

ANDREA MORRONE

Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*

1. Premessa.

Ripercorrere la vicenda giuridica delle ordinanze di necessità e urgenza equivale, per molti versi, a tornare sulle tappe del costituzionalismo liberaldemocratico. Nella storia di questo istituto si trovano condensati i passaggi che hanno visto nascere e affermarsi lo stato di diritto, sia nell'accezione di potere secondo diritto, sia nella versione del diritto come garanzia dell'autonomia dell'individuo. Si intrecciano i temi e i problemi delle fonti normative e, quindi, l'affermazione progressiva delle libertà fondamentali e delle garanzie di volta in volta stabilite per assicurarne l'effettività. Quella storia è propria anche dell'evoluzione della forma di governo: dalla monarchia assoluta a quella costituzionale, dal governo misto al governo parlamentare. Nel passaggio tra l'ordinamento statutario e quello repubblicano si è assistito ad una discontinuità nelle forme di manifestazione, nei contenuti e nei limiti del potere di ordinanza. Attraverso l'esperienza giuridica le ordinanze di necessità e urgenza hanno progressivamente acquisito una certa sistemazione teorica: ma questa è ancora sufficiente di fronte a tendenze nuove di diritto positivo per affrontare emergenze reali o presunte?

2. Il potere di ordinanza e le ordinanze di necessità e urgenza nella dottrina antica.

Nel precedente ordinamento era possibile isolare alcuni tratti caratteristici del potere di ordinanza. Anche se riconducibili a soggetti diversi (legislatore e amministrazione)¹, legge e ordinanza erano pacificamente ritenute forme di

* Saggio pubblicato in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 133-184.

¹ Cfr. J. K. Bluntschli, *Dottrina dello stato moderno*, vol. I, *Dottrina generale dello stato*, Napoli, Vallardi, 1879, 450-451. Secondo questo A. l'ordinanza "deve attendere a tutte quante le relazioni ordinate dalla legislazione ed essere limitata da ciò". Nel secondo volume dell'opera, si specifica che il potere governativo si esercita attraverso ordinanze: generali (*ius edicendi*), particolari, "per l'emanazione di ordini, comandi e divieti in ciascun caso (*ius jubendi*)". E' nell'essenza della potestà di governo non solo l'esercizio di poteri di influenza, ma anche il

manifestazione dell'unitaria volontà dello stato². Il potere di ordinanza in capo al governo veniva giustificato nell'esigenza che accanto all'ordinamento generale retto dal principio di eguaglianza della legge potesse esistere un'azione dello stato capace di adattarsi "a tutte le varie circostanze e condizioni dei singoli rapporti della vita sociale ed umana": il "principio fondamentale, ch'è norma generale dell'opera dello stato, è appunto la legge; dove che la forza o il mezzo, con cui quel principio, sempre uguale e relativamente immutabile, si uniforma giorno per giorno ai diversi bisogni ed alle varie condizioni della vita reale, è appunto l'ordinanza"³.

Il diritto di ordinanza, a differenza della legge, poneva il problema dell'individuazione della sfera di azione, specie se si ammetteva, con la migliore dottrina, che "un criterio positivo per la determinazione della sfera del diritto d'ordinanza non esiste[va]"⁴. L'art. 6 della Carta del regno d'Italia stabiliva, infatti, che "il Re... fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi senza sospenderne l'osservanza o dispensarne", con ciò lasciando intendere che il decreto servisse a rendere possibile l'esecuzione delle leggi "mentre, nel fatto, indiscutibilmente, assai più larga [era] la portata di quello"⁵.

diritto di "ordinare decisamente il necessario e procacciare anche l'adempimento delle sue ordinanze". Cfr. J. K. Bluntschli, *Dottrina dello stato moderno*, vol. II, *Diritto pubblico universale*, Napoli, 1879, 102.

² Secondo L. von Stein, *Verwaltungslehre* (1865-1868), trad. it. parziale a cura di A. Brunialti, *La scienza della pubblica amministrazione*, Torino, 1897, 443 s., il rapporto tra legge e ordinanza è "la base stessa della costituzione, in quanto che, se il prevalere di questa su quella conduce direttamente al dispotismo, il predominio della prima sulla seconda porta seco necessariamente l'impossibilità di un governo". Di conseguenza compito del moderno diritto costituzionale era "considerare tanto la legge quanto l'ordinanza quali due espressioni o forme diverse della medesima universale volontà dello stato, e, come tali, coordinarle armonicamente insieme". Cfr. pure V.E. Orlando, *Le fonti del diritto amministrativo*, in Id. (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. I, 1900, 1048.

³ L. von Stein, *op. cit.*, 449. La legge e l'ordinanza "non sono quasi due forze opposte e contrarie", perché esse "sorgono da uno stesso ente: la volontà suprema dello stato"; "la volontà della legge s'arresta dove comincia l'ordinanza; l'una completa l'altra ed ambedue servono a completare, nella sua manifestazione ed attuazione, la volontà universale dello stato"; se la legge vuole applicare il principio ai casi della vita "deve necessariamente creare dopo di sé l'ordinanza", "viceversa l'ordinanza non può costituzionalmente esistere senza la legge", perché se essa sola rappresentasse la volontà dello stato, "si ricadrebbe nell'assolutismo e nel dispotismo" (ivi 449-450).

⁴ Cfr. V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, V ed., 1917, 224.

⁵ V.E. Orlando, *Principii*, cit., 225. Il Maestro della scuola italiana di diritto pubblico ne traeva la conseguenza che occorreva ricorrere a un criterio negativo, individuando gli atti che il potere esecutivo non poteva compiere. I limiti venivano così individuati: 1) tutte le norme che hanno contenuto giuridico devono essere regolate per legge; 2) i provvedimenti che hanno portata finanziaria, sia impositivi che comportanti oneri per lo stato; 3) i provvedimenti che "possono scemare alcuno dei diritti di libertà"; 4) tutte le materie già regolate per legge che non possono essere modificate se non per legge. Quanto all'art. 6 dello Statuto albertino è noto che riprendesse la formula dell'art. 13 della costituzione francese del 1830 senza tuttavia l'avverbio "jamais" intenzionalmente eliminato dai costituenti del regno sabauda ("(...) sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution". Sul significato dell'omissione non esistevano opinioni concordi.

In filigrana poteva leggersi una vicenda storica che aveva visto ordinanza e legge contendersi il campo in parallelo con l'evoluzione della forma di governo⁶: dalla fase nella quale l'ordinanza era la legge dell'ordinamento (in coincidenza con l'assolutismo monarchico), a quella del primato assoluto della legge (per effetto, soprattutto, della rivoluzione francese), fino alle "moderne" forme di governo miste, in cui i tre poteri (capo dello stato, legislativo e governo) cooperavano tutti alla formazione della legge "la quale solo in tal modo viene ad esprimere veramente la volontà collettiva ed universale dello stato e come tale ha un'assoluta efficacia esecutiva, tanto che neanche il re può sospenderne o dispensare dalla sua osservanza". Gli stessi principi costituzionali, precisava Lorenz von Stein⁷, dovevano essere estesi all'amministrazione, e come "il potere legislativo è sovrano nella sua autodeterminazione e nella sua opera legislativa, parimenti il potere esecutivo deve, coordinatamente alle leggi dello stato, avere tutte quelle facoltà e quei diritti che sono indispensabili per esplicare efficacemente la sua complessa azione amministrativa". L'art. 6 dello Statuto, in questo scenario, rappresentava la formalizzazione di un principio divenuto pacifico: i confini dell'ordinanza, come espressione del potere dell'amministrazione, erano segnati dalla legge. In particolare se l'obbedienza alla legge doveva essere assoluta, all'ordinanza si doveva eguale osservanza se e solo se essa fosse conforme alla legge⁸.

Questi enunciati conoscevano un'importante eccezione: era fatto salvo "il diritto eccezionale per causa di necessità pubblica"⁹. Accanto alle ordinanze esecutive, a

⁶ Su questa vicenda è fondamentale lo studio di A. Codacci Pisanelli, *Legge e regolamento*, Napoli, 1888. L'A. è il principale sostenitore della tesi circa il fondamento discrezionale-generale del potere regolamentare, in base al principio per cui "quanto l'autorità può comandare o vietare per ogni singolo caso, può comandarlo o vietarlo in via generale pei casi simili dell'avvenire" (*ivi*, 41). Questa impostazione, come si dice nel testo, sarà superata grazie al contributo decisivo di G. Zanobini, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in "Archivio giuridico", 1922, LXXXVII, ora in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 145 ss., che riconobbe come gli atti regolamentari del potere esecutivo non potessero essere emanati dall'esecutivo "se non in forza di un conferimento di potere da parte del legislatore" ovvero sulla base di "una attribuzione di competenza fatta dalla costituzione o dalla legge".

⁷ L. von Stein, *op. cit.*, 448.

⁸ Assunto pacifico. Il "governo soprattutto è limitato nell'esercizio di questo diritto di ordinanza per mezzo dell'esistente costituzione, legislazione, e ordinamento giuridico, entro di cui si deve muovere: esso non può violare questi limiti". Cfr. J. K. Bluntschli, *Dottrina dello stato moderno*, cit., vol. II, 102; A. Brunialti, *Prefazione. La Legge nello Stato moderno*, in Id., *Biblioteca di scienze politiche. Scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze politiche*, vol. IV, Torino, 1888, CCXXXIX, rendeva il concetto riconoscendo che "codesta facoltà del potere esecutivo può sempre essere ammessa, in più o meno larga misura quando viene esercitata *secundum legem*, ovvero *intra legem*; può esserlo soltanto in casi di necessità, sotto la sanzione più sollecita del Parlamento, quando sia esercitata *contra legem*".

⁹ V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 228, il quale di fronte al silenzio dello Statuto ammetteva che "la sua ragion d'essere è troppo obiettiva per potere essere negata". Nello stesso senso si esprimeva Bluntschli, quando parlava del "potere eccezionale del governo" e del "diritto di necessità politica" (cfr. *Dottrina dello stato moderno*, cit., vol. II, 104). L'A. aggiungeva che "senza dubbio questo potere non è senza pericolo pel diritto e per la libertà, e se esso fosse elevato a regola nell'esercizio del potere governativo, sarebbe allora questo un potere assoluto, che dovrebbe menare alla tirannia. Ma ciò nonostante come eccezione in caso di necessità esso è indispensabile, perché il tutto non deve essere sacrificato alla parte".

quelle amministrative¹⁰, la dottrina ammetteva l'esistenza della categoria delle ordinanze di necessità (*Nothverordnungen*). In questo tipo rientrava non già qualsiasi ordinanza giustificata da una qualunque necessità (dato che "anche l'esecuzione e l'amministrazione sono in certo senso tali"), ma "solamente quella, che di fronte ad una qualsiasi forza considerevole e superiore, vuoi naturale (malattie infettive) vuoi personale (ribellione, pericolo di guerra), sospende l'esecuzione di una legge esistente oppure sempre in occasione di una simile necessità impone ai singoli doveri ed obbligazioni che non sono stabilite da nessuna legge"¹¹.

In verità, questo il dato più problematico, la teoria e il diritto positivo erano destinati a fare i conti con la prassi, nella quale l'unica certezza era la confusione, all'interno del potere di ordinanza espressione della volontà dell'amministrazione e del governo, di atti differenti, sia formalmente, sia materialmente¹². Basti pensare alle difficoltà, in concreto, di distinguere tra "ordinanze di necessità" o "ordinanze d'urgenza" e "decreti-legge", nonché in relazione alle relative prescrizioni, tra una efficacia meramente provvedimentoale o anche normativa¹³.

¹⁰ In base alla classificazione del Bluntschli (*Dottrina dello stato moderno*, cit., vol. I, 450-451) si distinguevano ordinanze esecutive della legge, ordinanze per "riempire la lacune" della legge "massime quando questa riguarda relazioni soggette a frequente mutamento", ordinanze che si riferiscono a "particolari istituzioni politiche" (amministrazione della finanza, rapporti di polizia, regolamenti militari); ordinanze generali "le quali stanno in strettissima relazione con la legislazione, e soggette a regolare controllo del corpo legislativo". La distinzione tra ordinanze esecutive e amministrative si deve a L. von Stein (*op. cit.*, 451): le prime destinate a adempiere o attuare la legge; le seconde "quando la legge manchi o sia incompleta o dubbia". In Italia si distingueva tra "ordinanze d'esecuzione" e "ordinanze autonome", le une "vincolate e condizionate all'esistenza della legge cui si riferiscono", le altre, "senza l'occasione di una legge", "spaziano nel campo in cui si svolgono, sempre però rispettando le leggi dello stato, le quali in regime libero sono giuridicamente intangibili al governo": cfr. F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. I, Torino, 1909, 319.

¹¹ Come ad esempio nei casi di requisizioni militari, approvazioni per nuovi crediti nella pubblica finanza, dichiarazione dello stato di assedio civile nell'amministrazione della giustizia e dello stato di assedio militare nell'amministrazione straordinaria in tempo di guerra, i provvedimenti sanitari, i provvedimenti della autorità inferiori che quando il pericolo minaccia la quiete pubblica devono imporre ai cittadini particolari ordini o divieti... Cfr. L. von Stein, *op. cit.*, 451.

¹² Secondo A. Codacci Pisanelli, *Legge e regolamento*, cit., 71 ss. si tratta di "leggi eccezionali, cioè di norme o misure, in momenti di suprema urgenza, stabilite dal Governo, a ragion veduta contrarie al diritto nazionale e tuttavia efficaci, per il tempo della loro durata, come se fossero state stabilite mediante statuti": l'A. notava nella fattispecie uno "strano amalgama", "una confusione di competenze", che non doveva portare a negare la distinzione fondamentale tra legge e regolamento, perché "tutti i decreti-statuti (i decreti-legge, n.d.r.), anche quando contengono norme universali, provvisorio od eccezionali, rappresentano un caso anormale con cui la relazione statuto-norma e decreto-norma, legge e regolamento, non ha nulla a che vedere", arrivando a concludere che "il principio secondo il quale il regolamento non può contenere nulla di contrario al diritto nazionale non viene, dalla possibilità di questi atti eccezionali, menomamente infirmato, poiché essi non sono regolamenti". Sul problema definitorio e sui confini tra i diversi atti, cfr., altresì, la tormentata voce di A. Origone, *Ordinanza (Diritto costituzionale)*, in "Nuovo Dig. It.", IX, Torino, 1939, 296 ss.; per analogo rilievo cfr. G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in "Nss. Dig. It.", XII, Torino, 1965, 90.

¹³ Soprattutto alle origini ordinanze di necessità e decreti-legge non presentavano differenze di sorta: entrambi questi atti erano riconducibili al potere di ordinanza dell'amministrazione e del

3. Il fondamento delle ordinanze di necessità e urgenza.

Anche intorno al fondamento e alla natura delle ordinanze di necessità e d'urgenza¹⁴ si è verificata un'evoluzione e nella letteratura e nel diritto positivo. La concezione più antica tendeva a giustificare il potere eccezionale nella massima “*salus populi suprema lex esto*” (oppure “*salus rei publicae suprema lex*”), sicché il “diritto di necessità del governo” veniva “a corrispondere al diritto di necessità del popolo”¹⁵. Sulla base di queste costruzioni la necessità era eretta a *presupposto* del diritto eccezionale, piuttosto che fonte suprema

governo. Come ricorda Lorenz von Stein (*op. cit.*, 453 ss.) la tipologia e l'efficacia di questi atti di governo variava da paese a paese. In Inghilterra, mentre il parlamento era titolare del potere di fare leggi e ordinanze d'esecuzione e amministrative, al governo residuavano solo le ordinanze di necessità. Complessa l'evoluzione del diritto in Francia: lo stato assoluto conosceva l'ordinanza (emanata dal re consultati gli stati generali) e l'editto (rientrante nella prerogativa del sovrano); con la rivoluzione francese veniva distinta legge (espressione della sovranità popolare) e i decreti (del potere esecutivo); sotto Napoleone Bonaparte ordinanza e legge si confondevano nel potere dell'imperatore e, in quel periodo, nasceva il *nomen iuris* di “regolamento” per designare l'ordinanza di esecuzione emanata dal governo per regolare l'attività degli ufficiali amministrativi; nella costituzione del 1814 prendeva forma la distinzione tra ordinanza regia (amministrativa e di necessità) e ordinanza governativa (di esecuzione), mentre la costituzione del 1830 chiariva che l'ordinanza non dovesse mai contraddire la legge, ma poiché il controllo era stato affidato al Consiglio di stato, organo vicino al governo, le ordinanze divennero di fatto pari alla legge; come nella costituzione del 1852 (II impero), quando il diritto d'ordinanza occupava una posizione sovraordinata alle leggi: l'imperatore ne rispondeva direttamente innanzi al popolo, e poteva emanare, sentito il senato, decreti organici con forza di abrogare le leggi, chiamati *décrets-lois* (categoria che ricomprendeva le ordinanze di necessità); con le leggi costituzionali del 1870 si tornava all'antico, a ordinanze accordate al governo con l'assenso delle camere. Negli stati tedeschi, nonostante in teoria legge e ordinanza venissero distinte, in pratica tutto il potere era concentrato nelle mani del sovrano, con la conseguenza che i giudici dovevano riconoscere efficacia esecutiva alle ordinanze legalmente emanate senza, però, poter giudicare della loro costituzionalità. Nel rapporto tra ordinanze di necessità e legge, le prime potevano porsi in contraddizione con le seconde, anche abrogandole, e valevano come “leggi provvisorie” finché non fossero divenute definitive, a seguito di un atto di approvazione del corpo legislativo (al quale dovevano essere presentate sotto forma di progetto di legge non appena radunato e dopo aver constatato l'esistenza della necessità). L'analisi dell'A. si concludeva con l'Italia, ritenendo l'art. 6 dello Statuto idoneo ad ammettere tutta la tipologia delle ordinanze conosciuta negli altri paesi. Per la tesi che le ordinanze di necessità o di urgenza in Italia identificavano con i “decreti-legge”, F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto*, cit., 351, che parlano non a caso di “carattere ibrido del prodotto”. Nella letteratura successiva l'approfondimento del tema relativo alle vite, talora sovrapposte, talora parallele, di ordinanza di necessità e decreto-legge è stato trascurato: cfr. l'opera più completa A. Celotto, *L'“abuso” del decreto-legge. Volume I. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, specie 187 ss.

