulla nozione di legge in senso formale non significa affatto negare l’accezione sostanzialistica di cui l’istanza democratica colora il principio di legalità, nella misura in cui richiede che i provvedimenti governativi siano conformi *nella sostanza* alle previsioni dell’unica fonte in grado di conferire ad essi la necessaria legittimazione democratica e, quindi, che la legge non si limiti ad istituire il potere ma lo regoli e lo limiti. Significa, invece, evidenziare che la posizione di supremazia che la rappresentanza politica attribuisce nel modello dello Stato liberale di diritto al Parlamento e ai suoi atti normativi rispetto tutti gli altri poteri ed ai loro atti (quindi anche al Governo e ai suoi provvedimenti) connota il principio di legalità in senso prevalentemente formale perché pone l’accento sulla capacità della legge parlamentare di condizionare e limitare, proprio in virtù della particolare forza che le deriva da quella supremazia, gli atti degli *altri* poteri (ma non anche i *propri*), piuttosto che sull’idea che *ogni* potere (compreso quello legislativo) sia sostanzialmente limitato dal diritto come insieme di norme giuridiche, indipendentemente dalla fonte che le contiene».

indiscutibilmente un *vulnus*, in ragione già evidenziate circostanze⁹⁹ delle sicure ascendenze autoritarie e antidemocratiche dell'istituto, nonché del limitatissimo ruolo che la legge può svolgere nei suoi confronti, riducendosi a poco più di una norma attributiva del potere.

Tuttavia, nella prospettiva della dottrina che si sta esponendo, tale *vulnus* sarebbe decisamente attenuato dal contesto in cui la dimensione democratica del principio di legalità viene ad inserirsi, nel senso che «l'idea del principio di legalità come “presupposizione legislativa” ha mutato il proprio significato ed ha perso gran parte della propria forza con il declino dei modelli democratici basati sulla rappresentanza, ai quali appare legata da un inscindibile nesso genetico-funzionale, e più in generale con la crisi del parlamentarismo»¹⁰⁰.

⁹⁹ Vedi supra, Cap. I.

¹⁰⁰ A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*, il quale evidenzia come «ad innescare la radicale trasfigurazione dei modelli democratici basati sulla rappresentanza politica è stato il principio pluralista (...) Con l'avvento del principio pluralista diviene, quindi, impossibile continuare ad indulgere nella visione armonica e conciliante che le dottrine politiche illuministiche avevano saputo offrire della dialettica libertà/autorità attraverso la finzione della legge approvata dall'assemblea rappresentativa come momento di auto imposizione di ogni forma di restrizione della libertà individuale (...) a risultare annichilita da questa trasformazione è la forza della legge formale del Parlamento e, con essa, la valenza democratica del principio di legalità come “presupposizione legislativa”. La legge parlamentare, infatti, si presenta sempre meno come strumento di pacificazione di un ordinamento in cui tutti gli individui possono avvertire i limiti che essa impone come coerenti con la propria autodeterminazione e sempre più come il frutto di congiunturali convergenze di interessi tutt'altro che generali e astratti, se non addirittura come mezzo di prosecuzione di un conflitto che porta ad affermare bisogni particolari e concreti di un gruppo *contro* l'altro» (p. 401 e ss.).

Spingendosi ancora oltre, questa impostazione teorica ritiene di poter dare adeguata soddisfazione alle istanze democratiche sottese al principio di legalità come “presupposizione legislativa”, inserendo il potere di ordinanza *extra ordinem* nel modello di democrazia della responsabilità, che avrebbe sostituito quello della democrazia della rappresentanza, ove «le problematiche connesse alle sempre più corrotte virtù democratiche della legge risultano ridimensionate dal fatto che essa non è più considerata come il frutto di una volontà popolare manifestata nel seno di un organo mimeticamente integrato con il popolo sovrano, ma come il prodotto delle scelte di quei governanti che proprio in base agli atti, anche legislativi, che pongono in essere devono essere giudicati e sanzionati in occasione delle periodiche revisioni del consenso elettorale»¹⁰¹.

Questo modello di democrazia viene ricondotto alla elaborazione teorica del pensatore austriaco Joseph Schumpeter, che, nella sua teoria della “democrazia catallattica”¹⁰², ne individua i caratteri, da un lato, nel c.d. elitismo democratico (nel senso dell’attuale configurazione dei regimi democratici come “luoghi” di concorrenza fra *élites* per la conquista del potere¹⁰³), dall’altro, nell’accresciuto ruolo della figura del *leader* politico, nel suo partito, nella maggioranza parlamentare, nel governo e anche, in considerazione

¹⁰¹ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 407.

