

LA SOCIETÀ DEL RISCHIO E IL GOVERNO DELL'EMERGENZA. LE ORDINANZE *EXTRA ORDINEM* ¹

Simone Budelli

Sintesi: di fronte alle continue situazioni emergenziali che caratterizzano inopinatamente la nostra "società della paura", l'utilizzazione delle ordinanze *extra ordinem*, a libero contenuto normativo, diventa, ad ogni livello (centrale e locale), sempre più frequente. Esse rappresentano uno strumento ambiguo, pericoloso, ma evidentemente insostituibile. Dottrina e giurisprudenza sono impegnate allora a riflettere sulla loro legittimità, cercando di trovare soluzioni ulteriori, capaci di riportarle per quanto possibile nell'alveo dello stato di diritto e del principio di legalità. L'applicazione di prevenzione, precauzione e sussidiarietà, pur con tutte le loro ambiguità, possono essere validi strumenti per cercare una "quadratura del cerchio".

Abstract (en): in the face of the continuous emergency situations that unexpectedly characterize our "society of fear", the use of extra ordinances, with free normative content, becomes, at every level (central and local), more and more frequent. They represent an ambiguous, dangerous, but obviously irreplaceable tool. Doctrine and jurisprudence are therefore committed to reflecting on their legitimacy, trying to find further solutions, capable of bringing them as far as possible into the context of the rule of law and the principle of legality. The application of prevention,

¹ Testo rielaborato della relazione tenuta nell'ambito del convegno "Emergenza e tutela ambientale" organizzato dalla Rivista AmbienteDiritto.it presso il Senato della Repubblica Italiana il 18 marzo 2019.

precaution and subsidiarity, despite all their ambiguities, can be valid tools to seek a "squaring of the circle".

SOMMARIO: **1.** La società della paura e delle emergenze; **2.** *Primum* vivere; **3.** Stato di diritto e stato d'eccezione; **4.** Le fonti *extra ordinem*; **5.** Gli approdi giurisprudenziali e dottrinali; **6.** Prevenzione, precauzione e sussidiarietà.

1. La società della paura e delle emergenze.

Il progresso tecnologico avanza incessantemente e pare garantire all'uomo poteri straordinari per dominare la Natura. Gli strumenti di previsione, di controllo e di sicurezza di cui dispone oggi l'uomo, non hanno precedenti nella storia dell'umanità, ma nonostante ciò la paura e l'incertezza continuano paradossalmente ad essere tratti sempre più caratterizzanti delle moderne società².

Le emergenze, impreviste e imprevedibili, di tipo naturale e non, minacciano le popolazioni, superando spesso i confini degli Stati che dimostrano anche sotto questo aspetto la loro diminuita potenza e la loro ridotta sovranità³.

Mentre le emergenze del passato difficilmente superavano i confini nazionali, oggi, invece, nel villaggio globale⁴, anche l'eruzione di un vulcano in un posto

2 Cfr. Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999 e Id., *Paura liquida*, Roma - Bari, 2008; U. Beck, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma - Bari, 2008; C. Mongardini, *Le dimensioni sociali della paura*, Milano, 2004. B. R. Barber, *L'impero della paura*, Torino, 2004.

3 J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002

4 Fortunata definizione di M. McLuhan, utilizzata nel noto saggio *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1967.

sperduto della terra⁵, produce effetti in tutto il resto del mondo⁶.

I rischi pare siano, dunque, diventati inaspettatamente patrimonio comune dell'umanità⁷: calamità naturali, disastri ambientali, inquinamento e mutamento del clima, attentati terroristici, guerre, flussi migratori, minacce informatiche⁸, hanno tutti effetti sovranazionali.

La globalizzazione, che avrebbe dovuto portarci alla "fine della storia"⁹, pare averci inaspettatamente condotto (passando dall'inverno nucleare al riscaldamento globale) verso la fine del mondo, annunciato stavolta non da predizioni mistico-astrologiche, ma dai risultati evidenziati dalle scienze empiriche (climatologia, geofisica, oceanografia,

5 Si pensi, ad esempio, a quanto successo nel 2010, in occasione dell'eruzione del vulcano Eyjafjallajökull in Islanda, che provocò la cancellazione di migliaia di voli e la chiusura dello spazio aereo di Gran Bretagna, Danimarca, Belgio, Svezia, Francia, Polonia. E a questo riguardo come non ricordare il disastro della centrale nucleare "Lenin" di Chernobyl del 26 aprile 1986, situata a 3 km da Pripjat, in Ucraina, le cui nubi radioattive oltre ad interessare tutta l'Europa arrivarono sino alla costa orientale del Nord America.