¹⁴ Il concetto storico di ordinanza di necessità e d'urgenza (o solo di ordinanze di necessità, *Nothverordnung*) può ritenersi (e così qui è assunto) come fungibile con quelli di ordinanza contingibile e urgente (più ricorrente, almeno nella legislazione italiana, per individuare i poteri eccezionali conferiti a autorità locali: cfr. *infra* paragrafo n. 9). Questa precisazione è utile soprattutto per non confondere la distinzione, ricorrente in letteratura e in giurisprudenza, tra atti (o ordinanze) necessitati e ordinanze contingibili e urgenti, i primi caratterizzati dall'aver un contenuto tipico, le secondo per definizioni indeterminate nel contenuto. Sul punto, dopo il classico scritto di M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in “Giur. compl. Cass. Civ.”, 1948, I, 389 ss., soprattutto L. Galateria, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, 29 ss.; per la giurisprudenza costituzionale si rinvia a quella indicata

dell'ordinamento giuridico¹⁶. L'ordinanza poteva eccedere i confini della legge, sospendere l'efficacia, imporre obblighi e limitazioni nei confronti dei singoli non previste dalla legge, ma non produrre norme giuridiche né, tantomeno, instaurare un nuovo ordinamento. Carl Schmitt avrebbe parlato di un potere riconducibile al concetto di "dittatura commissaria" che "sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza", e non a quello di "dittatura sovrana" che, invece, "vede in tutto l'ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione"¹⁷. Poteri, quindi, *per* e *non contro* l'ordinamento giuridico. Nella letteratura specialistica, infatti, la necessità del diritto eccezionale di ordinanza non portava a configurare affatto il riconoscimento all'esecutivo di un potere illimitato ovvero libero, ché altrimenti esso si sarebbe convertito in arbitrio o tirannia. "Se si volesse negare *a priori* l'esistenza di questi limiti, si finirebbe per confondere un diritto eccezionale con l'assenza di ogni diritto"¹⁸. Ecco perché dal pericolo che poteva derivare per il diritto oggettivo e le libertà dei singoli conseguiva – fin da allora – la parallela esigenza di stabilire presupposti di legittimità e condizioni di esercizio al potere eccezionale di ordinanza. Dalle varie, ma convergenti, ricostruzioni si richiedeva: 1) l'esistenza di una necessità oggettiva¹⁹; 2) l'inesistenza di mezzi

infra n. 5.

¹⁵ J.K. Bluntschli, *Dottrina dello stato moderno*, cit., vol. II, 104; V.E. Orlando, *Principii*, cit., 228; O Ranalletti, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. IV.1, Torino, 1904, 255; *contra* però A. Brunialti, *Prefazione. La Legge nello Stato moderno*, cit., CCXLI, secondo il quale "non vi è necessità di stato che possa legittimare o scusare la formale e durevole sostituzione dell'ingiustizia al diritto, né questo è il caso che noi contempliamo parlando di *Nothverordnung*, di un atto legislativo emanato dal potere esecutivo sotto l'impero di una vera, urgente, evidente necessità, nell'interesse generale, e sotto la duplice salvaguardia della responsabilità ministeriale e dell'approvazione del Parlamento".

¹⁶ Sulla differenza tra le concezioni della necessità come presupposto di provvedimenti eccezionali e come fonte originaria di produzione di norme giuridiche, cfr. P. Grasso, *Necessità (dir. pubbl.)*, in "Enc. dir.", Milano, Giuffrè, 1977, vol. XXVII, 869 ss.

¹⁷ C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1964), trad. it., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Bari, 1975, 148 s. per la citazione. L'A. aggiunge, per marcare le differenze, che la dittatura sovrana "non sospende una costituzione vigente facendo leva su di un diritto da essa contemplato, e perciò stesso costituzionale, bensì mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una costituzione ritenuta come quella autentica. In altre parole, la dittatura sovrana si richiama non ad una costituzione già in vigore, ma ad una ancora da attuare". In questi termini, mentre la dittatura commissaria presuppone una commissione d'azione determinata secondo le circostanze, la dittatura sovrana si identifica con il concetto di *pouvoir constituant*.

¹⁸ Cfr. V.E. Orlando, *Principii*, cit., 231; l'A. individuava i seguenti limiti (riferiti soprattutto allo stato d'assedio civile): 1) in relazione allo *scopo*, la giustificazione del provvedimento in una urgente necessità o un grave pericolo pubblico, valutabile dal Parlamento in sede di responsabilità ministeriale; 2) all'*estensione*, essa risulta dalla sostanza dello stato d'assedio e consente all'autorità di polizia di superare i limiti posti alla sua azione di fronte ai diritti individuali (ciò poteva giustificare restrizioni o soppressione di diritti, ma non l'usurpazione di funzioni di altri poteri, come la sostituzione di tribunali militari alla giurisdizione ordinaria, che pur era talvolta accaduto); 3) alla *forma*, la necessità di trasformare in legge il decreto governativo, con ratifica *ex post*.

¹⁹ Secondo Bluntschli "perché il diritto eccezionale venga in effettuazione, deve esservi una necessità reale o almeno un pericolo stringente di detta necessità". Non è sufficiente "il semplice

costituzionali appositamente predisposti in tale senso; 3) la spettanza, in tale evenienza, della titolarità dei poteri eccezionali al capo supremo dello stato (o al suo delegato in funzione di commissario o *vices delegatus*), che se ne assumeva la responsabilità, e non al parlamento (cui spettava il controllo dell'esercizio)²⁰; 4) l'impossibilità di altrimenti provvedere senza sospendere temporaneamente l'esecuzione di determinate leggi; 5) le misure adottate, inoltre, dovevano essere proporzionate al fine (nel *quomodo* e nel *quando*). In ogni caso, il diritto eccezionale doveva essere limitato allo stato di eccezione e non trasformarsi in diritto ordinario o normale²¹. Mutuando la dottrina schmittiana, si potrebbe dire che il potere eccezionale di ordinanza presuppone la distinzione tra norme di diritto e norme di attuazione del diritto: queste ultime sono, propriamente il contenuto di quel potere, che mira, essenzialmente, a conseguire un risultato concreto, ignorando il diritto certo, ma al solo fine di attuarlo (rendendosi così superfluo quanto prima possibile per ristabilire la norma del diritto)²².

interesse per la maggiore prosperità del popolo": ché, altrimenti, l'eccezione sarebbe elevata a regola (*Dottrina dello stato moderno*, cit., vol. II, 106.). Aspetto questo relevantissimo, specie, come si vedrà, per valutare la legittimità dei poteri sindacali che, dopo la novella del 2008, sono stati proprio collegati a finalità di "felicità collettiva" (*infra* n. 9).

²⁰ Nel silenzio della costituzione "è da ritenersi che spetta al capo supremo dello stato...e non al corpo rappresentativo, sia perché questo non sempre è riunito nel tempo quando urge la necessità, sia perché non ha la destinazione e la capacità di conoscere gli stringenti bisogni momentanei e stabilire i mezzi opportuni per appagarli". Ma alle Camere appartiene il potere di controllare l'esercizio di questo importante diritto: cfr. J.K. Bluntschli, *Dottrina dello stato moderno*, vol. II, 107. Sempre secondo questo A. il potere eccezionale non può essere stabilito ove esistano "i mezzi costituzionali e legittimi del potere dello stato per frastornare la necessità e assicurare lo stato e il pubblico ordinamento". "Dove è riconosciuto nella costituzione il diritto del governo ad emanare eccezionali leggi provvisorie, come per esempio in Prussia, non è questa una applicazione del diritto di necessità dello stato in senso stretto, ma una competenza legislatrice del capo dello stato precedentemente stabilita e limitata dalla rimanente costituzione e legislazione" (*eodem loco*).

²¹ Cfr. J.K. Bluntschli, *Dottrina dello stato moderno*, cit., vol. II, 108-110. Secondo questo A. le misure sono "determinate e limitate dal fine": ciò significa che "l'è un'opera vana determinare precedentemente"; e che esistono dei "limiti naturali" consistenti in ciò: 1. le misure non devono essere più dure o più grandi di quel che richieda il fine; 2. non devono durare "più a lungo di quel che duri il distornamento della necessità"; 3. "dove son sufficienti semplici misure provvisorie, non sono a comandarsi punto le definitive, e sempre alla legislazione regolare deve conservarsi il diritto di esaminare anche quelle e di curare il più che sia possibile il pronto e pieno ristabilimento dello stato giuridico ordinario; 4. il diritto di necessità non può abolire la responsabilità dei "ministri dirigenti", "nemmeno per le disposizioni eccezionali". Non sarebbe "una misura contro la necessità, ma un approfittare della necessità nell'interesse dell'arbitrio"; 5. infine "il diritto eccezionale sta soltanto ove vi è uno stato eccezionale, non però dee creare un nuovo diritto normale"; detto altrimenti: "per quanto si estende la vera necessità, per tanto deve estendersi anche il mezzo a soddisfarla". Quando "il motivo dello stato necessario riposa nella stessa costituzione senza che vi sia un rimedio, la via per salvare lo stato è quella delle riforme della costituzione, attraverso il corpo popolare e politico". Sui limiti al potere di sospensione delle leggi Lorenz von Stein (*Verwaltungslehre*, cit., 451-452) puntualizza che l'autorità che emette ordinanze siffatte deve rispondere: a) circa l'esistenza reale della necessità come fondamento della sospensione; b) che non si può altrimenti provvedere senza sospendere temporalmente l'esecuzione di determinate leggi; c) che l'estensione e la durata della sospensione non siano per nulla maggiori di ciò che è veramente richiesto dalla necessità.

²² C. Schmitt, *La dittatura*, cit., 9 ss.

4. Ordinanze d'urgenza con forza di legge: una questione di legittimità controversa, tra abusi e normalizzazione legislativa.

Il potere eccezionale di ordinanza, proprio per la sua ragion d'essere, giustifica l'adozione di tutte quelle misure che sono necessarie in relazione alle circostanze concrete, tanto che esso può dirsi legittimato, in definitiva, dal contesto. In questo modo, il volto delle ordinanze in deroga alla legge appare come quello del dio Giano: orientate, per un verso, alla difesa dell'ordinamento e, per l'altro verso, funzionali alla necessità del caso concreto, giustificando qualsiasi misura, anche contro l'ordinamento. In questa opposizione dialettica stanno quelle che, di conseguenza, possono qualificarsi come contraddizioni della prassi, che ha spesso conosciuto provvedimenti eccezionali dalla forma e dai contenuti più svariati.

I casi più eclatanti, durante il regime statutario, riguardarono le ordinanze d'urgenza con efficacia provvisoria di legge anche dette decreti-legge²³, tra i quali rientravano, in materia di polizia, i decreti diretti a proclamare lo “stato di assedio”²⁴. Secondo l'opinione prevalente i decreti-legge erano espressione di

²³ La dottrina riteneva parte di un unico concetto tanto le ordinanze di necessità (*Nothverordnungen*) quanto le ordinanze di eccezione (*Ausnahmeverordnungen*), dato che in entrambi i casi “si ha l'emanazione da parte dell'esecutivo di un provvedimento che normalmente è di competenza del legislativo. Anche lo stato d'assedio (o le *Ausnahmeverordnungen*) di cui parla la dottrina tedesca, rientrano infatti in questa nozione. Sospendere l'osservanza della legge o dispensarne esorbita dalla competenza dell'esecutivo, la cui attività è stata concepita diretta ad eseguire la legge o a perseguire i propri scopi nei limiti delle leggi, mai in contrasto con esse”. Cfr. B. Liuzzi, *Le ordinanze d'urgenza contemplate dall'art. 3 della legge 31 gennaio 1926 n. 100*, Città di Castello, 1928, 5 ss.

²⁴ Considerato dalla migliore dottrina come una “azione violenta, scoppiata in una parte del paese, contro la sicurezza dello stato e l'ordine giuridico costituito”, dal medesimo contenuto di una guerra (che nessuna legge positiva tuttavia prevedeva), ovvero “una guerra di fratelli”, comportante “limitazioni straordinarie della libertà (...), perdita o restrizione delle guarentigie, che sono poste a tutela della medesima, concentramento di tutti i poteri politici nell'autorità militare, e normalmente anche attribuzione ai tribunali militari, secondo la necessità del momento, della giurisdizione per taluni reati e per talune categorie di persone”. Cfr. O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, cit., 1163 ss.; ma vedi anche G. Motzo, *Assedio (stato di)*, in “Enc. dir.”, III, Milano, 1958, 250 ss.; P.G. Grasso, *I problemi giuridici dello stato d'assedio nell'ordinamento italiano*, Pavia, 1959; F. Modugno e D. Nocilla, *Stato di assedio*, in “Nss. Dig. It.”, vol. XVIII, Torino, 1971, 273 ss. Non esistevano tuttavia opinioni concordi sulla sua natura e soprattutto sui poteri del governo in questo caso. Alcuni, ed era la tesi prevalente, confortata dai casi concreti e dalla giurisprudenza, ritenevano la dichiarazione dello stato di assedio un atto pienamente legittimo e costituzionale, provvedimento essenziale per la difesa politica dello stato e della sua costituzione, fondato nella natura delle cose, espressione di una funzione propria del governo, che non necessitava di un *bill* di indennità da parte del parlamento, essendo soggetto solo a controllo politico, tanto che i giudici dovevano darvi esecuzione (cfr. L. Rossi, *Lo stato di assedio nel diritto pubblico italiano (Rivista della giurisprudenza parlamentare)*, in “Archivio di diritto pubblico”, 1894); altri, all'opposto, lo ritenevano illegittimo, essendo nient'altro che un vero decreto-legge (al quale applicare il relativo regime), in contrasto con il divieto statutario di sospendere leggi e costituzione, atto che, se non convertito in legge, poteva valere solo come

una legittima facoltà del governo di sospendere la legge, sotto la sua responsabilità, in genere dietro ratifica del parlamento, salvi solo i decreti di assedio, per i quali non era prevista nemmeno tale ratifica (anzi erano privi della stessa formula di presentazione alle camere). Tutti i decreti-legge, comunque, dovevano essere eseguiti e applicati dai giudici, anche prima della conversione in legge, senza che fosse possibile alcun sindacato sui presupposti, sui limiti, sull'esistenza o meno della ratifica parlamentare. Proprio gli "abusi" conosciuti dal nostro Paese nel difficile passaggio di secolo²⁵, in genere tollerati sia dal Parlamento, sia dalla giurisprudenza, condusse la migliore letteratura a formulare tesi restrittive del potere eccezionale di ordinanza. Nel fondamentale

"stato di fatto" (F. Racioppi, *Stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in "Giornale degli economisti", 1898, vol. XVII, F. Cammeo, *Della manifestazione di volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1901, 121 ss.; A. Gamberini, *I decreti d'urgenza in teoria e in pratica*, Bologna, 1903); altri propendevano per soluzioni intermedie, ritenendo, dal un lato, lo stato d'assedio atto legittimo (per diritto di necessità) ma illegale (per la violazione delle regole sull'ordine delle competenze e delle leggi vigenti), espressione di una competenza straordinaria e eccezionale del governo, da convertire in legge per sanare retroattivamente l'illegalità, applicabile dai giudici salvo il caso di mancata conversione (G. Arangio Ruiz, *Assedio politico (stato di)*, in "Enc. giuridica", Milano, 1895, I, 168 ss., S. Romano, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in "Il Filangieri", 1898, n. 15); , dall'altro, riconoscendo solo in capo alla legge il potere di sospendere diritti individuali, si ammetteva per necessità che il governo potesse compiere atti illegittimi da sottoporre a legge di ratifica (valevole per atti singoli) e non di conversione (con carattere permanente), che i giudici potevano discrezionalmente valutare in punto di legittimità (G. Vacchelli, *La difesa giurisdizionale del diritto dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, cit., 230 ss.). Ranelletti (*op. cit.*, 1201 ss.), invece, riteneva che lo stato d'assedio trovasse giustificazione nel "diritto subiettivo di necessità" e perciò fosse atto pienamente legittimo, avente efficacia giuridica e non solo politica, che il governo aveva il dovere di sottoporre all'approvazione del potere legislativo, quale atto di riconoscimento circa l'esistenza del presupposto (non soggetto quindi né a un *bill* d'indennità, che presuppone un atto illegale da legalizzare allo scopo di liberare da responsabilità gli autori, né una ratifica di un atto illegale adottato da un soggetto privo di competenza, né una conversione destinata a renderlo esecutivo). Sull'intreccio e la confusione di temi e problemi di decretazione d'urgenza e stato d'assedio, cfr. C. Nasi, *Necessitas non habet legem. La decretazione d'urgenza fra Statuto albertino e Costituzione repubblicana*, in "Dir. Soc.", 1995, 271 ss.; sul tema dello stato d'assedio e dei poteri straordinari cfr., di recente, specie con riferimento alla diversa questione "pieni poteri", C. Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra otto e Novecento*, Milano, 2005, 112 ss.