¹⁰² Esposta in J. SHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1967 (in particolare, parte IV).

¹⁰³ Cfr. J. SHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, cit., p. 258 e ss.

della moderna società dell'informazione, nell'opinione pubblica¹⁰⁴, e, infine, nella emersione del c.d. “profilo funzionale” del voto popolare, riguardato non più come strumento di manifestazione della volontà popolare, ma come mezzo per sanzionare le scelte dei governanti¹⁰⁵.

In tale contesto ricostruttivo, pare stemperarsi quella «relazione di mutua esclusione tradizionalmente ravvisata tra potere *extra ordinem* e principio di legalità come “presupposizione legislativa”»¹⁰⁶: nell'ottica della democrazia della responsabilità, infatti, i due fuochi attorno a cui gravita il meccanismo democratico sono costituiti, da un lato, dall'attività di governo, intesa come attività dei governanti che si estrinseca sia attraverso gli atti del Governo, sia attraverso le leggi del Parlamento, e, dall'altro, dal controllo sanzionatorio del corpo elettorale.

In questo senso, «la centralità della “presupposizione legislativa” si diluisce»¹⁰⁷ nel momento in cui la legge, al pari degli altri atti dei pubblici poteri, tra cui anche le ordinanze *extra ordinem*, «viene ad essere trattato più come l'oggetto di un controllo *ex post* che come lo strumento di espressione di una volontà popolare *ex ante*»¹⁰⁸, in ragione della carica democratica che comunque caratterizzerebbe il suddetto controllo.

¹⁰⁴ Cfr. J. SHUMPETER, *op. cit.*, p. 264.

¹⁰⁵ Cfr. J. SHUMPETER, *op. cit.*, p. 260.

¹⁰⁶ Così, A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 417.

¹⁰⁷ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 418.

¹⁰⁸ A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*

Sulla base di tutte queste premesse, la dottrina che si espone conclude affermando che «dal punto di vista del controllo democratico-elettorale, legge e ordinanza *extra ordinem* non sono più in rapporto di gerarchia assiologica, per la capacità della prima di trasferire legittimazione democratica e per la necessità della seconda di riceverla, ma si pongono sullo stesso piano, perché entrambe rilevano come strumenti di governo e traggono democraticità dal fatto di essere sottoposte entrambe al giudizio sanzionatorio del corpo elettorale»¹⁰⁹.

Tirando le fila del discorso che si è sviluppato, può dirsi che le colonne su cui poggia la esposta ricostruzione dottrinale, per inquadrare i poteri di ordinanza *extra ordinem* all'interno dei principi dell'ordinamento costituzionale e per smorzarne gli effetti "eversivi", sono sostanzialmente costituite dai seguenti punti: la diretta applicazione della Costituzione al caso concreto – in ragione della sua superiore prescrittività – da parte della pubblica amministrazione, che, nel caso delle situazioni di emergenza, si sostanzia nel bilanciamento, al momento dell'adozione dell'ordinanza, tra le norme costituzionali eventualmente confliggenti e, indirettamente, tra le istanze costituzionali contrapposte e/o concorrenti ad esse sottese, secondo la logica della ragionevolezza/proporzionalità¹¹⁰; la compatibilità dei

¹⁰⁹ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 419.

¹¹⁰ Cfr. A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 419 e ss. L'A. specifica che la diretta applicazione della Costituzione da parte della pubblica amministrazione, mediante l'esposto meccanismo di bilanciamento, sarebbe praticabile non solo nel caso di ordinanze di necessità e urgenza *praeter legem*, in assenza, cioè, di una disciplina legislativa

poteri di ordinanza *extra ordinem* con entrambe le dimensioni in cui si articola il principio di legalità, in ragione delle argomentazioni poc'anzi esposte; infine, chiave di volta dell'edificio teorico, l'«uso giudiziario della Costituzione come fonte del diritto *immediatamente* espressiva dei limiti sostanziali del potere»¹¹¹ che «pone il giudice adito nella condizione di sindacare la concreta manifestazione di

sostanziale, ma anche in caso di ordinanze *contra legem*, ovvero in presenza della predetta disciplina e in contrasto con essa. Tale soluzione, che sarebbe impedita dalla accezione del principio di legalità come “raffrontabilità alla previa legge”, secondo l'A., invece, risulta compatibile con l'impianto teorico fondato sulla considerazione della superiore prescrittività della Costituzione. Se, infatti, come visto innanzi, nella ricostruzione dell'A. è «la stessa potenzialità normativa della norma costituzionale, la cui ordinaria portata precettiva è “paralizzata” dalla situazione emergenziale, a richiedere per la propria attuazione l'inesco del potere sospensivo illegale in funzione conservativa, contingibile e urgente» (A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 389), allora, «una norma legislativa che non consente l'adozione dell'atto contingibile ed urgente che sarebbe richiesto dalla norma costituzionale, eccezionalmente declinata in chiave di emergenza come disciplina del caso concreto, non può che andare incontro ad un esito negativo della valutazione di compatibilità con la Costituzione» (p. 426). In tale contesto, secondo l'A., dovrebbe farsi luogo, da parte della pubblica amministrazione, per mezzo dell'ordinanza, alla applicazione diretta della Costituzione, fonte dotata di superiore prescrittività, con conseguente disapplicazione della legge non conforme ad essa, giustificandosi così la legittimità di ordinanze *contra legem*: «se, infatti, si accettano le idee intimamente connesse tra loro che la costituzione è norma giuridica super-legislativa direttamente applicabile al caso concreto e che l'atto legislativo ad essa non conforme è invalido e, pertanto, sostanzialmente inefficace, diventa difficile negare la bontà aristotelica della conclusione che, nel contrasto tra costituzione e legge, la pubblica amministrazione deve applicare l'unico diritto valido, ossia quello di rango costituzionale» (p. 424-425). Non è questa la sede per affrontare l'affascinante, ma problematico tema della disapplicazione da parte dell'amministrazione della legge ritenuta non conforme a Costituzione; sul punto si vedano P. CESAREO, *Il sindacato sulla costituzionalità della legge da parte del potere esecutivo*, in *Rivista amministrativa*, 1953, p. 162 e ss.; F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere» esecutivo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, p. 1748; V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967.

¹¹¹ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 419.

volontà dell'amministrazione dello stato di crisi»¹¹² e si configura, dunque, quale istanza di controllo, mediante il criterio di ragionevolezza/proporzionalità, dell'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem*. Ciò implicherebbe che «le istanze garantistiche normalmente soddisfatte dalla possibilità di ottenere la verifica giurisdizionale del rispetto della previa legge sono appagate dal confronto diretto con la fonte costituzionale e dal suo uso giudiziario»¹¹³.

La ricostruzione esposta, pur suggestiva, può prestarsi ad alcune considerazioni che possono indurre ad orientarsi verso una diversa soluzione dei problemi posti dal potere di ordinanza del Governo *extra ordinem*.

In disparte la questione, che non può qui essere approfonditamente trattata, della reale consistenza degli spazi di attuazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione¹¹⁴, una riflessione può farsi in merito a quello che,

¹¹² A. CARDONE, *op. e loc. ult. cit.*

¹¹³ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 428.

¹¹⁴ Sul tema si veda, tra gli altri, M. MAGRI, *L'applicazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, p. 118 e ss., il quale, proprio in relazione all'esercizio dei poteri di ordinanza, ritiene trattarsi di casi in cui «l'applicazione diretta della Costituzione avviene, per così dire, *alla* e non *da parte* della pubblica amministrazione; in cui *il giudice* rivendica la possibilità di applicazione, proprio come accadrebbe con qualunque regola ricavabile dal sistema giuridico nel suo complesso» (p. 128) e ID., *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano, 2002.

come visto, resta il nodo maggiormente problematico dell'istituto in questione: la compatibilità con il principio di legalità.

In particolare, ci si vuole qui soffermare sull'analizzato aspetto del principio di legalità come "presupposizione legislativa", espressione della accezione formale della legalità, che rimanda alla valenza democratica del principio, nel senso, cioè, che ogni atto dei pubblici poteri – e, potrebbe dirsi, in particolare quelli che promanano dal complesso Governo-pubblica amministrazione – deve avere una base nella legge, riguardata quale atto che esprime l'istanza democratico-rappresentativa compendiata nell'organo direttamente legittimato dalla sovranità popolare: l'assemblea parlamentare.