²⁵ La storia italiana dall'unità al fascismo ha registrato i seguenti stati di assedio (oltre alle misure eccezionali contro il brigantaggio che portarono alla legge c.d. Pica del 15 agosto del 1863) proclamati con altrettanti regi decreti: 3 aprile 1849 (Genova), 29 febbraio 1852 (Sassari), 17 e 20 agosto 1862 (in Sicilia e nelle province napoletane), 22 settembre 1866 (a Palermo, con la nomina, come commissario straordinario, del generale Raffaele Cadorna), 3 e 16 gennaio 1894 (in Sicilia, commissario straordinario è nominato il generale Roberto Morra di Lavriano e, poi, in Lunigiana), 7 e 9 maggio 1898 (per i tumulti a Milano contro il caropane, con la repressione del generale Bava Beccaris, stato di assedio esteso poi a Firenze, Livorno e poi a Napoli), 3 gennaio 1909 (Messina e Reggio Calabria dopo il terremoto del 28 dicembre 1908, per la prima volta con una portata diversa da quella di un provvedimento di polizia). Il 28 ottobre 1922 il Ministro *facta* presentò, inutilmente, alla firma del Re un decreto che proclamava lo stato di assedio in tutto il territorio del Regno. Particolarmente significativa, dal punto di vista della storia e del diritto costituzionale, fu la vicenda dei tumulti del 1898, che, secondo la storiografia più accreditata, ebbe il carattere di "un colpo di stato della borghesia", di fronte ai falliti tentativi di restaurazione del potere monarchico (ne costituiva un'eco il celeberrimo

saggio sulla manifestazione della volontà dello stato Federico Cammeo leggeva nella norma contenuta nell'art. 6 dello Statuto un divieto assoluto di ordinanze o regolamenti diretti a sospendere la legge e, con esse, la costituzione. I poteri del governo, infatti, erano da intendersi come "enumerati espressamente" e "nel silenzio della legge devesi presumere la competenza legislativa e non quella governativa"²⁶. Non poteva, quindi, accogliersi la dottrina della "suprema necessità dello stato" quale causa del potere di decretazione d'urgenza²⁷. Nei casi di effettiva emergenza, in buona sostanza, non era "affatto necessario ammettere che il governo possa legittimamente emanare ordinanze d'urgenza"; bastava ritenere che esso "può in fatto commettere, sotto la sua responsabilità, l'illegalità di sospendere le leggi, salvo regolarizzare il suo operato con un *bill* d'indennità. Se il Parlamento accorda questa legge di ratifica, cui può sempre darsi effetto retroattivo, la responsabilità civile, penale, amministrativa e politica del governo rimane coperta: finché questa legge non c'è, e, ove essa sia rifiutata, tale responsabilità sussiste piena ed intera"²⁸. Ne conseguiva, sul piano

Torniamo allo Statuto di Sidney Sonnino pubblicato nel 1897 sulla "Nuova Antologia") di fronte alla debolezza del sistema parlamentare e la forza emergente dei movimenti politici socialista e cattolico (cfr. sul punto E. Ragonieri, *Lo stato liberale*, in *Storia d'Italia*, Torino, Einaudi, 1976, ed. 1995, 1842 ss.). Dopo quella vicenda, che si chiude con il regicidio di Umberto I il 29 luglio 1900 e la successione di Vittorio Emanuele III, la forma di governo statutaria si attestò su un modello parlamentare che vedeva rafforzato (grazie, soprattutto, al decreto Zanardelli del 14 novembre 1901, n. 466, che metteva fine al "cancellierato bismarkiano" del III governo Crispi, secondo S. Merlini, *Autorità e democrazia nello sviluppo della forma di governo italiana*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1997, 57) il raccordo fiduciario tra parlamento e consiglio dei ministri (emergendo, con Giovanni Giolitti, il potere di indirizzo autonomo del Presidente del consiglio, a tal punto accentuato che G. Maranini parlò di "dittatura parlamentare e liberale": cfr. *Storia del potere in Italia (1848-1967)*, Milano, Corbaccio, 1995, 185).

²⁶ F. Cammeo, *Della manifestazione di volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, cit., 199.

²⁷ Ciò per varie ragioni: innanzitutto perché "le contingenze in cui può essere opportuna, o anche necessaria la sospensione delle leggi, sono tanto prevedibili, che in molti paesi furono prevedute e regolate": dal che conseguiva la considerazione che con il silenzio il legislatore statutario, "sull'esempio di altri paesi liberi", "non voleva accordare troppi ampi poteri al governo". In secondo luogo, perché l'uso che se ne fa è solo raramente effettivamente di necessità e di urgenza (molto spesso vi si ricorre "per forzar la mano al Parlamento"); Infine, anche quando sia veramente necessario emanare dei provvedimenti che sospendano la legge o la costituzione, "ciò non significa che sia necessario attribuirli alla competenza del governo. Basta che essi possano essere emanati dal Parlamento" e, se disciolto, "non manca mai il mezzo di convocarlo in brevissimo tempo, e di ottenere una sanzione immediata".

²⁸ F. Cammeo, *op. cit.*, 200 s., il quale così affermava la piena applicazione anche nel nostro ordinamento della teoria inglese, limitata peraltro a casi rari, del *bill of indemnity* del Parlamento per ratificare il decreto-legge adottato dai ministri. A Todd, *Il governo parlamentare in Inghilterra*, in A. Brunialti (a cura di), *Biblioteca di Scienze di politiche. Scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze politiche*, vol. III, Torino, 1886, 260, ricorda che dalla rivoluzione 1688 "ogniquale volta la Corona, in occasioni di pubblica necessità, si peritò di emettere proclami reali o decreti di Consiglio, che sembrassero sanzionare una deroga alle leggi del paese, tosto il parlamento investigava attentamente la necessità in cui fosse stato il Governo di così procedere; e, quando tali atti si dimostravano illegali, ma giustificabili, si approvavano *bills* d'indennità per esonerare da responsabilità tutte le persone che li avevano consigliati od erano concorsi nella loro esecuzione". Anche se in astratto "la Corona non ha il diritto costituzionale di emettere tali decreti o proclami", "i Governi, nei casi estremi, assunsero e s'affideranno, per ottenerne l'impunità, nel buon senso del popolo convinto della necessità di obbedirvi, e nella buona volontà del Parlamento",

del controllo, il rifiuto della tesi della necessaria applicazione delle norme prodotte dai decreti d'urgenza da parte dei giudici, perché l'autorità giudiziaria non avrebbe potuto mai applicare un "decreto-legge", prima della ratifica, perché "deve sempre riconoscerne l'illegalità". Una simile teoria, *a fortiori*, doveva valere per i "decreti di proclamazione dello stato di assedio"²⁹.

Questa dottrina, ancorché non pacifica³⁰, sembrava tuttavia destinata a affermarsi in concreto. Lo testimonia la vicenda del fallito tentativo, operato dal governo Pelloux, di rafforzare i poteri del governo, mediante una normativa diretta, in realtà, a comprimere alcune libertà fondamentali (stampa, riunione, associazione). Poiché il disegno di legge, presentato nel 1899, non riusciva a superare un fermo ostruzionismo parlamentare, con uno strappo il governo riuscì ad ottenerne il varo con il Regio decreto 22 giugno 1900, n. 422: ma, ciò nonostante, la Corte dei conti si limitò a registrarlo con riserva, mentre la Cassazione, con una sentenza "storica", lo dichiarò addirittura privo di efficacia³¹. Invero, nonostante la dottrina dell'incostituzionalità, l'incertezza relativa ai poteri eccezionali non era destinata a finire, specie alla luce della prassi. Almeno fino alla "normalizzazione" avvenuta con l'approvazione delle leggi n. 2263 del 1925 (sulle attribuzioni e prerogative del capo del governo) e n. 100 del 1926 (sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche)³². Tali leggi, però, erano ormai coerenti con il nuovo regime: nel sottrarre il governo al controllo e agli indirizzi del parlamento, avviando la fine del modello

²⁹ Il Cammeo ricorda anche che, in base all'art. 24 della legge 2 giugno 1889 il Consiglio di stato non poteva annullare tali decreti, trattandosi di atti politici esclusi dal suo sindacato, mentre la corte dei conti, nel giudizio preventivo di legittimità, era solito rifiutare la registrazione e, dopo la deliberazione del governo, registrarli con riserva (op. cit., 202).

³⁰ Vedi infatti O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, cit., 255.

³¹ Confermando l'orientamento giurisprudenziale diretto a negare la sindacabilità del potere di ordinanza del governo "in ciò che riguarda la necessità dello stato", la Corte di cassazione fece cadere il regio decreto con un'argomentazione tecnica: essendo stata chiusa la sessione parlamentare due giorni dopo la presentazione alle camere e prima che queste potessero avviarne la discussione, il decreto-legge era da considerarsi un semplice disegno di legge, come tutti gli altri disegni, era caduto nel nulla, privo di efficacia normativa. La celebre sentenza della Cassazione del 20 febbraio 1900 e il testo del regio decreto 22 giugno 1899, n. 227 possono leggersi, con relativi commenti, in G. Maranini, *Storia del potere in Italia*, cit., 215 e 225 ss. La giurisprudenza era paraltro molto oscillante, sostenendo in genere la legittimità e solo raramente l'incostituzionalità dei decreti-legge. A questo riguardo isolate dovevano considerarsi alcune pure importanti decisioni della Corte di cassazione: quella resa a sezioni unite del 24 gennaio 1922, che affermava il potere dell'autorità giudiziaria di disapplicare i decreti-legge privi della clausola di presentazione alle camere, quella del 16 novembre 1922 che, pur ritenendo ammissibile per il giudice conoscere della suprema necessità e urgenza trattandosi di materia eminentemente politica, permise l'accertamento dell'urgenza da manifestazioni esteriori (sospensione dei lavori parlamentari, immediata esecuzione, pronta pubblicazione ed entrata in vigore, adempimento della promessa di presentare alle camere il decreto-legge, ecc.). Sul punto cfr. C. Saltelli, *Potere esecutivo e norme giuridiche, la legge 31 gennaio 1926, n. 100, commentata e illustrata*, Roma, 1926, 40-42.

³² Corretto è dunque sostenere che "la tesi della necessità come fonte aveva già trionfato, molto al di là delle stesse intenzioni dei suoi sostenitori, ben prima dell'instaurazione del fascismo: al punto 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 rimedio ed un freno ai precedenti abusi. Cfr. L. Paladin, *Art. 77*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 47.

parlamentare, nonché nel determinare un decisivo spostamento di potere legislativo in capo all'esecutivo, con la "costituzionalizzazione" degli atti aventi forza di legge del governo³³.

5. *Le ordinanze di necessità e urgenza dopo la Costituzione.*

In questo orizzonte storico va inquadrata la problematica delle ordinanze di necessità e urgenza nell'ordinamento repubblicano. La Costituzione, nei suoi principi fondamentali, opera una netta soluzione di continuità con il passato. Rigidità costituzionale, riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali quali valori fondanti, ampio ricorso, in questa materia, alle riserve di legge, *numerus clausus* (tipicità e tassatività) delle fonti primarie di produzione del diritto, distribuzione del potere legislativo tra parlamento e governo secondo il principio di supremazia del primo sul secondo (art. 70 Cost.), tipizzazione degli atti del governo con forza di legge e previsione, per questi, di limiti costituzionali stringenti e giustiziabili (artt. 76 e 77 Cost.)³⁴, riconoscimento del principio di separazione tra legislazione e amministrazione (*legis-latio* e *legis-executio*), nonché del principio di legalità dell'amministrazione anche in funzione di limite per lo stesso legislatore (art. 97 Cost.), introduzione del controllo di costituzionalità degli atti legislativi (art. 134 Cost.): sono questi i capisaldi del nuovo ordinamento costituzionale, che permettono di affrontare i nodi problematici dei poteri eccezionali di ordinanza, recuperando e rafforzando (specie sul piano dell'effettività) le conclusioni alle quali era giunta la dottrina più avanzata già nella prima metà dell'800. Proprio la disciplina costituzionale del decreto-legge consente di stabilire il confine e l'efficacia tra potestà legislativa ordinaria e provvedimenti provvisori con forza di legge adottati in casi straordinari di necessità ed urgenza, nonché, in maniera ormai netta rispetto al passato, tra questi ultimi e la potestà regolamentare

³³ Cfr., in merito, P. Calamandrei, *La funzione parlamentare sotto il fascismo*, ora in *Scritti e discorsi politici*, Firenze, La Nuova Italia, vol. III, 348-349. In particolare, la legge 31 gennaio 1926, n. 100, non solo prevedeva un ampio potere regolamentare (art. 1), ma "costituzionalizzava" i decreti legislativi e i decreti-legge, questi ultimi adottati "nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo richiedano", e efficaci per ben due anni dall'entrata in vigore (art. 3).

³⁴ Occorre ricordare che l'Assemblea costituente affrontò, sia in commissione che in plenaria, il problema della sospensione delle libertà fondamentali sia in connessione allo stato di assedio (venne approvato un divieto esplicito che, tuttavia, scomparve nel testo finale), sia soprattutto relativamente alla decretazione d'urgenza (l'opinione prevalente era nel senso di escludere la forza di derogare a norme costituzionali). Sul punto la dettagliata ricostruzione di B. Cherchi, *Stato di assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in "Riv. Trim. Dir. Pubbl.", 1981, 1108 ss.. Com'è noto proprio partendo dalla discussione relativa ai lavori preparatori, ripresa e sviluppata criticamente, Carlo Esposito ha elaborato le sue tesi eterodosse sul decreto-legge nella Costituzione repubblicana (molto vicine alla concezione tradizionale di questo strumento), in *Decreto-legge*, in "Enc. Dir.", XI, Milano, 1962, 831 ss., che lo hanno portato, coerentemente con quelle conclusioni, a escludere la legittimità di leggi attributive di poteri diretti a adottare provvedimenti *extra ordinem* in caso di necessità (*ivi*, 866-867).

dell'amministrazione³⁵. Quale spazio poteva residuare ai poteri d'ordinanza di necessità e urgenza?

L'occasione per rispondere è stata offerta, com'è arcinoto, dalle numerose questioni di legittimità costituzionale che furono sollevate con riferimento ad alcune previsioni di legge emanate nel vecchio regime che, per continuità ordinamentale, erano trasigrate nel nuovo. Tra queste, l'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931 che assegnava al prefetto il potere di adottare “in caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e la sicurezza pubblica”. Sulla legittimità di detta disposizione la Corte costituzionale è intervenuta con due storiche decisioni, prima respingendo, poi accogliendo il rilievo dei giudici *a quibus*, ma sulla base dei medesimi argomenti. Nella sent. n. 8 del 1956 i dubbi di costituzionalità venivano sciolti mediante un'interpretativa di rigetto: quel potere prefettizio andava interpretato “non nel sistema in cui ebbe nascita, bensì nell'attuale sistema nel quale vive”, nel quale la giurisprudenza ordinaria e amministrativa era costante nel ritenere le ordinanze di necessità e urgenza atti amministrativi, “adottati dal prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico”. Qui veniva in rilievo “il significato attuale della norma”, che “non appare in contrasto con i principi costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i provvedimenti amministrati adottati dal prefetto, anche se talvolta vengono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono da confondere né con le leggi né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti”. Rispetto alla pretesa violazione dell'art. 21 Cost.³⁶, pur riconoscendo l'idoneità dei provvedimenti prefettizi a incidere tutti i campi in cui si esercitano i diritti dei cittadini, la Corte costituzionale escludeva la possibilità di sindacare, in sede di legittimità, anche i provvedimenti adottati in concreto dal prefetto, trattandosi di “indagine da farsi di volta in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente”. Piuttosto veniva manifestato l'auspicio “che, nell'opera di revisione che è in corso presso gli organi legislativi, il testo dell'art. 2” trovasse “una formulazione” tale da porlo “nella misura massima possibile, al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione”. Era l'occasione per esplicitare “alcuni canoni derivanti dal carattere amministrativo dei provvedimenti prefettizi d'urgenza”: efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza, adeguata motivazione, efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento

³⁵ La legge n. 100 del 1926 in molte parti è rimasta in vigore fino al varo della legge n. 400 del 1988, sull'ordinamento della presidenza del consiglio dei ministri e sulla potestà normativa del governo. Questo testo, ritenuto dalla migliore dottrina, almeno per i decreti legislativi e i decreti-legge, una sorta di appendice Costituzione, non prevede, tuttavia, una disciplina delle ordinanze di necessità e urgenza. Queste erano contemplate nella legislazione degli anni Trenta, nonché in alcune leggi approvate dopo il varo della Carta repubblicana.

³⁶ Il caso riguardava ordinanze prefettizie dirette a regolare lo strillaggio dei giornali nelle pubbliche vie e la vendita degli stessi a domicilio. Sulla decisione, adesivamente, cfr. G. Treves, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in “Giur. cost.”, 1956, 994 ss.; V. Crisafulli, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in “Giur. it.”, 1956, I, 1, 683 ss.

non abbia carattere individuale, conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico.

L'inerzia del legislatore e, soprattutto, la prassi contraria proprio a quell'interpretazione giustificarono, dopo tre anni, il riesame della questione e l'adozione di una (molto discussa) pronuncia interpretativa di accoglimento. Riaffermati i contenuti del precedente³⁷, la nuova decisione puntualizzava il nodo relativo al rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico. Questi costituiscono un limite invalicabile “dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino”, e tali sono “i precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria”. Nelle materie riservate alla legge, invece, occorre distinguere: quelle assolute escludono ogni provvedimento eccezionale, non potendo “concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione”; quelle relative, invece, ammettono che la legge ordinaria attribuisca all'amministrazione “l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è attribuito”, come pure le ordinanze in deroga alla legge ma con adeguati limiti³⁸. Da qui la declaratoria di illegittimità dell'art. 2 del T.u.l.p.s., “nei limiti in cui esso attribuisce ai prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico”³⁹.

³⁷ La Corte costituzionale, in particolare, ribadisce che i poteri prefettizi “non possono in alcun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti”, aggiungendo, “quanto al loro contenuto”, che “i relativi provvedimenti, finché si mantengono nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alle attività degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, comma 2, della Costituzione”. Anche a volerli considerare come “normativi”, i provvedimenti prefettizi “ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi”, per cui sono legittimi solo “quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni espresse fin dalla precedente sentenza”.

³⁸ Non si capisce perché, alla luce di questo chiaro passaggio della motivazione, vi è chi legge nella decisione n. 26 del 1961 l'autorizzazione per ordinanze contingibili e urgenti anche nell'ambito di riserve assolute di legge. Così C. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, 169.

³⁹ La decisione suscitò un vivace dibattito sulla sorte dell'art. 2 del T.u.l.p.s. ritenuto da alcuni ancora efficace sia pure nel significato della Corte, da altri annullato *in toto*: cfr., ad esempio, V. Crisafulli, *Il “ritorno” dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in “Giur. cost.”, 1961, 886 ss.; C. Lavagna, *Sull'illegittimità dell'art. 2 leggi di P.S. Come testo legislativo*, ivi, 898 ss.; M. Scudiero, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U. leggi di pubblica sicurezza e libertà costituzionali*, in *Foro penale*, 1962, II, 102 ss. Proprio l'incertezza sulla portata della decisione ha giustificato letture adeguatrici, come quella di R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 142 ss., il quale, ritenendo che l'art. 2 T.u.l.p.s. formalmente non soddisfi il limite della riserva relativa ovvero la legalità sostanziale (per l'assenza di criteri idonei a circoscrivere la discrezionalità del prefetto), propone di riempire di contenuto la fattispecie collegandola, come si trattasse di un rinvio, alle altre leggi vigenti. L'A. sembra farne una regola generale di giudizio: “mancando la definizione nella disposizione attributiva del potere d'ordinanza è gioco forza ricercarla in tutte le norme poste dall'ordinamento legislativo

Questo indirizzo è stato confermato e ulteriormente precisato anche dopo. Innanzitutto mediante una chiarificazione tipologica. Secondo la Corte costituzionale, i provvedimenti in questione rientrano nella categoria delle “ordinanze libere”, il cui contenuto non è prestabilito per legge, ma determinato di volta in volta in relazione alle circostanze del caso, non astrattamente prevedibili. Da qui deriva la distinzione “atti” necessitati e “ordinanze” necessitate: “i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni”. In secondo luogo, riaffermando con decisione che le ordinanze di necessità e urgenza “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”, ma “sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi”⁴⁰. In terzo luogo, esigendo puntuali limiti all'esercizio del relativo potere: affinché lo stesso sia limitato nell'effetto di “deroga”, e non anche di “abrogazione o di modifica”, la Corte costituzionale ha chiarito ulteriormente la necessità di “una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto

per la risoluzione dei rapporti tra poteri della amministrazione e diritti (pubblici o privati) che ai primi si possono trovare contrapposti” (pag. 147, ma anche 290 s. e 308).

⁴⁰ Corte cost. sent. n. 4 del 1977, sui poteri di precettazione, sulla quale vedi L. Carlassare, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in “Giur. cost.”, 1977, 258 ss.; P. Polacco, *Legge e provvedimento amministrativo in materia di sciopero*, ivi, 264 ss. La decisione aveva ad oggetto l'art. 20 del testo unico della legge comunale e provinciale del 1934, n. 383, che attribuiva al Prefetto di adottare “ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica interessanti l'intera Provincia o più comuni della medesima”. Sulla base di questa disposizione, per motivi di tutela della salute, era stata ordinata, durante uno sciopero a tempo indeterminato nella scuola, ad alcune unità di personale ausiliario di riprendere il servizio. La questione di costituzionalità, in particolare, era sollevata in riferimento alla violazione del diritto sciopero (art. 40 Cost.), degli artt. 70, 76 e 77 Cost. sulla riserva di legge in materia di diritti, e dei principi dell'ordinamento giuridico. Esclusa la natura di fonte, e ribadito il carattere provvedimentale, la Corte costituzionale rigetta la questione con riferimento anche all'art. 40, riconoscendo che il diritto di sciopero trova limiti in altri principi e valori costituzionali, tra cui la tutela del diritto alla salute e della incolumità delle persone, ritenuti di carattere primario e preminente. Con la conseguenza, nel caso di specie, che “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. (...), poiché tra i motivi legittimanti il Prefetto a provvedere con ordinanze contingibili e urgenti vi sono espressamente menzionati quelli “di sanità” (...). 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”)”. Com'è noto la materia della precettazione è stata integralmente disciplinata dalla legge n. 146 del 1990, sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

(questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata⁴¹. Queste prescrizioni, però, devono essere rispettate dalle norme attributive dei poteri di ordinanza, quali requisiti minimi, ma essenziali, di legittimità costituzionale. Qui non c'è spazio, sia detto chiaramente, per a *éscamotage* interpretativi al fine di salvare disposizioni che non soddisfano in sé e per sé il catalogo dei principi costituzionali⁴².

6. Le ordinanze di necessità e urgenza, tra “deroga” e “eccezione”.

Su questa giurisprudenza si innesta la sistemazione offerta da autorevole dottrina costituzionalistica, divenuta, in seguito, punto di riferimento obbligato in letteratura. Secondo Giuseppe Ugo Rescigno tali ordinanze connotano una categoria di “atti generali o singolari non predeterminati quanto al contenuto, emanati in casi di urgente necessità da autorità amministrative diverse dal governo” (stante, in proposito, l'art. 77 Cost.)⁴³. La differenza tra ordinanze di necessità e urgenza e provvedimenti non sta, dunque, nella deroga al principio di legalità, dato che anche le ordinanze sono previste da norme di legge e perciò legali, ma soprattutto nel fatto che solo le ordinanze hanno carattere necessariamente derogatorio “o perché la fattispecie che la pubblica

⁴¹ Cfr. sent. n. 201 del 1987, in materia di potere d'ordinanza conferito per legge al Ministro per il coordinamento della protezione civile in materia di smaltimento dei rifiuti, resa sulla base di un ricorso per conflitto intersoggettivo promosso dalla regione Lombardia, che si riteneva lesa nelle proprie attribuzioni da alcune ordinanze in deroga alla legislazione vigente. La Corte costituzionale aggiunge, per un verso, “che, anche se non predeterminato, il contenuto delle disposizioni derogatorie é 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 accennati poteri deve comunque adeguatamente delimitarne il carattere discrezionale” e, 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”. Proprio il carattere sproporzionato (nello spazio e nel tempo) dei provvedimenti adottati in concreto (sintomo della natura innovativa e non meramente derogatoria di essi) giustificava, con la riconosciuta lesione delle attribuzioni della regione, l'accoglimento del ricorso. In seguito vedi anche Corte cost. sent. n. 418 del 1992.

⁴² E' la contraddizioni in cui cade chi (come, ad es., Cavallo Perin, citato alla nota 38), al fine di adeguare fattispecie indeterminate al limite della riserva di legge, ricorre ai principi positivi ricavati dalla legislazione vigente: altro è ricorrere al diritto vigente per limitare la discrezionalità dell'agente e l'ambito di poteri di ordinanza che astrattamente rispettano i limiti costituzionali, altro è utilizzare il diritto vigente per sanare vizi di legittimità delle norme attributive di quegli stessi poteri.

⁴³ G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 91, il quale rimarca che la caratteristica del potere di ordinanza “non è già il fatto che esso sia libero nel contenuto, ma che esso non abbia un contenuto predeterminato” (nella prima categoria rientrerebbero gli atti politici). L'A. esclude qualsiasi potere di ordinanza in capo a organi del governo (e, a *fortiori*, in capo a singoli ministri, per la presenza proprio dell'art. 77 Cost. (*ivi*, pag. 96). Questa possibilità – oltre a non essere impedita a quanto pare dall'art. 77 Cost. *ratione materiae* – è, invece, ammessa dal diritto positivo: in materia ambientale (su cui vedi A. Andronio, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004), nonché in materia di protezione civile (*infra* n. 7).

Amministrazione vuole disciplinare non era preveduta da alcuna norma o perché quella stesa fattispecie è tale da esigere, a giudizio della pubblica Amministrazione, una disciplina diversa da quella prevista in astratto dalla norma”⁴⁴. Ne consegue che – anche al fine di distinguerle dagli atti necessitati come atti tipici, ancorché adottati sul comune presupposto dell'urgente necessità – il *proprium* delle ordinanze non sta negli atti ma nelle norme che le prevedono: esse non derogano ad alcuna norma, perché il rapporto regola eccezione corre tra norma derogata e ordinanza e mai tra norma derogata e norma attributiva del potere di ordinanza. Da qui la nota tesi che porta Rescigno a considerare quest'ultima come una norma *sulla* produzione giuridica: “giacché si limita a dire a chi, in che materia, con quale forma, eventualmente con quali limiti spetta emanare nuove disposizioni anche in deroga a norme preesistenti, mentre ogni altra norma attributiva di normali poteri amministrativi è anche e prevalentemente norme di produzione giuridica, giacché anzitutto prevede positivamente che cosa rispetto ad una determinata fattispecie può disporre la pubblica Amministrazione”⁴⁵. Da una tale configurazione non discende, tuttavia, il riconoscimento della natura di atto normativo né, tantomeno, la possibilità di riconoscere alle ordinanze forza di legge (come pure altri avevano ritenuto). Le ordinanze di necessità e urgenza, piuttosto, devono sottostare a precisi limiti⁴⁶: “non possono in nessun caso essere contrarie a disposizioni della Costituzione o intervenire in materia coperta da riserva assoluta di legge, possono intervenire *contra legem* in materia coperta da riserva relativa solo quando le norme relative contengono i criteri direttivi (e cioè, oggi, solo in alcuni pochi casi), possono tutte intervenire anche in deroga a legge in materie non coperte da alcuna riserva di legge, possono infine essere contrarie a fonti subordinate alla legge (in particolare a regolamenti)”⁴⁷.

Questa ricostruzione (e quelle analoghe, che finiscono, talora quasi pedissequamente, per ripeterne l'impostazione teorica e i risvolti empirici)⁴⁸ si

⁴⁴ G.U. Rescigno, *op. cit.*, 92: nel primo caso l'A. configura una deroga a diritto, nel secondo una deroga a specifiche norme. Oltre a quanto si dirà tra poco nel testo, già da questo punto di vista si nota una certa forzatura, specie quando si confonde il procedimento per colmare una lacuna del diritto con una deroga al diritto.

⁴⁵ G.U. Rescigno, *op. cit.*, 93.

⁴⁶ L'A. precisa, infatti, che senza tali limiti, per la natura necessariamente derogatoria delle ordinanze, il riconoscimento di un potere generale derogatorio attribuito a autorità amministrative diverse dal governo sarebbe del tutto incostituzionale.

⁴⁷ Cfr. sempre G.U. Rescigno, *op. cit.*, 98.

⁴⁸ Cfr., tra quelli che ammettono la legittimità delle ordinanze di necessità e urgenza, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 118 ss.; Id., *Ordinanze (dir. Amm.)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3982 ss.; M. Cerase, *Ordinanze di urgenza e necessità*, ivi, 3985 ss.; tra coloro che escludono ogni legittimità; F. Corvaja, *Ordinanze prefettizie e riserve di legge*, in “Giur. Cost.”, 2003, 1804 ss.; F. Pedrini, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. Barbera, T.F. Giupponi (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, specie 203 ss. Pure l'opera più attenta a questi profili non sembra liberarsi fino in fondo dai tradizionali concetti di deroga e sospensione, cfr. G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, specie 214 ss. (l'A. Sostiene l'illegittimità delle “ordinanze straordinarie o necessitate”, pag. 445-458, per la riserva costituzionale in materia di emergenza a favore del decreto-legge, che, però, conduce a ritenere possibili ordinanze in deroga solo se disposte con decreto-legge).

rivela, ad attento esame, parziale e contraddittoria⁴⁹. Essa poggia, essenzialmente, sul presupposto che si possano applicare al fenomeno delle ordinanze di necessità e urgenza le medesime categorie concettuali delle fonti del diritto (norma sulla produzione, forza normativa, deroga, sospensione, ecc.)⁵⁰. Invero, proprio il carattere *extra ordinem* del potere d'ordinanza contingibile e urgente dovrebbe portare a negare quella possibilità e a percorrere altre vie. Le ordinanze di necessità e urgenza contengono provvedimenti del caso concreto, producono regole *di e per* il contesto, anzi sono propriamente fonte dell'unico regolamento applicabile finché dura la situazione di necessità che le legittima. Sebbene previste da norme giuridiche, quei provvedimenti sottostanno a criteri di valutazione propri, che nascono dal fatto concreto e sono, dunque, estranei all'ordinamento giuridico⁵¹. Anche l'efficacia è *sui generis* e non è possibile comprenderne il senso utilizzando concetti come abrogazione, deroga, sospensione, annullamento *et cetera*. Qui si tratta propriamente del rapporto "regola-eccezione", dove il concetto di eccezione deve essere assunto in senso stretto: indica una fattispecie che possiede una *ratio singularis*, del tutto estranea a quella della regola⁵². La situazione di urgente necessità, nel giustificare l'adozione di ordinanze di necessità e urgenza, impone provvedimenti o regole di contesto che sono di necessaria *applicazione*, poiché non sono applicabili le norme dell'ordinamento giuridico, e affinché

⁴⁹ Analoghe incertezze sono presenti anche nella stessa giurisprudenza costituzionale, che non riesce a liberarsi del tutto dalla "normatività" delle ordinanze di necessità e urgenza. Cfr. sent. n. 4 del 1977, in particolare.

⁵⁰ Lo stesso concetto di "norma sulla produzione giuridica", in effetti, è usato in modo generico, perché non coincide con quello di norma sulla produzione normativa (com'è d'uopo), anche se questo serve a Rescigno per escludere la natura di atto normativo alle ordinanze in parola: se si assume che tale è una norma che prevede o disciplina atti giuridici (per usare le stesse categorie dell'A., *op. cit.*, 93), questo requisito, anziché proprio solo delle norme attributive del potere di ordinanza, è utilizzabile per definizione anche per quelle che prevedono qualsivoglia provvedimento amministrativo, pure gli atti necessitati.

⁵¹ Cosa, questa, diversa dal rilievo delle ordinanze di necessità e urgenza nell'ordinamento. Del resto, come è stato fatto notare, l'emergenza è una situazione complessa che comprende il fatto emergenziale, lo stato d'eccezione, e il giudizio di necessità, secondo un modello sintetizzabile così: "di fonte al fatto emergenziale si ritiene necessario lo stato d'eccezione". Cfr. sul punto G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, cit., 158 ss.

⁵² Laddove la deroga (e i fenomeni analoghi negli effetti) è piuttosto la sottrazione dall'efficacia di una regola di una situazione o un rapporto che rispondono ad una *ratio* diversa (*ratio derogandi*) ma che è pur sempre riconducibile a quella della regola, in termini di specie a genere. Nel caso dell'eccezione non solo non c'è alcun rapporto tra le due *rationes*, ma la *ratio* dello *jus singularis* è esclusiva (con le note conseguenze tracciate dall'art. 14 delle preleggi). Cfr. S. Pugliatti, *Eccezione (teoria generale)*, in "Enc. Dir.", XIV, Milano, 1965, 151 ss. per il quale l'eccezione è "qualcosa che non si può spiegare secondo una legge o una regola data", una regola "*contra tenorem rationis*, intesa la *ratio* come omnesse di principi o regole costituenti il sistema o come spirito del sistema stesso", essa "è esclusa dall'omogeneo e presuppone l'eterogeneo e l'eteronomo". Vedi pure G.U. Rescigno, *Deroga (in materia legislativa)*, in "Enc. dir.", XII, Milano, 1964, 303 ss., in cui, nonostante qualche incertezza, si esprimono idee simili; confonde deroga e eccezione R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 198 s. e 226 ss. La prospettiva seguita nel testo pare vicina a quella di V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 130, anche quando sottolinea che "il designare come eccezionale le norme e gli atti necessitati, può smorzare gli effetti eversivi della necessità nell'ordinamento".

quest'ultimo possa essere riaffermato nella sua continuità⁵³. Può dunque dirsi che le norme prodotte dalle ordinanze di necessità e urgenza hanno un regime *sui generis*, atipico per definizione, che la dottrina e la giurisprudenza hanno nel corso del tempo contribuito a forgiare, in via empirico-teoretica piuttosto che teorico-dogmatica⁵⁴. I limiti rappresentano, da questo punto di vista, il contenuto della relazione dialettica tra le regole dell'ordinamento giuridico-costituzionale e le eccezioni giustificate dalle situazioni di urgente necessità. Questo fatto aiuta a spiegare anche la parabola storica del potere d'ordinanza: connotata dal passaggio da una problematica e forse impossibile pretesa di tipicità formal-preventiva, ad un più realistico processo di tipizzazione empirico-pretoria. In una parola, la ragion d'essere delle ordinanze sta non tanto in una pretesa di legalità astratta quanto nella loro giustiziabilità in concreto⁵⁵.