Anche volendo accogliere la prospettiva, di cui si è detto poc'anzi, della democrazia della responsabilità, che sicuramente coglie molte delle caratteristiche che hanno accompagnato l'evoluzione delle moderne democrazie, non pare potersi pienamente concordare con la ritenuta equiordinazione assiologica tra legge e ordinanza: i due atti, cioè, in un regime democratico "catallattico", con i caratteri di cui si è detto prima, rileverebbero entrambi come strumenti di governo che traggono democraticità dal fatto di essere sottoposti al giudizio sanzionatorio del corpo elettorale, che si esprime sulle *élites* e sui *leader* che concorrono per il potere.

Anche in tale ottica, infatti, non possono tacersi le differenti dimensioni in cui può operare la minoranza parlamentare – che aspira a diventare maggioranza per il tramite della successiva competizione

elettorale – in relazione alla legge del Parlamento ed in relazione alle ordinanze *extra ordinem* del Governo.

La maggiore articolazione e pubblicità del procedimento legislativo (anche nella particolare ipotesi della conversione dei decreti-legge) garantisce alla minoranza uno spazio di partecipazione alla formazione dell'atto o comunque una immediata consapevolezza dell'attività di governo (in senso lato, esplicantesi sia con atti legislativi che amministrativi) della maggioranza¹¹⁵. Ciò consente, in particolar modo nell'attuale società dell'informazione (che pure costituisce uno dei fattori di affermazione della c.d. democrazia della responsabilità), la possibilità di una maggiore partecipazione e consapevolezza anche da parte di quel corpo elettorale che esprime poi il suo giudizio.

Tutto ciò non pare possa dirsi delle ordinanze del Governo, le quali, come visto, sono sottratte alle istanze di controllo e pubblicità costituite dal dibattito parlamentare e quindi continuano a scontare, anche nella prospettiva descritta, un *deficit* di democraticità, connesso alla minore, e alle volte nulla, consapevolezza dell'opinione pubblica, sulla cui base può poi “costruirsi” la successiva espressione del corpo elettorale.

Anche in questa ottica, dunque, sembra preferibile concludere per la non compatibilità delle ordinanze *extra ordinem* con il sistema costituzionale repubblicano, il quale, tra l'altro, prevede

¹¹⁵ D'altra parte, già S. FOIS, *La “riserva di legge”. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 308 e ss., aveva messo in luce il profilo di garanzia della/e minoranza/e insito nella legge e nel suo procedimento di formazione.

espressamente, come visto, uno strumento, il decreto-legge, con cui il Governo può fronteggiare le situazioni emergenziali senza l'estromissione, ed anzi con la riaffermazione, del raccordo con l'istanza parlamentare, la quale, allo stato, non pare essere, ai fini della democraticità dell'ordinamento, altrimenti sostituibile.

Le ultime considerazioni inducono a qualche riflessione finale, a contrappunto degli esiti a cui giunge la proposta ricostruttiva qui esposta in chiave critica.

Quest'ultima, parafrasando la nota asserzione di Schmitt per cui «sovrano è chi decide dello stato di eccezione»¹¹⁶, afferma «che la ricostruzione del fondamento costituzionale del potere d'ordinanza porta a concludere che “nello stato d'eccezione è sovrana la costituzione”, perché, dinanzi ad un fenomeno necessariamente contraddistinto dall'atipicità delle misure e dalla necessità che esse derogino alla legge, delle due l'una: o il fondamento, la competenza e i limiti del potere *extra ordinem* si rinvergono direttamente nella costituzione, ed allora ogni decisione sullo stato d'eccezione può essere considerata come esercizio della sovranità della costituzione e delle sue norme, oppure si deve accettare non solo che il fenomeno si sviluppi in un piano diverso dal diritto costituzionale, ma anche che lo stato di crisi appalesi che nell'ordinamento la costituzione non è più sovrana, ossia che vi sono all'interno dell'ordinamento occasioni di convivenza civile e politica di cui la costituzione non si occupa,

¹¹⁶ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità*, in ID., *Le categorie del «politico»*. *Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio-P. Schiera, Bologna, 1972, p. 33.

abdicando alla sua più intima funzione proprio nei momenti di lacerazione dell'ordito storico»¹¹⁷.