7. La razionalizzazione della legge n. 225 del 1992 sulla protezione civile.

Non c'è dubbio, invero, che tra tutte quelle conosciute dall'ordinamento giuridico la disciplina dettata in materia di protezione civile costituisca quella che meglio corrisponde alle esigenze costituzionali relative alle ordinanze di necessità e urgenza⁵⁶. Razionalizzando una legislazione emergenziale e sparsa, la

⁵³ Rimarca esattamente questa sfumatura (pur partendo dal medesimo presupposto di Rescigno della norma sulla produzione) F. Satta, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in "Enc. giur.", Roma, 1989, 4, il quale colloca il fenomeno nel tema delle lacune, distinguendo tra ordinamento normativo (ovvero positivo) e ordinamento giuridico complessivo (il diritto) al fine di sottolineare come il conflitto possa sussistere solo con riferimento al primo e non al secondo. Del resto, continua l'A., il diritto pubblico, privato e processuale civile conoscono termini di riferimento che aiutano a spiegare il fenomeno delle ordinanze contingibili e urgenti: l'esercizio di fatto di funzioni pubbliche, l'indebito arricchimento e la *negotiorum gestio*, i provvedimenti d'urgenza nel processo civile.

⁵⁴ Questo approccio è seguito nel documentato studio di M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in "Riv. Trim. Dir. Pubbl.", 2005, 641 ss. Sulla base dell'analisi di questo A. può dirsi ormai esistente un riconoscibile, e sufficientemente preciso, catalogo di requisiti di legittimità nati e riutilizzabili in sede giudiziaria: il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento (costituzione, riserve di legge, vincoli comunitari), il divieto di derogare a disposizioni o atti normativi che non siano previamente individuati, la corrispondenza a materie, fini e competenze individuate dalle norme; l'esistenza di un'urgenza qualificata; il carattere necessariamente residuale del potere di ordinanza; la temporaneità della misura; la proporzionalità tra mezzo e fine (nel triplice senso di idoneità, necessità e adeguatezza). L'A. conclude per l'esistenza di una tendenziale tipizzazione dei contenuti dei poteri d'ordinanza, tale da assottigliare il confine tra le ordinanze contingibili e urgenti e quelle necessitate. Conclusione non condivisibile sino in fondo, se è vero che dal punto di vista astratto resta chiara la differenza tra le due figure. Cfr. *infra* paragrafo n. 9.

⁵⁵ In chiave teorica questo processo è strettamente connesso all'evoluzione del principio di legalità, almeno secondo la ricostruzione di B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, 33 ss.

⁵⁶ Sul tema si veda M. Malo, F.S. Severi (a cura di), *Il servizio nazionale di protezione civile*, Torino, 1992; F.S. Severi, *Le ordinanze della l. 24 febbraio 1992, n. 225 sulla protezione civile*, Milano, 1996; V. Pepe, *Il diritto alla protezione civile*, Milano, 1996; F. Gandini, A. Montagni, *La protezione civile: profili costituzionali e amministrativi, riflessi penali*, Milano, 2007.

legge n. 225 del 1992 ha rappresentato, piuttosto, il tentativo di definire un modello generale del potere eccezionale di ordinanza, positivizzando presupposti e condizioni di esercizio utilizzabile.

In particolare, nel disegno complessivo diretto a segnare il passaggio dall'organizzazione ministeriale a quella del servizio nazionale autonomo con funzioni di coordinamento⁵⁷, il legislatore si preoccupa di separare gli interventi di protezione civile, distinguendo tra quelli che richiedono o mezzi ordinari o strumenti straordinari in relazione a fattispecie predeterminate. L'art. 2, comma 1, lett. c) stabilisce che, ai fini dell'attività di protezione civile, gli eventi si distinguono in: a) eventi naturali e connessi con l'attività dell'uomo fronteggiabili con interventi attuabili da singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) eventi naturali e connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura e estensione comportano l'intervento coordinato di più enti e 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". Con riferimento a quest'ultima ipotesi, l'art. 5 dispone che, al verificarsi degli eventi previsti, il Consiglio dei ministri deliberi lo stato di emergenza⁵⁸, determinando la durata e l'estensione territoriale, "in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi". Per l'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione suddetta si provvede "anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico" (art. 5, comma 3) e nel quadro delle competenze di regioni, province, prefetto comune⁵⁹. Si stabilisce, altresì, che il presidente del consiglio dei ministri (oppure, per delega, il ministro per il coordinamento della protezione civile – nel qual caso le ordinanze devono essere comunicate al Presidente del consiglio) può "emanare ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose". Mentre le prime sono adottate in attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione di emergenza, queste ultime sono adottabili quando si verificano "gravissime emergenze improvvise e non c'è il tempo per la dichiarazione".⁶⁰ Le ordinanze in deroga, in particolare, "devono contenere

⁵⁷ Cfr. C. Meoli, *La protezione civile*, in S. Cassese (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, t. II, 1609.

⁵⁸ Ciò avviene su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o, per sua delega, del Ministro per il coordinamento della protezione civile. Le stesse modalità sono seguite per la revoca dello stato di emergenza.

⁵⁹ Cfr. artt. 12, 13, 14, 15.

⁶⁰ Così V. Pepe, *Protezione civile e pianificazione del territorio*, Padova, 2006, 85 (che riporta una differente interpretazione del Consiglio di Stato diretta a richiedere anche qui la previa dichiarazione del consiglio dei ministri: Sez. I, 21 ottobre 1992, n. 2557/C2, in "Consiglio di Stato", 1994, I, 90). Le ordinanze preventive trovano il loro fondamento non solo nell'eccezionalità e straordinarietà dell'evento, ma anche nella necessità di un'azione tempestiva ove manchi il tempo necessario per la dichiarazione. L'A. ricorda come la giurisprudenza ritenga la nullità delle ordinanze di protezione civile senza la previa dichiarazione (per quelle del primo tipo), che la valutazione dello stato di necessità spetti all'organo che esercita il potere discrezionale ed è perciò escluso il giudice ordinario, che il ricorso è subordinato alla valutazione circa l'impossibilità di ricorrere a strumenti ordinari, e che il vizio di eccesso di potere ricorre anche nella deviazione dal fine o dall'interesse tutelato, che il potere sia delimitato nel tempo e nello spazio e, soprattutto, che siano determinate attribuzioni del commissario delegato e norme

l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate" (art. 5, co. 5); tutte quelle previste dall'art. 5 sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale, e comunicate ai sindaci interessati affinché vengano pubblicate.

La legge n. 225 ha avuto anche l'avallo della Corte costituzionale. Invero, proprio attraverso la giurisprudenza, sono venuti chiarendosi alcune questioni di rilievo, circa il coordinamento dei livelli di governo territoriale, nonché i limiti del potere derogatorio. La Corte costituzionale⁶¹ ha stabilito in via di principio che l'emergenza non può comportare il sacrificio dell'autonomia regionale, dovendo l'esercizio del potere d'ordinanza essere adeguatamente limitato "per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali"⁶². Nella fattispecie – l'emergenza colera a Bari – viene riscontrata una discrasia circa la proporzionalità tra presupposti e misure autorizzate dall'ordinanza del presidente del consiglio dei ministri, contenente "interventi immediati per fronteggiare l'emergenza socio-economico-ambientale". I poteri del commissario delegato erano configurati in maniera non adeguata in ragione della latitudine delle deroghe potenzialmente apportabili alla legislazione statale sul riparto di attribuzioni e anche alla legislazione regionale: e ciò, sia in relazione alla programmazione generale degli interventi, che richiedono l'intesa con la regione coinvolta (e non un semplice intervento consultivo della stessa)⁶³; sia in ragione degli atti legislativi potenzialmente derogabili. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, il controllo di legittimità non può che imporre uno stretto scrutinio. Nel caso di specie la Corte costituzionale ha operato una verifica attenta e approfondita sia degli atti legislativi derogabili (escludendo la legittimità laddove gli atti richiamati fossero necessari a qualificare la posizione costituzionale della regione, e quando effettivamente lesivi dell'autonomia regionale), sia la stessa tecnica di individuazione delle disposizioni derogabili (che non tollera previsioni indeterminate e generiche che altrimenti lascerebbero "un margine inaccettabile di incertezza circa l'efficacia, nell'arco di

derogabili.

⁶¹ Cfr. Corte cost. sent. n. 127 del 1995, con note di G.U. Rescigno, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in "Giur. cost.", 1995, 2185 ss. (il quale, peraltro, in tesi esclude la legittimità della stessa legge n. 225 per elusione dell'art. 77 Cost., ma); A. Morrone, *I poteri di ordinanza contingibili e urgenti: l'integrazione del diritto "eccezionale" nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*, in "Riv. Giur. ambiente", 1997, 265 ss.

⁶² Queste esigenze – secondo la Corte costituzionale – vengono soddisfatte dalla legge n. 225 del 1992, quando delimita lo stato d'emergenza alla "qualità e natura degli eventi", recependo il criterio giurisprudenziale della "necessaria proporzione tra evento e misure", prevedendo la partecipazione della regione all'organizzazione e all'attuazione delle attività di protezione civile, preoccupandosi di fissare precisi limiti di tempo. Importante è ricordare che in caso di dubbio circa la sua applicazione "la legge sulla protezione civile deve essere comunque interpretata *secundum ordinem* in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti, riconducendo l'attività del commissario delegato e il potere di ordinanza ai principi".

⁶³ La Corte costituzionale precisa, proprio per superare l'obiezione circa le possibili complicazioni procedurali che potrebbero derivarne, che nella fattispecie restava fermo che, in caso di mancato accordo entro un congruo lasso di tempo, lo stato può decidere in via risolutiva sia pure con congrua motivazione, per evitare la paralisi decisionale.

tempo considerato, di interi atti normativi, i quali introducono principi che potrebbero essere compromessi, sia pure per un periodo di tempo limitato”⁶⁴. La giurisprudenza ha poi ispirato la legislazione di attuazione: gli artt. 107-108 del d.lgs n. 112 del 1998, nel definire il quadro di riferimento in materia di protezione civile a seguito dell’introduzione del c.d. federalismo amministrativo, hanno individuato le funzioni di stato, regioni, province e comuni, recependo sostanzialmente le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁵. Questo modello complessivo ha mantenuto il suo valore di riferimento generale anche dopo la riforma costituzionale del titolo V, che colloca la “protezione civile” tra le competenze concorrenti: il giudice costituzionale ha chiarito che le previsioni contenute nella legge n. 225 del 1992 e nel d.lgs. n. 112 del 1998 (rispettivamente artt. 5 e 107) sono espressione di principi fondamentali della materia, che delimitano la legge regionale (pure come norme interposte) anche sotto il nuovo regime di competenze delineato dalla legge cost. n. 3 del 2001⁶⁶. Con l’istituzione del Sistema nazionale di protezione civile il legislatore statale, in particolare, ha rinunciato a un modello centralizzato per una organizzazione diffusa a carattere policentrico: in virtù del principio di sussidiarietà mentre le regioni provvedono in via ordinaria (ex art. 2, lett. a e b, legge n. 225 del 1992, tenendo conto, però, degli indirizzi del Presidente del consiglio dei ministri)⁶⁷, lo stato interviene per i soli eventi di natura straordinaria (lett. c del medesimo articolo), in specie per il soccorso alle comunità colpite, solo ove l’intensità degli eventi calamitosi sia tale da superare la capacità di risposta operativa di regioni e enti locali. Le funzioni che la legge assegna allo stato hanno rilievo nazionale, data la sussistenza di esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione,

⁶⁴ La sentenza ha stabilito che non spettava allo Stato, e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri, introdurre prescrizioni per fronteggiare lo stato d'emergenza dirette a conferire ad organi amministrativi poteri d'ordinanza non adeguatamente circoscritti nell'oggetto, tali da derogare a settori di normazione primaria richiamati in termini assolutamente generici, e a leggi fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale, senza che sia richiesta l'intesa con la Regione per la programmazione degli interventi, secondo le modalità che si sono già precisate. Conseguentemente, ha annullato l'art. 1 dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri 8 novembre 1994, nella parte in cui prevedeva soltanto il parere della Regione, anziché l'intesa, per quanto attiene alla programmazione generale degli interventi; e l'art. 2 della stessa ordinanza, nella parte in cui ammetteva, al di fuori di quel nesso di congruità e proporzione che deve sussistere con l'evento che giustifica la dichiarazione dello stato d'emergenza ambientale, la deroga degli atti normativi primari indicati nei punti 10 e 11 della motivazione, per violazione dei limiti costituzionali del potere di ordinanza, che valgono qui a garanzia delle attribuzioni regionali.

⁶⁵ La disciplina prevede che allo stato spetti l’indirizzo, la promozione il coordinamento delle attività delle amministrazioni statali, regionali, provinciali, comunali, delle comunità montane, degli enti pubblici nazionali e territoriali e ogni altra istituzione pubblica operante sul territorio nazionale in materia di protezione civile. La partecipazione delle autonomie regionali si riscontra soprattutto negli atti più rilevanti: così per la deliberazione e la revoca dello stato di emergenza che, ai sensi dell’art. 2.1, lett. c) legge n. 225/1992, devono avvenire d’intesa con le regioni interessate; così come sempre d’intesa con le regioni interessate è prevista l’emanazione di ordinanze per l’attuazione di interventi di emergenza.

⁶⁶Corte cost. sentt. nn. 327 del 2003, 86 del 2006, 284 del 2006.

⁶⁷La cui mancata menzione nelle discipline regionali non implica violazione, che deve invece essere accertata caso per caso: cfr. Corte cost. sentt. nn. 327 del 2003 (l.r. Molise n. 32/2001), 126 del 2006 (l.r. Lombardia n. 12/2005, entrambe di infondatezza; 323 del 2006 (l.r. Emilia-Romagna n. 1 del 2005).

escludendo che il riconoscimento di poteri straordinari e derogatori della legislazione vigente possa avvenire da parte di una legge regionale. Così mentre il potere d'ordinanza del governo riguarda proprio i casi straordinari, quello eventualmente previsto dalla legge regionale (ad es. in capo al Presidente della Giunta regionale) attiene solo gli eventi calamitosi che spossano essere fronteggiati con l'intervento di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria⁶⁸. La regione, quindi, non ha nessun potere straordinario o derogatorio della legislazione in vigore, né, di conseguenza, è legittimata a paralizzare gli effetti di provvedimenti specificamente indirizzati a fronteggiare una situazione di emergenza⁶⁹.

8. La fuga dal modello: a) ordinanze di necessità e urgenza per interventi ordinari (“grandi eventi” e dintorni...)

Rispetto alla razionalizzazione della legge del '92 la legislazione successiva è stata orientata lungo linee molto divergenti⁷⁰. Si è assistito a un progressivo

⁶⁸Corte cost. sent. n. 327 del 2003, che rigetta una serie di questioni relative alla legge regionale Molise n. 32 del 2001, Sistema regionale di protezione civile. La fattispecie contestata ha riguardato il conferimento al Presidente della Giunta del potere di individuare le strutture che, anche in deroga all'ordinario assetto delle competenze, sono chiamate ad operare per lo svolgimento degli interventi necessari in caso di crisi determinata dalla imminenza o dal verificarsi di eventi calamitosi. Per una conferma cfr. sent. n. 82 del 2006, che dichiara costituzionalmente illegittima la norma di legge regionale della Calabria che pretendeva di prorogare i poteri del commissario delegato (sindaco di Napoli) dopo la cessazione dello stato di emergenza dichiarato dal Presidente del consiglio dei ministri, mantendogli il potere di gestire le somme concesse con il solo vincolo di destinazione allo scopo, e legittimandolo, per il resto, a derogare alla legislazione statale e regionale vigente: ciò non solo per l'invasione delle competenze riservate allo stato in ordine alla dichiarazione e cessazione dello stato di emergenza, ma anche con riferimento al conferimento dei poteri straordinari di ordinanza in deroga, che spetta solo allo stato.