Potrebbe arguirsi, però, che è proprio la Costituzione ad aver approntato espressamente il decreto-legge quale strumento a cui il Governo può ricorrere per affrontare circostanze straordinarie e che, nel fare ciò, il Costituente si è, comunque, preoccupato di preservare ambiti di partecipazione significativi, tendenzialmente coerenti con la funzione attribuita a ciascuno nel sistema costituzionale, per il Parlamento, per il Governo, per il Capo dello Stato, per la Corte costituzionale, a salvaguardia, anche nell'emergenza, di uno svolgimento il più possibile *secundum ordinem* della vita dell'ordinamento costituzionale. Ciò, insieme alle considerazioni già svolte¹¹⁸, dovrebbe condurre ad escludere un fondamento costituzionale dei poteri di ordinanza *extra ordinem*.

¹¹⁷ A. CARDONE, *op. ult. cit.*, p. 434.

¹¹⁸ Per le quali si veda ancora *supra*, Cap. I, par. 5.

CONCLUSIONI

Nell'introduzione a questo lavoro si è detto che la linea di faglia lungo la quale si è sviluppato – a partire dalle rivoluzioni liberal-borghesi dei secoli XVII e XVIII – quel prodotto della civiltà e del pensiero umano noto, tradizionalmente, come *costituzionalismo* è caratterizzata dalla contrapposizione tra autorità e libertà e che seguire l'evoluzione, nella storia del diritto pubblico, del potere di ordinanza, significa seguire l'evoluzione di quella contrapposizione.

Al termine di questa ricerca può, dunque, svilupparsi una riflessione, alla luce di quanto è emerso dalla analisi dei problemi posti dall'inserimento dei poteri di ordinanza nell'ordinamento costituzionale repubblicano, sull'equilibrio tra il momento autoritario e quello libertario, che richiede di essere salvaguardato anche nella dimensione critica dell'emergenza.

Si è visto che, nonostante gli sforzi della dottrina, anche recente, di inserire armonicamente le ordinanze *extra ordinem* nel contesto della Costituzione repubblicana, permangono innegabili profili, se non proprio di contrasto, quanto meno di dubbia compatibilità con i postulati posti alla base dell'ordinamento.

In particolare, tornando al punto di equilibrio tra libertà e autorità, gli aspetti considerati evidenziano ancora una prevalenza della seconda sulla prima, quando si tratti di un potere con le caratteristiche

di quello di ordinanza: sia il momento dell'autonomia regionale, sia le istanze democratiche condensate nell'istituzione parlamentare, sia l'equilibrato rapporto tra i poteri, infatti, soffrono tutti una qualche lesione della loro consistenza ordinaria, che pare essere ulteriore rispetto a quanto previsto dalla Costituzione repubblicana.

La Carta del 1948, infatti, non “si è dimenticata” del caso di necessità e urgenza, del caso straordinario, e, come visto, ha disciplinato appositi istituti per potervi fare fronte senza stravolgere gli equilibri politico-istituzionali che essa tende a garantire, tentando di ridurre al minimo gli inevitabili effetti “perturbatori” dell'emergenza.

Il potere di ordinanza *extra ordinem*, per sua stessa natura e per l'uso (e abuso) che ne è stato fatto negli ultimi anni, tende, invece, ad eludere queste garanzie.

Le evidenziate anomalie che l'espansione incontrollata dell'esercizio di tale potere comporta nel sistema dovrebbero indurre ad un recupero della corretta funzionalità degli istituti previsti dalla Costituzione a tutela, anche nel momento dell'emergenza, delle istanze sottese alla Carta repubblicana, con ciò rendendo recessivi gli aspetti di maggiore perplessità dell'istituto considerato.

Tra le possibili soluzioni volte a conciliare il potere di ordinanza *extra ordinem* con l'ordinamento costituzionale, potrebbe citarsi quella proposta della dottrina che ha configurato l'ipotesi di un utilizzo delle ordinanze in ruolo “servente” rispetto al decreto-legge, il quale rimarrebbe l'unico atto (contornato da tutte le garanzie previste

dalla Costituzione) a disporre la deroga alla legislazione vigente, nei casi di emergenza, mentre l'ordinanza verrebbe a svolgere una funzione solo applicativa, e non anche di diretta disciplina, del caso straordinario.

In conclusione, va ricordato il recente intervento riformatore del potere di ordinanza di protezione civile da parte della legge n. 100 del 2012. L'impressione che si è ricavata dall'analisi della nuova disciplina è quella di un tentativo di ricondurre il potere derogatorio di ordinanza di protezione civile alla dimensione che gli è propria: quella della eccezionalità e dell'emergenza.

Data la recente entrata in vigore della riforma, solo i futuri esiti applicativi della prassi potranno dire se quel tentativo sia riuscito o meno.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTA S., *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in M. CARTABIA-E. LAMARQUE- P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011.

ALLEGRETTI U., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.

ALLEGRETTI U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009.

ALLEGRETTI U., *Profilo di storia costituzionale italiana. Lo Stato liberale. Il regime fascista*, Cagliari, 1983.

ANDRONIO A., *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004.

ANGIOLINI V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986.

BARTOLOMEI F., *Ordinanza (diritto amministrativo)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980.

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

BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

BIONDI DAL MONTE F., *La politica della perenne emergenza e i poteri extra ordinem del Governo*, in M. CARTABIA-E. LAMARQUE- P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011.

BISCARETTI DI RUFFIA P., *Costituzionalismo* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962.

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.

CARDONE A., *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

CARIOLA A., *Le ordinanze cautelari del Ministro dell'Ambiente e l'autonomia regionale: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 1988.

CARLASSARE L., *Legalità (principio di)* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, 1990.

CARLASSARE L., *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero, Giurisprudenza costituzionale*, 1977.

CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.

CARLASSARE L., *Regolamento (diritto costituzionale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1990.

CARLASSARE L., *Stati di eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. GALIZIA - P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990.

CARNEVALE P., *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171/2007*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007.

CARUSO G., *Protezione civile e potere di ordinanza: note sull'art. 5 l. 225/92*, in *Foro italiano*, 1992.

CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990.

CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2007.

CESAREO P., *Il sindacato sulla costituzionalità della legge da parte del potere esecutivo*, in *Rivista amministrativa*, 1953.

CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002.

COCOZZA V., *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, IV edizione, Napoli, 2005.

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

CODACCI PISANELLI A., *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900.

CODACCI PISANELLI A., *Sulle ordinanze di necessità*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900.

CORVAJA F., *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2011.

CRISAFULLI V., *Fonti del diritto* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Milano, 1968.

CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960.

CRISAFULLI V., *Il «ritorno» dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, VI edizione, Padova, 1993.

CRISAFULLI V., *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1956.

CRISAFULLI V., *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962.

D'ALESSIO F., *Urgenza (Provvedimenti di)* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1937-40.

D'ANDREA L., *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2000.

D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

DI BENEDETTO E., *Decretazione d'urgenza in materia di competenza regionale. Spunti di riflessione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003.

DICKMAN R., *Competenza e regime giuridico dei provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri sostitutivi e di ordinanza del Governo*, in *Foro amministrativo. Consiglio di Stato*, 2008.

DOLSO G.P., *Emergenza e regioni*, in *Le Regioni*, 1996.

DOLSO G.P., *Sul principio cooperativo tra Stato e Regioni in situazioni di «emergenza»*, in *Le Regioni*, 1996.

ESPOSITO C., *Decreto-legge* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962.

ESPOSITO C., *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La Costituzione italiana: saggi*, Padova, 1954.

FARES G., *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell'autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006.

FIORITTO A., *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. n. 1/2011, disponibile al sito web www.osservatoriosullefonti.it

FOIS S., *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963.

FOIS S., *Legalità (principio di)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973.

GALATERIA L., *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, 1953.

GARGIULO U., *I provvedimenti d'urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954.

GIAMPAOLINO L., *Il servizio nazionale di protezione civile: commento alla legge 24 febbraio 1992, n. 225*, Milano, 1993.

GIANNINI M.S., *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, in *Rassegna amministrativa della sanità*, 1962.

GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

GIANNINI M.S., *Le ordinanze dispositive della proprietà terriera*, in *Giurisprudenza italiana*, 1950.

GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1948.

GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza, requisizioni e occupazioni*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945.

GIARDINA A., *Art. 78*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*. Tomo II, Bologna-Roma, 1979.

GIUFFRÈ F., *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Diritto e società*, 2001.

GNES M., *I limiti del potere di urgenza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005.

GUASTINI R., *Legalità (principio di)* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, 1991.

GUICCIARDI E., *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1951.

LAVAGNA C., *La delegificazione: possibilità, forma e contenuto*, in *Scritti per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, IV, Firenze, 1969.

LAVAGNA C., *Sulla illegittimità dell'art. 2 del T.U. leggi di p.s. come testo legislativo*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1961.