⁶⁹Cfr. Corte cost. sent. n. 284 del 2006 che dichiara illegittime alcune disposizioni della l.r. Calabria n. 13 del 2005, che aveva disposto la sospensione dei provvedimenti emessi dal commissario delegato (il Presidente della regione) dal Presidente del consiglio dei ministri per la situazione di grave crisi ambientale connessa allo smaltimento dei rifiuti, in particolare prevedendo la sospensione della realizzazione del raddoppio del termovalorizzatore di Gioia Tauro, nonché dell'impianto di smaltimento e stoccaggio dei rifiuti solidi urbani di Reggio Calabria, in attesa dell'approvazione del piano regionale dei rifiuti. Nella fattispecie la Corte costituzionale giustificava la competenza statale non solo nella materia concorrente della protezione civile, ma anche in quella della tutela dell'ambiente, connessa naturalmente alla prima. La sent. n. 277 del 2008 conferma la precedente, annullando un secondo tentativo della stessa regione Calabria di paralizzare la disciplina emergenziale statale.

⁷⁰ Per molti versi la cosa può essere letta, come nelle origini della vicenda dei poteri di emergenza in un sorta di “ricorso” storico, in parallelo alla vicenda dell'abuso della decretazione d'urgenza, che ha caratterizzato la storia italiana fin dagli anni Settanta, con i noti picchi conosciuti nella prima metà dei Novanta, fino alla sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità della reiterazione. E' probabile, in altre parole, che l'improvviso freno posto all'abuso dei decreti-legge abbia costituito il presupposto per un largo utilizzo dei poteri di ordinanza contingibile e urgente. L'uso insistito della decretazione d'urgenza, anche dopo la sentenza del 1996 (e le significative ancorché limitatissime aperture del giudice delle leggi a sindacare in concreto l'evidente mancanza dei presupposti di necessità e urgenza: cfr. sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008), non contraddice questa considerazione, ma

allargamento dei confini dei presupposti causa degli interventi emergenziali e a una diffusione rilevante dei poteri di ordinanza contingibile e urgente. Gli ambiti riguardano non solo la materia della protezione civile, ma anche i poteri straordinari del sindaco in ambito locale.

Con riferimento alla legge n. 225 del 1992, le novelle hanno finito per compromettere il senso della disciplina, specie quale tentativo di definire un modello di riferimento generale, diretto a costringere il fatto straordinario e imprevedibile entro il letto di Procuste dello stato di diritto. Una prima ferita si è avuta in applicazione della clausola residuale degli “altri eventi” (art. 2, lett. c, legge n. 225 del 1992): estesa, di volta in volta, alla problematica gestione di quella che è diventata una vera e propria “emergenza rifiuti”⁷¹, alla questione connessa ai sempre più intensi flussi migratori⁷², fino ad arrivare a generiche situazioni di criticità di carattere economico-sociale⁷³.

Una rottura più significativa è stata poi operata con il decreto-legge n. 343 del 2001 (convertito con modificazioni in legge n. 401 del 2001): l'art.5-bis, co. 5 stabilisce che le disposizioni dell'art. 5 della legge n. 225 del 1992 si applichino anche con riferimento alla “dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza”. Sulla base di questa norma è stato formalmente introdotto un procedimento sulla produzione di ordinanze di necessità e urgenza privo di causa, stante l'indeterminatezza della fattispecie, che consegna a valutazioni politiche pressoché libere la decisione di ricorrere a poteri in deroga alla legge. E, in effetti, la casistica dimostra un uso molto disinvolto: per i Campionati del mondo di ciclismo su strada 2008⁷⁴, i Mondiali di nuoto “Roma 2009”⁷⁵, la XX giornata mondiale della gioventù a Colonia⁷⁶, i Giochi olimpici invernali “Torino 2006”⁷⁷, la cerimonia delle Esequie di Giovanni Paolo II e l'elezione del Pontefice⁷⁸, la Pre-regata della XXII Coppa America⁷⁹, il Semestre di Presidenza italiana dell'Unione europea⁸⁰, il XXIV Congresso eucaristico nazionale a Bari⁸¹, l'Incontro nazionale dell'Azione cattolica italiana⁸², la Beatificazione di Maria

conferma ulteriormente la tendenza generale alla trasformazione in fatto degli strumenti di emergenza: decreti-legge e ordinanze d'urgenza sono oggi modi normali di provvedere in situazioni ordinarie piuttosto che in situazioni di effettiva emergenza.

⁷¹ Cfr., da ultima, l'ordinanza del presidente del consiglio dei ministri 11 gennaio 2008, n. 3639.

⁷² Cfr. il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 20 marzo 2002, Dichiarazione dello stato di emergenza per fronteggiare l'eccezionale afflusso di extracomunitari, poi prorogato con il D.P.C.M. 7 marzo 2003 e del 23 dicembre 2003.

⁷³ Quali quelli derivanti dalla relevantissima richiesta di lavoratori nei settori agricolo e turistico-alberghiero, come dimostra il D.P.C.M. 21 aprile 2004, recante estensione dello stato di emergenza di cui al D.P.C.M. citato nella nota precedente.

⁷⁴ Cfr. D.P.C.M. 2 dicembre 2005.

⁷⁵ Cfr. D.P.C.M. 14 ottobre 2005.

⁷⁶ Cfr. D.P.C.M. 29 luglio 2005.

⁷⁷ Cfr. D.P.C.M. 10 giugno 2005.

⁷⁸ Cfr. D.P.C.M. 3 aprile 2005.

⁷⁹ Cfr. D.P.C.M. 3 settembre 2004.

⁸⁰ Cfr. D.P.C.M. 20 marzo 2002 (poi più volte prorogato).

⁸¹ Cfr. D.P.C.M. 23 aprile 2004.

⁸² Cfr. D.P.C.M. 19 settembre 2003.

Teresa di Calcutta⁸³, il Vertice mondiale sull'alimentazione⁸⁴, il Vertice Nato-Federazione Russa a Roma⁸⁵, il Vertice In.C.E. a Trieste⁸⁶. In (quasi) tutti questi casi, viene a mancare l'imprevedibilità e il carattere straordinario dell'evento, che, per tradizione storica, rappresentano la ragion d'essere dei poteri d'emergenza: qui, semplicemente, un qualsiasi "grande evento" (non importa se per importanza sociale, o per esigenze organizzative, o per *maladministration*) giustifica l'esercizio di poteri *extra ordinem* in deroga alla legislazione vigente⁸⁷. Non è stato difficile, in seguito, sfruttare in ogni direzione le potenzialità derivanti dal *mix* di "protezione civile" e "grandi eventi", divenuto il presupposto innominato per intervenire, con quei poteri, anche in situazioni qualificate come di "emergenza" interna o di "emergenza" internazionale. Nel primo caso, sempre sulla base al decreto-legge n. 343 del 2001, può vedersi il decreto del presidente del consiglio dei ministri 28 marzo 2003, recante dichiarazione dello stato di emergenza in relazione alla tutela della pubblica incolumità nell'attuale situazione internazionale (relativa al conflitto sul territorio iracheno)⁸⁸, nonché il decreto del presidente del consiglio dei ministri

⁸³ Cfr. D.P.C.M. 19 ottobre 2003.

⁸⁴ Indetto cinque anni dopo dalla FAO, cfr. D.P.C.M. 19 aprile 2002.

⁸⁵ Cfr. D.P.C.M. 19 aprile 2002.

⁸⁶ Cfr. D.P.C.M. 15 gennaio 2001.

⁸⁷ Non appare convincente, rispetto a quanto detto nel testo, la classificazione operata da quella dottrina che nell'ambito dei poteri straordinari previsti dall'ordinamento tende a distinguere tra quelli di ordinanza secondo il diritto amministrativo comune (quelli ex art. 2 T.u.l.p.s., ad esempio) e quelli di ordinanza del diritto dell'emergenza, nel quale vengono fatti rientrare tanto gli interventi di protezione civile, quanto i fenomeni relativi ai grandi eventi (anche detti di amministrazione complessa) quanto i fatti di disfunzione amministrativa (c.d. *maladministration*). Così V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 165 ss.

⁸⁸ Cfr. decreto del Presidente del consiglio dei ministri 28 marzo 2003 e la conseguente ordinanza del presidente del consiglio dei ministri 28 marzo 2003, n. 3275: la dichiarazione riguardava "il territorio nazionale in relazione alla tutela della pubblica incolumità nella attuale situazione internazionale"; con essa il capo del Dipartimento della protezione civile svolgeva le funzioni di commissario delegato del Presidente del consiglio dei ministri, fatti salvi i poteri del Ministro dell'interno. L'ordinanza è stata modificata e integrata dalle seguenti ordinanze del presidente del consiglio dei ministri: 18 aprile 2003, n. 3282 e 30 aprile 2003, n. 3285. Si aggiunga in proposito il decreto-legge n. 144 del 2005, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale, in cui sono previsti poteri in deroga alla legge in materia di monitoraggio e controllo dei dati personali nelle comunicazioni telefoniche e via internet. Talora non è chiaro il confine tra regolamento in deroga alla legge e ordinanza in deroga: nell'ambito della disciplina amministrativa degli esercizi pubblici di telefonia e internet, nel prevedere che gli esercenti debbano chiedere licenza al questore, l'art. 7, co. 4 stabilisce che "con decreto del ministro dell'interno, di concerto con il ministro delle comunicazioni e il ministro per l'innovazione e le tecnologie, sentito il garante per la protezione dei dati personali... sono stabilite le misure che il titolare e il gestore di un esercizio in cui si svolgono le attività di cui al comma 1 è tenuto a osservare per il monitoraggio delle operazioni dell'utente e per l'archiviazione dei relativi dati, anche in deroga a quanto previsto dal comma 1 dell'art. 122 e dal comma 3 dell'art. 123 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196" (si tratta del codice in materia di protezione dei dati personali, che, nelle disposizioni richiamate, stabilisce il divieto di "uso di una rete di comunicazione elettronica per accedere a informazioni archiviate nell'apparecchio di un abbonato o di un utente, per archiviare informazioni o monitorare le operazioni dell'utente", nonché il consenso dell'abbonato e dell'utente per trattare i dati personali da parte del fornitore del servizio).

21 maggio 2008 che dichiara lo stato di emergenza in relazione all'insediamento di comunità di nomadi nel territorio delle regioni Campania, Lazio e Lombardia⁸⁹; nel secondo, il decreto-legge n. 90 del 2005 (convertito con modificazioni in legge n. 152 del 2005), che all'art. 4, co. 2, estende le disposizioni degli artt. 5 e 5-bis della legge n. 225 del 1992 "agli interventi all'estero del Dipartimento della protezione civile, per quanto di competenza, in coordinamento con il Ministero degli affari esteri"⁹⁰.

Per comprendere la latitudine dei poteri basta guardare al contenuto delle ordinanze. La sequenza degli atti tracciata dalla legge n. 225 del 1992 (dichiarazione di emergenza e ordinanza) è, nella prassi, articolata su tre livelli: alla dichiarazione di emergenza resa dal consiglio dei ministri, segue una o più ordinanze del Presidente del consiglio dei ministri, che a volte provvede direttamente in deroga alla legge, altre volte (e sono la maggioranza) rinvia a provvedimenti successivi, in genere adottati da un commissario delegato. Le ordinanze presidenziali recano in premessa le basi giuridiche del relativo potere⁹¹, nonché il decreto (o i decreti, se sono più d'uno) che dichiara lo stato d'emergenza, con l'indicazione del *dies ad quem* di efficacia della dichiarazione stessa, richiamando altresì l'intesa con la regione di volta in volta interessata. L'articolato contiene la nomina e i poteri del commissario delegato⁹² e l'individuazione delle strutture amministrative di supporto. L'ambito dei poteri in deroga è individuato con una formula di rito⁹³: "per l'attuazione della

⁸⁹ Alla dichiarazione hanno fatto seguito le ordinanze n. 3676, 3677 e 3678 del 30 maggio 2008 recanti disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare lo stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio, rispettivamente, della regione Lazio, Campania e Lombardia.

⁹⁰ L'ordinanza 23 marzo del 2006 (Disposizioni urgenti di protezione civile), all'art. 3 stabilisce che il Capo del Dipartimento della protezione civile, per le missioni in paesi extracomunitari superiori a otto giorni, possa disporre in deroga alla legge finanziaria n. 266 del 2005, laddove prevede per i viaggi all'estero voli in classe economica. Nello stesso decreto-legge n. 90 del 2005 si aggiunge che per gli interventi di cui all'art. 11, co. 2, legge n. 49 del 1987, recante norme sulla cooperazione dell'Italia con i paesi in via di sviluppo (la norma prevede interventi in collaborazione con la protezione civile in caso di "interventi straordinari destinati a fronteggiare casi di calamità e situazioni di denutrizione e di carenze igienico-sanitarie che minacciano la sopravvivenza di popolazioni") possono essere adottate le ordinanze di cui all'art. 5, co. 3, della legge n. 225 del 1992 "su richiesta della Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo". Sulla base di questa previsione sono stati adottati i seguenti provvedimenti: il D.P.C.M. 16 settembre 2005, Dichiarazione dello stato di criticità in conseguenza della grave situazione in cui versa la popolazione del sud del Sudan (senza indicazione del termine dell'emergenza); il D.P.C.M. 2 settembre 2005, Dichiarazione dello stato di emergenza a seguito dell'uragano "Katrina" che ha colpito il giorno 29 agosto 2005 la costa occidentale degli Stati Uniti (senza indicazione del termine dell'emergenza); il D.P.C.M. 29 luglio 2005, Dichiarazione dello stato di criticità in relazione all'epidemia di febbre emorragica di Marburg in atto nella Repubblica di Angola (il termine di scadenza fissato era il 31 dicembre 2005).

⁹¹ In genere mediante richiamo della legge n. 225 del 1992 e dell'art. 107 del d.lgs n. 112 del 1998.

⁹² Di solito è il Capo del dipartimento di protezione civile, talora il Ministro dell'interno, il Presidente della regione, o altro soggetto ancora.

⁹³ Cfr. Ord. 20 aprile 2006 n. 3514, Disposizioni urgenti di protezione civile dirette a fronteggiare gli eventi calamitosi in atto nel territorio della Regione siciliana; analogamente Ord. 6 aprile 2006, n. 3511, Disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare la situazione di pericolo determinatasi nel territorio dei comuni di Frassinoro e di Montefiorino, in provincia di Modena.

presente ordinanza il commissario delegato è autorizzato, ove ritenuto indispensabile e sulla base di specifica motivazione, a derogare, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, della direttiva del Presidente del consiglio dei ministri del 22 ottobre 2004 e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, alle sottoelencate disposizioni...". L'obbligo di motivazione delle ordinanze in deroga non sempre è richiesta⁹⁴, anche se costituisce espressione di un principio dell'ordinamento (art. 3, legge n. 241 del 1990), la cui sussistenza la giurisprudenza invece esige in concreto. L'indicazione delle norme derogabili avviene con indicazione degli estremi dell'atto (anche delle successive modificazioni) e, talora, degli articoli. Si tratta sempre di leggi o atti equiparati alla legge dello stato, ma anche, se necessario, di leggi regionali⁹⁵, o di regolamenti del governo⁹⁶. E' prevista in genere la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale ma solo della "ordinanza madre".

Non mancano vicende al limite (se non al di là) della legittimità. Fra tante, quella relativa alla sanatoria *ex post* di ordinanze in deroga, come nel caso della normativa (interna e europea) sugli appalti pubblici: le frequenti ipotesi di sospensione hanno esposto lo stato a ripetute procedure di infrazione comunitaria, che si è ritenuto di superare mediante la previsione di un divieto generare di deroga ai vincoli comunitari, disposto con efficacia retroattiva da una direttiva ministeriale⁹⁷. Più problematici le misure adottate per le emergenze... di lungo periodo, affrontate non già con il metodo della programmazione e con strumenti ordinari, ma attraverso interventi puntistici e straordinari, articolati in una pluralità di atti di diversa natura e efficacia (in genere con decreti-legge e ordinanze in deroga) e, soprattutto, mediante

⁹⁴ Cfr. Ord.19 aprile 2006, n. 3508, *Interventi conseguenti alla dichiarazione di grande evento nella provincia di Varese per garantire il regolare svolgimento dei Campionati del mondo di ciclismo su strada 2008*.

⁹⁵ Le leggi regionali di recepimento e di applicazione della legislazione statale oggetto di deroga non vengono indicate espressamente ma solo *per relationem*.

⁹⁶ Cfr. ord. n. 3493/2006 sull'emergenza rifiuti in Campania, circa le disposizioni del regolamento di esecuzione della legge n. 109 del 1994 (c.d. Legge Merloni), con la specificazione "in quanto "collegate all'applicazione delle indicate norme" della legge).

⁹⁷ Proprio per rispondere a alcune procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti del nostro Paese (in ragione di talune ordinanze adottate in deroga alle norme comunitarie sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, nonché per l'assenza dei presupposti dell'imprevedibilità e della diretta imputabilità allo stato degli interventi, specie in occasione di taluni "grandi eventi", la cui esistenza solamente avrebbe giustificato, secondo la giurisprudenza comunitaria, la previsione di poteri d'ordinanza al di fuori delle norme europee sugli appalti secondo gli organi sovranazionali), la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha emanato alcune regole per queste e analoghe situazioni di incrocio tra i due ordinamenti. Nella direttiva del 22 ottobre 2004, in particolare, sono indicate alcune norme relative agli stati di emergenza e ai grandi eventi futuri e per quelli già dichiarati (con effetto retroattivo, dunque), tra cui, proprio per allinearsi a quell'esigenza di coordinamento, il divieto di derogare alla normativa comunitaria, disponendo la modifica in tal senso di tutte le ordinanze già adottate. Cfr. Direttiva 22 ottobre 2004, pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 21 dicembre 2004, n. 298, recante Indirizzi in materia di protezione civile in relazione all'attività contrattuale riguardante gli appalti di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario. Ma vedi ora l'art. 1 della legge n. 241 del 1990, come modificata dalla legge n. 15 del 2005, che espressamente ha introdotto tra i principi dell'attività amministrativa, anche quelli dell'ordinamento comunitario.

reiterazione di ordinanze in deroga⁹⁸. Sempre più frequente, in ragione della diffusione di questi strumenti in qualsivoglia ambito materiale, è il ricorso a ordinanze *omnibus*, recanti provvedimenti disparatissimi per plurime situazioni (ritenute, nonostante il decorso del tempo) di straordinaria emergenza⁹⁹.