M.P. SPANO-P. PINNA, *Le ordinanze del Ministro per il coordinamento della protezione civile*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1992.

MAGRI M., *L'applicazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002.

MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano, 2002.

MALO M. - SEVERI F.S. (a cura di), *Il servizio nazionale di protezione civile. Legge 24 febbraio 1992, n. 225 e norme collegate*, Torino, 1995.

MALO M., *Il potere d'ordinanza in materia di protezione civile al vaglio della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1995.

MANFREDI G., *Poteri di ordinanza, legalità, "stato governativo"*, in *Amministrare*, n. 3/2013.

MANGIAMELI S., *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006.

MARANINI G., *Storia del potere in Italia*, Firenze, 1967.

MARAZZITA G., *"Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza"*. in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile al sito web www.forumcostituzionale.it

MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003.

MARAZZITA G., *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. n. 2/2011, pp. 43-44, disponibile al sito web www.osservatoriosullefonti.it

MARAZZITA G., *Le ordinanze di necessità dopo la L. n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996.

MARONE F., *Temporaneità dei poteri d'urgenza e competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007.

MARTINES T., *Delegificazione e fonti del diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987.

MEINECKE F., *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Firenze, 1970.

MERUSI F., *Le catastrofi "ripartite"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971.

MIELE G., *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936.

MIGLIARESE F., *Ordinanze di necessità* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990.

MODUGNO F. - NOCILLA D., *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988.

MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005.

MODUGNO F., *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere» esecutivo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963.

MORRONE A., *I poteri di ordinanza contingibili ed urgenti: l'integrazione del "diritto eccezionale" nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1997.

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

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

MORTARA L., *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *Riforma sociale*, 1895.

MORTATI C., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964.

MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, ristampa inalterata, Milano, 1998.

NIGRO M., *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, III, Milano, 1987.

ONIDA V., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967.

ORIGONE A., *Ordinanza (diritto costituzionale)* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, 1939.

ORLANDO V.E., *Intorno ai provvedimenti di urgenza secondo la legge comunale e provinciale*, in *Foro Italiano*, 1935.

PAGANO F.F., *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del Governo*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4/2011, disponibile al sito web www.associazionedeicostituzionalisti.it

PALADIN L., *Art. 77*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*. Tomo II, Bologna-Roma, 1979.

PALADIN L., *Decreti-legge e provvedimenti d'urgenza delle Giunte regionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1959.

PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

PARISI S., *La gerarchia delle fonti. Ascesa, declino, mutazioni*, Napoli, 2012.

PERASSI T., *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917.

PINELLI C., *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2009.

PINNA P., *Competenze regionali e situazioni di emergenza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1990.

PINNA P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988.

PINNA P., *Le competenze regionali in "condizioni" di emergenza*, in *Le Regioni*, 1984.

PISTONE S., *Ragion di Stato*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983.

PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984.

POLACCO P., *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1977.

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

RAZZANO G., *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010.

RAZZANO G., *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. IV, Napoli, 2008.

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

RESCIGNO G.U., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile*

alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale, in Giurisprudenza Costituzionale, 1995.

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

ROMBOLI R., *Una sentenza «storica»: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza, in Foro italiano, 2007.*

RUGGERI A., *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana, Milano, 1981.*

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1962.*

SCACCIA G., *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale, Milano, 2000.*

SCHMITT C., *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria, Roma-Bari, 1975.*

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

SCUDIERO M., *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U. leggi di pubblica sicurezza e libertà costituzionali, in Foro penale, II, 1962.*

SHUMPETER J., *Capitalismo, socialismo e democrazia, Milano, 1967.*

SORRENTINO F., *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?, in Giurisprudenza costituzionale, 2007.*

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

TERESI F., *Osservazioni minime su legislazione statale di emergenza e competenze regionali in materia urbanistica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988.

TESAURO A., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1961.

TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995.

TREVES G., *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1956.

TRIFONE R., *Ordinanze* (voce), in *Digesto Italiano*, vol. XVII, Torino, 1907.

VOLPE G., *Storia costituzionale degli italiani*, Torino, 2009.

ZACCARIA R. - ALBANESI E., *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla l. n. 225 del 1992)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009.

ZANICHELLI D., *Lo statuto di Carlo Alberto secondo i verbali del Consiglio di Conferenza*, Roma, 1898.