Vero è che, sempre di più, l'uso o, piuttosto, l'abuso delle ordinanze in deroga alla legge finisce per creare dei veri e propri "ordinamenti speciali", permanenti e niente affatto transitori, che rappresentano non più eccezioni limitate e temporanee, ma vere e proprie fughe dal diritto vigente in via ordinaria e dalla responsabilità dei titolari di pubbliche funzioni, con evidente e intollerabile deviazione dai principi costituzionali.¹⁰⁰

9. Segue. b) *I nuovi poteri d'ordinanza del sindaco per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana.*

L'espansione dei poteri di ordinanza di necessità e urgenza si è verificata anche nell'ambito dell'ordinamento locale, a seguito della riscrittura di alcune competenze del sindaco¹⁰¹. L'art. 6 del decreto-legge n. 92 del 2008 (convertito

⁹⁸ Tra queste particolarmente significative sono le vicende relative alla ricostruzione della Basilica di S. Nicolò di Noto (cfr. il decreto-legge 393 del 1996 (convertito in legge n. 496 del 1996) il cui art. 2 consente al Prefetto di Siracusa come commissario delegato il potere di emanare ordinanze ai sensi dell'art. 5 della legge n. 225 del 1992 "anche in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico"), nonché le ordinanze di protezione civile n. 2436/1996, n. 2768/1998, n. 2857/1998, n. 2977/1999, n. 3049/2000, n. 3264/2003, n. 3503/2006); nonché quelle concernenti l'emergenza rifiuti in Campania: dall'Ord. n. 2425/1996 sono state emanate oltre 40 ordinanze, nelle quali i confini del potere in deroga vengono individuati rinviando a tutte le ordinanze già emanate e richiamate in premessa nell'ultima in ordine di tempo. Qui, pur essendo prevista la derogabilità della legge Merloni n. 109 del 1994 e succ. modd., non viene richiamata la circolare del Presidente del consiglio del 22 ottobre 2004.

⁹⁹ Tra queste le ordinanze che provvedono per situazione di emergenza o di crisi internazionale, già dichiarate e per le quali sono già state emanate ordinanze particolari (richiamate in premessa), per prorogare poteri dei commissari delegati, per modificare precedenti ordinanze, adeguando ad es. i compensi previsti, per disporre nuovi ambiti di deroga mediante le ordinanze dei commissari delegati, ecc. Cfr. ad esempio Ord. n. 3508/2006, Ord. n. 3491/2006, entrambe recanti disposizioni urgenti di protezione civile.

¹⁰⁰ Cfr. sul punto le puntuali osservazioni di F.S. Severi, *Ordinanze derogatorie e sistema delle fonti*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Napoli, 2004, 2068 ss.; nella maggior parte dei casi il regime speciale di ordinanza è richiesto proprio per liberare l'amministrazione dai vincoli di legge, specie in materia finanziaria e contabile; parla di stabilizzazione dell'eccezione" e di "una sorta di separatismo dall'ordinamento costituzionale" G. Razzano, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, saggio destinato agli *Studi in onore di Michele Scudiero*, in www.associazionedeicostituzionaliti.it. Sul punto vedi pure la differente e più ottimistica prospettiva di A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 211, secondo il quale "il pericolo che nasce dall'eccessivo ricorso alle ordinanze non è più quello, tradizionalmente affrontato dalla dottrina classica, della compressione dei diritti e delle libertà delle persone quanto, piuttosto, quello della alterazione dei meccanismi e delle procedure decisionali della pubblica amministrazione", concludendo con la considerazione che i rischi sarebbero limitati, dati i limiti positivi e il controllo della giurisprudenza.

¹⁰¹ Com'è noto, la legge n. 142 de 1990 prevedeva in capo al sindaco, quale ufficiale del governo (sottoposto perciò gerarchicamente al prefetto), il potere di adottare ordinanze contingibili e

con modificazioni in legge n. 125 del 2008) sostituisce l'art. 54 del testo unico delle autonomie locali (d.lgs. n. 267 del 2000), e dispone che “il sindaco, quale ufficiale del governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana” (art. 54, co. 4). Per specificare “l'ambito di applicazione” delle due disposizioni suddette “anche con riferimento alle definizioni relative all'incolumità pubblica e alla sicurezza urbana” si prevede l'intervento di un decreto del Ministero dell'interno¹⁰², emanato il 5 agosto 2008¹⁰³. I medesimi provvedimenti possono essere adottati dal sindaco per modificare gli orari degli esercizi pubblici e, d'intesa con le altre amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati sul territorio “in casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana” (art. 54, co. 6). I provvedimenti sindacali del quarto comma “sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione” (art. 54, co. 4); mentre “in caso di inerzia del sindaco (...) il prefetto può intervenire con proprio provvedimento”(art. 54, co. 11). Questa nuova disciplina fa parte del c.d. pacchetto sicurezza, varato dal IV governo Berlusconi dopo i tentativi del II governo Prodi per fronteggiare fenomeni di

urgenti nelle materie della sanità ed igiene, edilizia e polizia locale “al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini” (art. 38), competenza che era collegata a quella del prefetto di adottare i medesimi provvedimenti nel territorio della provincia e relativamente a più comuni in materia di edilizia, polizia locale, igiene o sanità e sicurezza pubblica (art. 20, t.u. n. 383 del 1934, richiamato dall'rt. 64, co. 1, lett. C, legge n. 142 del 1990). Con il varo del d.lgs. n. 267 del 2000, c.d. Testo unico delle autonomie locali, le attribuzioni del sindaco sono in parte cambiate, in linea con l'ampliamento delle funzioni amministrative locali connesse al processo di devoluzione avviato dalle c.d. leggi Bassanini. L'art. 50 trasforma in attribuzione *propria* del sindaco, come capo dell'amministrazione comunale, il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti “in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale”, precisando che “negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza... spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali”, con conseguente abrogazione dei poteri del prefetto previsti dal t.u. del 1934 (art. 274, in linea con quanto contenuto nella disciplina relativa al servizio sanitario nazionale, art. 32, l. n. 833 del 1978, come riconosciuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 6 dicembre 1985, n. 605). L'art. 54, invece, assegna al sindaco in qualità di *ufficiale del governo* (il potere non era delegabile al presidente di circoscrizione, ma esercitabile in via vicaria), subordinato al prefetto, il potere di adottare “con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini”. Così la formula, a differenza della prima edizione, lasciava intatto l'obiettivo, ma eliminava ogni riferimento alle materie. Secondo dottrina detto potere doveva comunque cedere di fronte a competenze analoghe riconosciute ad altri organi: tra cui, specie, i poteri contingibili e urgenti del prefetto, secondo l'art. 2 del t.u.l.p.s. n. 773 del 1931. Cfr. L. Vandelli, *Ordinamento delle autonomie locali. Commento alla legge 8 maggio 1990, n. 142*, Rimini, 1990, 214 ss.; M. Bertolissi (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali*, Bologna, 2002, 277 e 302 ss.

¹⁰² E' pure stabilito che il Ministro dell'interno possa “adottare atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni previste” dall'articolo 54 (comma 12).

¹⁰³ Decreto 5 agosto 2008, in Gazzetta Ufficiale n. 186 del 9 agosto 2008, recante *Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione*.

criminalità legati all'immigrazione clandestina; ma asseconda pure le richieste di molte amministrazioni comunali, per poteri più incisivi in materia di ordine pubblico e sicurezza nelle città.¹⁰⁴ tanto che l'*intentio legislatoris* viene indicata nel "bilanciamento fra le prerogative statali in materia di sicurezza pubblica e l'esigenza di valorizzare, anche in tale ambito materiale, il ruolo degli enti locali".

In questa sede interessa soprattutto approfondire due questioni (nuove rispetto alla vecchia edizione): quella relativa ai presupposti delle ordinanze sindacali (prevenire e eliminare "gravi pericoli che minacciano" la "incolumità pubblica" e la "sicurezza urbana") e quella concernente i provvedimenti ("anche contingibili e urgenti"). Il decreto ministeriale distingue: mentre l'incolumità pubblica indica "l'integrità fisica della persona", la sicurezza urbana "un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e sociale"; l'esemplificazione delle fattispecie di intervento confermano l'intenzione di mantenere separati i due concetti¹⁰⁵. L'incolumità pubblica pare, così, ricompresa nell'ordine pubblico, concetto ritenuto implicito nell'ordinamento costituzionale (almeno fino alla novella dell'art. 117 Cost. dove si parla di "ordine pubblico e sicurezza")¹⁰⁶, interpretato da una consolidata giurisprudenza come un valore costituzionale primario, diretto a preservare la pacifica convivenza (*ne cives ad arma ruant*), contro qualsivoglia minaccia o azione concrete¹⁰⁷. Questa nozione,

¹⁰⁴ La novella tenta di corrispondere anche al bisogno di un maggiore coordinamento tra le diverse autorità operanti sul territorio in materia di ordine e sicurezza pubblica. Si prevede che il sindaco, "nell'esercizio delle funzioni di cui al comma 1" concorra "ad assicurare anche la cooperazione della polizia locale con le Forze di polizia statali, nell'ambito delle direttive di coordinamento impartite dal Ministro dell'interno-Autorità nazionale di pubblica sicurezza"; quando le ordinanze del comma 4 comportino "conseguenze sull'ordinata convivenza delle popolazioni dei comuni contigui o limitrofi, il prefetto indice un'apposita conferenza alla quale prendono parte i sindaci interessati, il presidente della provincia e, qualora ritenuto opportuno, soggetti pubblici e privati dell'ambito territoriale interessato".

¹⁰⁵ Cfr. art. 1 del DM 5 agosto 2008 cit.; l'art. 2 specifica che "il sindaco interviene per prevenire e contrastare: a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili e i fenomeni di violenza legati anche all'abuso di alcool; b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimonio pubblico e privato o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana; c) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b); d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico; e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi".

¹⁰⁶ L'art. 17, co. 2, Cost., invece, parla di "sicurezza e incolumità pubblica" quali cause che possono giustificare divieti di riunione in luogo pubblico per "comprovati motivi"; il concetto di "sicurezza" torna pure nell'art. 41, co. 2, Cost., tra i limiti all'attività d'impresa.

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost. sentt. nn. 19 del 1962, 77 del 1987, 218 del 1988, 115 del 1995, 290 del 2001; classica, in proposito, la distinzione tra ordine pubblico ideale e ordine pubblico materiale per circoscrivere il concetto e limitare gli interventi restrittivi di altre libertà costituzionali giustificate dalla tutela dell'ordine pubblico. Sul punto A. Pace, *Il concetto di ordine pubblico*

del resto, è accolta anche dal d.l.gs. n. 112 del 1998, quando distingue tra polizia amministrativa regionale e locale e ordine pubblico e sicurezza pubblica (art. 159)¹⁰⁸.

Più sfumata, meno chiara e affatto nuova la nozione *extragiuridica* di “sicurezza urbana”, che pone oggettivamente delicati problemi interpretativi, proprio in vista dei poteri che essa può legittimare¹⁰⁹. In letteratura, infatti, non esistono opinioni concordi. A chi considera distinguibili e distinte le due nozioni di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, assegnando a questa un significato ascrivibile all'ambito della polizia amministrativa locale desunto in via residuale dai concetti di ordine e sicurezza pubblica¹¹⁰, si contrappone chi tende a considerare la sicurezza urbana comprensiva sia dell'ordine pubblico sia della polizia locale, indicando più che una materia una competenza funzionale, necessariamente implicante il concorso e il coordinamento di soggetti e competenze diverse¹¹¹; ciò che comporta l'irrilevanza della collocazione nel quadro costituzionale delle competenze, perché si tratta di dare una nozione

nella Costituzione italiana, in “Archivio giuridico”, 1963, 111 ss.; nonché G. Corso, *Ordine pubblico e ordine democratico*, Palermo, 1974, Id., *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979.

¹⁰⁸ La prima materia individua “le misure dirette ad evitare danni o pregiudizi che possono essere arrecati ai soggetti giuridici ed alle cose nello svolgimento di attività relative alle materie nelle quali vengono esercitate le competenze, anche delegate, delle regioni e degli enti locali, senza che ne risultino lesi o messi in pericolo i beni e gli interessi tutelati in funzione dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica”, mentre l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica “le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni”.

¹⁰⁹ La norma vigente riprende in parte il testo del disegno di legge presentato nella XV legislatura dal governo Prodi a firma Amato e altri, A.C. n. 3278. La medesima formula utilizzata (incolumità pubblica e sicurezza urbana) veniva giustificato per “offrire una risposta pronta ed effettiva al preoccupante incremento della criminalità da strada”, contro la “illegalità diffusa”, che comportava la volontà di adeguare i poteri del sindaco al mutato contesto costituzionale a seguito della riforma del 2001, in materia di “ordine e sicurezza pubblica”, per assicurare “standard di sicurezza adeguati” mediante la collaborazione tra diverse autorità, riferendo i poteri contingibili e urgenti (gli unici previsti dall'art. 13 del progetto, a differenza del testo ora vigente) a esigenze di “sicurezza della collettività locale”.

¹¹⁰ G. Napolitano, *Sicurezza urbana, ruolo del sindaco e delle polizie municipali nella visione del “pacchetto sicurezza”*. Come cambia l'articolo 54 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, tra aspettative e perplessità, in www.giustamm.it; secondo questo A. occorre distinguere, alla luce del dato positivo, tra ordine pubblico, pubblica sicurezza, polizia locale e sicurezza urbana (*minus* della pubblica sicurezza) e ricostruire questo concetto, di derivazione sociologica e criminologica, in via residuale, sulla base del duplice criterio “della pertinenza alle funzioni ed ai poteri amministrativi comunali in materia di polizia amministrativa locale e di non interferenza con l'esigenza di tutela interessi supremamente considerevoli ai fini della tranquillità e dell'ordine pubblico”. In sostanza, pur distinte, vi è colleganza tra polizia amministrativa locale e sicurezza urbana, almeno circa l'an, ossia quanto alla verifica che la cura di un determinato interesse attenga ai poteri amministrativi di governo locale.

¹¹¹ A. Pajno, *Alla ricerca della nozione di “sicurezza urbana”*, in www.astrionline.it, secondo il quale la s.u. “non può che partecipare dell'uno e dell'altro ordine concettuale ed essere esaustivamente definita dal concorso di funzioni statali e non statali, essa evoca sia “l'idea della difesa di interessi pubblici primari, come l'integrità delle persone, la protezione dei possessi), sicché non può che rimandare all'esercizio di funzioni statali”, sia “l'idea dell'incremento della qualità della vita della città, sicché non può che rimandare anche all'esercizio di compiti e funzioni locali, e comunque attribuiti alla disciplina legislativa regionale”.

esclusivamente ai fini della configurazione dei poteri di ordinanza come strumenti adeguati ai contesti, certamente tutti (potenzialmente) quelli locali, ma anche quelli che coinvolgono l'attività di altri soggetti, come quelle in materia di ordine pubblico e sicurezza¹¹². Non mancano, tuttavia, quanti hanno percorso altre vie esegetiche: da un lato, quando si è sostenuto che la sicurezza urbana significhi “garanzia di una razionale e adeguata costruzione dello spazio o dell'assetto urbano di quartiere o di zona” ossia “governo della prossimità” o “governo delle radici d'erba o della felicità”¹¹³; e, dall'altro, tutto all'opposto, proprio per contenere le conseguenze allarmanti delle interpretazioni più larghe, quando si è data alla formula un'interpretazione riduttiva, diretta sostanzialmente a ricondurre le due nozioni di incolumità pubblica e sicurezza urbana a una endiadi, che coincide con il concetto costituzionale di “ordine pubblico e sicurezza”, formula sintetica di esigenze unitarie e infrazionabili sul territorio, implicando proprio quelle forme di coordinamento tra sindaco e amministrazione statale centrale e periferica previste dalla legge (tanto che il sindaco è configurato come una sorta di “autorità di pubblica sicurezza”)¹¹⁴.

Nessuna di queste opinioni convince fino in fondo. Non pare revocabile in dubbio che la formula legale, suffragata dal decreto esplicativo, sia qualitativamente nuova rispetto alla precedente. Tanto la lettura restrittiva quanto quella estensiva comportano un ampliamento delle finalità per le quali possono essere adottate le ordinanze sindacali: nel primo caso, perché il concetto di ordine pubblico e sicurezza è più largo di quello di “incolumità dei cittadini”; nel secondo, molto più facilmente, perché nel governo di prossimità rientrano potenzialmente tutti i poteri di governo locale (e non solo locale). Tutte queste tesi, inoltre, non paiono tener conto del fatto che, sia come sia, tanto l'una che l'altra nozione individuano il fine che giustifica il mezzo, ossia il ricorso a provvedimenti “anche contingibili e urgenti” del sindaco. E' piuttosto quest'ultima formula (specie la locuzione “anche”) il cuore della disposizione, proprio perché lì viene ad essere tracciato il criterio che permette di individuare la reale novità della novella. La disposizione, proprio in virtù di quella formula, assegna al sindaco due poteri distinti in relazione al medesimo obiettivo: adottare con atto motivato provvedimenti che possono essere “anche” contingibili e urgenti e, quindi, consentendo pure provvedimenti diversi da quelli contingibili e urgenti. In questo modo, oltretutto per le finalità, anche dal

¹¹² Cr. L. Vandelli, *Le ordinanze del sindaco in materia di sicurezza urbana*, testo rielaborato della Relazione al convegno “Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 ed il decreto del Ministro dell'interno del 5 agosto 2008”, Bologna 25 settembre 2008, in www.astridonline.it.

¹¹³ In questo senso il termine sicurezza è reso come certezza dell'esistenza di servizi e corretta pianificazione degli spazi. Cfr. M. D'Alberti e p. Urbani, *La “sicurezza urbana”: dalle politiche di prevenzione in funzione dell'ordine pubblico all'amministrazione della felicità ovvero della qualità della vita*, in www.astridonline.it.

¹¹⁴ Cfr. G. Caia, *L'amministrazione della pubblica sicurezza e le forze di polizia: l'assetto delle competenze ed il coordinamento in relazione ai recenti interventi normativi*, Relazione al convegno “Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 ed il decreto del Ministro dell'interno del 5 agosto 2008”, Bologna 25 settembre 2008, in www.astridonline.it, pubblicata anche con il titolo “*Incolumità pubblica e sicurezza urbana nell'amministrazione della pubblica sicurezza (il nuovo art. 54 del t.u.e.l.)*”, in www.giustamm.it.

punto di vista dell'inventario il sindaco vede ampliati i propri poteri. In relazione alle questioni di ordine pubblico e sicurezza (per chi preferisce l'interpretazione restrittiva), per le quali finora sussistevano solo poteri contingibili e urgenti (nei limitati confini dell'incolumità pubblica); in relazione al governo di prossimità (per chi segue questa traiettoria), per il quale esistevano certamente poteri di intervento, ma solo come risvolto dell'ordinaria amministrazione, che ora vede allargati i propri orizzonti a provvedimenti del sindaco anche contingibili e urgenti. La novella si inserisce così nella scia delle tendenze che l'ordinamento italiano ha conosciuto con riferimento all'emergenza per i grandi eventi: anche qui, in definitiva, si scambiano problemi ordinari e strutturali per questioni emergenziali e congiunturali.

La previsione dell'art. 54, co. 4, così letta, presenta seri dubbi di costituzionalità, in relazione al principio di ragionevolezza sotto più aspetti. Innanzitutto per l'indeterminatezza dei poteri di ordinanza riconosciuti al sindaco; poi per l'assoluta libertà affidata al titolare di scegliere tra ordinanze (senza ulteriore specificazione) e ordinanze contingibili e urgenti; infine per la sproporzione tra la previsione di provvedimenti così configurati e i valori che così si vorrebbe proteggere¹¹⁵. La norma, contemplando provvedimenti ordinari e contingibili e urgenti, configura un potere sindacale del tutto atipico, sospeso tra la normatività propria di un atto regolamentare e il carattere provvedimentale degli atti amministrativi¹¹⁶. In proposito, era nettamente preferibile la formula precedente: la previsione di ordinanze *solo* contingibili e urgenti era collegata necessariamente a situazioni straordinarie e imprevedibili che richiedono un intervento immediato¹¹⁷, e espressamente limitata solo a finalità di tutela dell'incolumità dei cittadini (da intendersi, come visto, restrittivamente). Su un

¹¹⁵ Non mancano altri profili di costituzionalità. C'è chi ritiene la disposizione in violazione del principio di eguaglianza di trattamento *ratione loci*: cenni in L. Vandelli, *op. ult. cit.*; altri sostengono che, se applicata agli immigrati, la disposizione può anche incontrare un limite di legittimità in relazione alle garanzie costituzionali sulla condizione giuridica dello straniero: V. Onida, *Se il sindaco cavalca la paura*, in "Il Sole-24 ore", 5 dicembre 2007. Invero dubbi di legittimità sono ipotizzabili anche con riferimento al riparto costituzionale delle competenze dopo la riforma del 2001, non essendo chiaro se questa disposizione possa essere attratta nella competenza statale esclusiva in materia di "ordine pubblico e sicurezza" oppure in quella di "polizia amministrativa locale" lasciata alla competenza regionale (art. 117, co. 2, lett. h, Cost.). Più problematico ancora, al fine di giustificare la competenza statale, sarebbe ritenere la disposizione in attuazione della competenza in materia di "funzioni fondamentali" degli enti locali, dato che, come sembra, la lett. p) dell'art. 117, co. 2 Cost. affida allo stato la individuazione di funzioni che sono propriamente attribuzioni locali e non, invece, funzioni affidate al sindaco come "ufficiale del governo". L'unica via d'uscita per superare l'assetto costituzionale delle competenze potrebbe essere trovata, dopo Corte cost. sent. n. 303 del 2003, ritenendo, non senza problemi, questa disciplina dei poteri d'ordinanza frutto di una decisione in sussidiarietà dello stato.

¹¹⁶ Non risolve questo dilemma la prima decisione in materia: cfr. TAR Lazio, sez. II, 17 dicembre 2008, n. 12222, che in relazione a un'ordinanza del sindaco di Roma (che vietava di contattare soggetti dediti alla prostituzione e di praticare la prostituzione stessa su tutto il territorio del comune per un determinato periodo), ha escluso la violazione del principio di tipicità, ma in modo contraddittorio, ritenendo che "da un lato è la legge a porre la potestà d'ordinanza de qua a guisa di strumento ordinario e non meramente straordinario per risolvere le criticità strutturali della sicurezza urbana e, dall'altro, l'ordinanza in sé è un provvedimento nominato, ma a contenuto e ad effetti variabili, a seconda del modo di atteggiarsi in concreto della vicenda da risolvere".

piano distinto, ma non irrilevante, può dirsi che la nuova disposizione opera uno spostamento in chiave marcatamente decisionista nell'equilibrio dei poteri locali tra sindaco e consiglio comunale a tutto vantaggio del primo¹¹⁸; al quale fa da contraltare, sul versante dei rapporti tra comune e stato, il potenziamento dei poteri di controllo del prefetto, non solo con ulteriore riduzione, nell'ambito delle politiche locali, del ruolo dell'assemblea rappresentativa, ma anche con una significativa (e, forse, sproporzionata ai sensi del nuovo titolo V della Costituzione) incisione dell'autonomia dell'ente locale.

Per queste ragioni occorre esperire il tentativo di dare alla disposizione una lettura conforme a Costituzione¹¹⁹ e, in particolare, alla configurazione pacifica, almeno nella giurisprudenza, dei poteri di necessità e urgenza. Due sono le letture possibili. Da un lato, ritenere che la disposizione *plus dixit quam voluit*: nel senso che gli unici provvedimenti che il sindaco può adottare sono ordinanze contingibili e urgenti (con le caratteristiche prescritte dall'ordinamento giuridico). Una interpretazione, questa, che certo presenta molti limiti (letterali soprattutto, ma pure logici e di compatibilità con la *ratio legislatoris*).

Dall'altro lato, si può desumere la prescrizione di due tipi di provvedimento, graduati secondo un ordine di priorità, in relazione sia alle situazioni che possono giustificarli, sia agli effetti. Comune è sempre il presupposto, l'esistenza di una situazione di urgente necessità, diversa, però, la valutazione di questa necessità qualificata in relazione allo scopo ("gravi pericoli per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana"): essendo riferibile, di volta in volta, a casi normali e a casi straordinari¹²⁰. Mentre solo in quest'ultima evenienza il sindaco può ricorrere a ordinanze contingibili e urgenti, nel primo sono ammissibili (solo) ordinanze necessitate *tout court*. Ricorrere alla categoria delle ordinanze

¹¹⁷ Si tratta di affermazione pacifica da sempre: cfr. G. Saredo, *La legge sull'amministrazione comunale e provinciale (4 maggio 1898, n. 164)*, vol. IV, Torino, 1907, 493 ss., secondo il quale "provvedimento contingibile è quello il quale, determinato da un fatto che avviene in modo non preveduto, esige un rimedio con cui si ponga fine senza ritardo agli inconvenienti o ai danni che già ne derivarono o che ne possono derivare" (cioè, per la giurisprudenza, "fatti nuovi ed improvvisi, tali da richiedere un riparo immediato"); mentre i motivi che giustificano l'urgenza, esclusa quando è possibile intervenire "colla procedura e coi mezzi ordinari", "consistono nell'applicare, negli ordini dell'Amministrazione comunale, le note regole di diritto, per le quali meglio è conservare intatto l'ordine giuridico esistente che doverlo poi ristabilire, e che, se il turbamento dell'ordine sia avvenuto, è necessario ristabilirlo senza ritardo, onde impedire che la violazione delle leggi e dei regolamenti possa creare colla diuturnità uno stato di cose anormale, e che il disordine, consolidatosi, faccia sorgere pretese o diritti".

¹¹⁸ Né può dirsi che in questo caso vale il fatto che il sindaco agisce come ufficiale del governo, se è vero che l'imputazione degli atti resta, per giurisprudenza assolutamente prevalente, in capo al vertice dell'amministrazione comunale. Si tratta di assunto risalente: cfr. G. Saredo, *La legge sull'amministrazione comunale e provinciale (4 maggio 1898, n. 164)*, cit., 485.

¹¹⁹ Considera affetta da illegittimità costituzionale la disposizione in oggetto se non interpretabile in senso conforme, pure W. Giulietti, *Ampliamento delle funzioni del sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio*, in A. Scalfati (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, 321 ss., in cui l'A. propone di considerare tutte le ordinanze previste dall'art. 54 sostanzialmente come ordinanze contingibili e urgenti.

¹²⁰ Secondo autorevole dottrina, infatti, nelle ordinanze la necessità va intesa in senso relativo e relazionale, ossia in rapporto allo scopo e, in particolare, alla situazione di pericolo. Cfr. sul punto F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, in "Enc. dir.", XXX, Milano, 1980, 980.

necessitate è possibile anche di fronte alla scarna fattispecie legale dell'art. 54: l'indeterminatezza delle fattispecie può essere, infatti, ridotta integrando il testo con le previsioni contenute nel Decreto ministeriale 5 agosto 2008¹²¹ e con i principi dell'ordinamento¹²². Il decreto individua le situazioni di necessità nelle quali il sindaco può adottare ordinanze necessitate¹²³, il contenuto delle quali sarà quello dei mezzi previsti dall'ordinamento per atti amministrativi ordinari o per altri provvedimenti necessitati, utilizzabili nel contesto secondo il principio di autointegrazione. Soltanto quando la situazione di necessità è straordinaria e consta l'inadeguatezza dei mezzi ordinari è lecito ricorrere a ordinanze contingibili e urgenti, ossia a provvedimenti per definizione *extra ordinem*, assolutamente sussidiari, che rientrano nel campo dell'eteronomia. Questa duplice possibilità è progressiva, come anticipato, anche in relazione agli effetti: che possono essere istantanei o provvisori¹²⁴. La scelta tra ordinanze di necessità e contingibili e urgenti non è neutra neppure da questo punto di vista, dato che mentre le prime devono, di norma, ridursi allo *iussum* (es. sgombero di una strada dalle prostitute, la demolizione di un edificio pericolante ecc.), le seconde possono implicare anche un effetto temporaneo di non applicazione del diritto vigente. In caso di dubbio occorre preferire lo strumento meno offensivo dal punto di vista dell'ordinamento giuridico.

10. Riepilogo.

Il diritto positivo ha conosciuto in passato, e conosce tuttora, varie fattispecie di poteri eccezionali di ordinanza. Ciò nonostante, le ordinanze di necessità e urgenza rappresentano oggi una categoria di matrice essenzialmente scientifica, frutto soprattutto dell'elaborazione dottrinale e della prassi giurisprudenziale, che l'hanno resa compatibile con l'ordinamento costituzionale attraverso la teoria dei limiti. Come nel corso della storia si è assistito alla progressiva sistemazione dei fenomeni in precise categorie (ad esempio permettendo la

¹²¹ Il quale, da altro punto di vista, pone un problema di rispetto del principio di legalità in senso sostanziale, per il rinvio in bianco effettuato a questo provvedimento dalla disposizione di legge. Respinge questo assunto, tuttavia, TAR Lazio, Sez. II, 17 dicembre 2008, n. 12222, che esclude la natura regolamentare, riconoscendo soltanto la natura di atto che stabilisce le linee guida "atte a indirizzare e uniformare, per tutto il territorio nazionale, la potestà sindacale in materia".

¹²² Che nel principio di legalità rientri sia la conformità a disposizioni di legge che ai principi dell'ordinamento è assunto pacifico nella letteratura amministrativistica: proprio con riferimento al potere di ordinanza, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 429 ss.; per G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 223 s. pur ostando alla configurabilità di provvedimenti impliciti il principio di tipicità, ciò vale come controlimite, nel senso che esso "non vuol dire esclusione di ogni potere implicito (...), ma vuol dire che l'attribuzione di tale potere deve essere ricavata non dal criterio finalistico, ma dal sistema normativo in cui questo potere si radica".

¹²³ Tra gli atti necessitati e le ordinanze contingibili e urgenti parte della dottrina configura anche le ordinanze in forma specifica, nelle quali la tipologia degli interventi non è immediatamente identificata ma è pur sempre identificabile. Cfr. F. Migliarese, *Ordinanze di necessità*, in "Enc. giur.", Roma, 1989, 4.

¹²⁴ Cfr. sul punto sempre le chiare riflessioni di F. Bartolomei, *op. cit.*, 978.

distinzione tra regolamenti dell'esecutivo, decreti-legge e decreti legislativi, ordinanze amministrative), così anche oggi compito del giurista è di ricondurre le manifestazioni concrete dei poteri amministrativi di necessità e d'urgenza nella figura unitaria che si è venuta definendo e stabilizzando nel corso del tempo, senza cedere, quindi, alla tentazione di confondere il modello nella prassi. Essenziale ai fini della conoscenza di questa figura è la distinzione tra norme di diritto e norme di attuazione del diritto: le regole prodotte dalle ordinanze di necessità e urgenza stanno in questo secondo polo di attrazione. Esse presuppongono situazioni di urgente necessità di carattere assolutamente straordinario, nel senso etimologico di situazioni *extra ordinem*, rispetto alle quali l'ordinamento contempla il potere di adottare provvedimenti *sui generis*. Straordinarietà, provvisorietà, proporzionalità ne sono i requisiti essenziali. Questi provvedimenti sono fonte di norme eccezionali, giustificate *dal* e valevoli *per* il contesto, per l'attuazione del diritto vigente in via normale e non per creare nuovo diritto. Inutilizzabili in quanto inadeguati, per spiegare questo fenomeno, sono i criteri per individuare e caratterizzare le fonti del diritto: quello tra norme dell'ordinamento e ordinanze è un rapporto tra regola e eccezione, tra ciò che vale solo per i casi normali e ciò che vale per casi straordinari. Ciò nondimeno, un insieme di norme di diritto eccezionale ha ragion d'essere proprio in quanto c'è un diritto normale che deve essere continuativamente osservato e confermato. Le ordinanze di necessità e urgenza possono essere emanate solo in quanto manchi diritto applicabile e affinché il diritto possa essere applicato anche al caso *extra ordinem*. Il potere di adottare ordinanze di necessità e urgenza è necessariamente sussidiario: per farvi ricorso non è sufficiente l'assenza di una norma del caso ma che siano inutilizzabili tutte le norme dell'ordinamento, secondo il principio di autointegrazione. Le norme che prevedono quei poteri sono dunque di strettissima interpretazione: in caso di dubbio deve sempre preferirsi una lettura *secundum ordinem* e non *extra ordinem*. In ultima analisi resta sempre il controllo di costituzionalità delle norme attributive dei relativi poteri secondo i principi consolidatisi nella giurisprudenza. L'esperienza giuridica ha progressivamente trasformato il potere d'ordinanza, da potere previsto (implicitamente o espressamente) ma libero nel contenuto, a potere progressivamente tipizzato nei limiti. Si è contribuito così a ridurre l'indeterminatezza delle fattispecie. Non si è arrestato, tuttavia, il processo di diffusione dei relativi poteri, sotto forme molto variegata e talora contrarie a quel modello. Solo in parte ciò è riconducibile alle trasformazioni della forma di governo: l'esperienza dimostra piuttosto che i poteri di necessità e urgenza sono la risposta più semplice per nascondere limiti intrinseci della politica e del processo di decisione. Se mediante la dottrina dei limiti il potere d'ordinanza è diventato sempre più giustiziabile e formalmente e nel merito, il proliferare delle norme che prevedono detti poteri o altri analoghi, anche per situazioni ordinarie, desta non poca preoccupazione, e impone un rinnovato sforzo di dottrina e giurisprudenza per censurare, direttamente e con forza, tutte le fattispecie in palese contrasto con i principi costituzionali.