6 «Una compiuta classificazione dei vari tipi di fattori che possono determinare situazioni di emergenza non è seriamente proponibile, anche perché l'evoluzione storica presenta continuamente nuove ipotesi di questo genere». (A. Pizzorusso, ad vocem - *Emergenza (stato di)*, in *Enc. sc. soc.*, III, Roma, 1993, p. 551)

7 «Sembra assistere ad un capovolgimento di quelle "mitologie" su cui si è preteso nell'epoca moderna fondare l'ordine sociale: alla certezza si è andata sostituendo l'incertezza; alla stabilità l'instabilità; alla sicurezza il rischio [...] Le nostre società sono alla disperata ricerca di risposte che consentano la convivenza al loro interno e tra le Nazioni. Ma le trasformazioni sono così profonde, intense e rapide (si pensi alla pervasività e invadenza della tecnica; ai plurali processi di globalizzazione; al trasformarsi delle nostre società in multiethniche, multireligiose, multiculturali) che sembra mancare la stessa capacità progettuale di dare risposte. Sembrano essersi messi in moto macro-fenomeni sociali che producono più problemi che soluzioni e come in ogni epoca di profonde trasformazioni si torna a parlare di crisi del diritto» (O. Roselli, *Uno storico del diritto alla Corte costituzionale*, in P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018p. 10).

8 Sul punto si veda l'interessante saggio di P. Reale, *Cyber-minacce e cyber-paure*, in E. Palmisano - I. Giuliani (a cura di), *NOUS. Immigrazione e terrorismo*, Roma, 1, 2018, p. 97 e ss.

9 F. Fukuyama, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992.

biochimica). Invece di accompagnarci verso un umanesimo rigenerato¹⁰, in cui tutti i terrestri, presa coscienza del comune destino, avrebbero creato “il migliore dei mondi possibili”, la globalizzazione sembra aver aumentato la paura e la diseguaglianza tra e all’interno delle varie comunità.

In tale situazione, i singoli Stati appaiono incapaci di dare risposte adeguate¹¹, mentre le organizzazioni sovranazionali (come l’Unione Europea), mostrano proprio in questi frangenti, in modo evidente, tutti i loro limiti e le loro contraddizioni.

Gli Stati democratici, poi, appaiono ancora meno attrezzati a rispondere in modo efficace ed immediato alle situazioni d’emergenza, che richiedono invece provvedimenti immediati, certi e non contraddittori. Già fiaccate dalla crisi economica, dalla corruzione¹², dalle diseguaglianze¹³, dalla distanza sempre più ampia tra governati e governanti¹⁴, le stanche democrazie

10 E. Morin, *7 lezioni sul pensiero globale*, Milano, 2016.

11 Il processo di globalizzazione sembra destinare l’ordinamento politico-burocratico statale, ormai demitizzato, in crisi di rappresentatività (N. Urbinati, *Representative Democracy. Principles & Genealogy*, University Chicago Press, 2006), di sovranità (M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000) e di legittimità (F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, 2006), verso un lento, ma inarrestabile declino (R. Dahrendorf *Il futuro dello Stato nazionale*, in *MicroMega*, 5, 1994). Gli Stati democratici dell’opulento Occidente non sembrano più in grado di assicurare pace sociale, né sicurezza individuale (P. Ciarlo, *Sicurezza e Stato di diritto*, in V. Baldini - a cura di -, *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005).

12 Se è vero che la corruzione è male antico delle umane società (cfr. C. A. BRIOSCHI, *Breve storia della corruzione. Dall’età antica ai giorni nostri*, Milano, 2004), è anche vero che l’Italia è, tra le democrazie occidentali, quella forse che presenta maggiori problematicità (cfr. report di Transparency International).

13 Attualmente, l’1% della popolazione mondiale possiede la metà della ricchezza del pianeta e le 100 persone più ricche del mondo possiedono più del patrimonio complessivo dei 4 miliardi di persone più povere.

14 Mentre l’affluenza alle urne (unico vero strumento per l’esercizio della sovranità popolare) cala vertiginosamente, aumentano, invece, in tutto l’occidente, le istanze populiste. Sul tema del populismo e la crisi della democrazia rappresentativa, la bibliografia è sterminata. Tra i tanti cfr. R. Chiarelli (a cura di), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Soveria Mannelli, 2015.

occidentali, sembrano inadeguate e incapaci a garantire un livello minimo di sicurezza.

La questione si evidenzia in tutta la sua gravità anche in Italia, che per situazione morfologica del suo territorio e posizione geopolitica appare addirittura paese più esposto di altri ai rischi interni ed esterni.

Anche di fronte a pericoli prevedibili e certi non riusciamo a prendere le misure adeguate e necessarie per tutelare la pubblica sicurezza.

Se il terremoto o l'eruzione di un vulcano sono eventi imprevedibili in relazione al tempo in cui l'evento potrà avvenire¹⁵, non lo sono certamente per quanto riguarda invece l'an. Ancor più facile sarebbe prevedere e controllare il grado di stabilità di un ponte e di sicurezza di una galleria¹⁶. Ed invece, oggi, nel "bel Paese", pieno di bellezze artistiche e naturali da tutelare come patrimonio dell'intera umanità, anche una semplice nevicata o una pioggia più intensa sono in grado di causare morte e distruzione. Anche il fatto più

15 Noto, sotto questo profilo, il cd. "processo alla scienza", promosso nei confronti dei tecnici della "Commissione Grandi Rischi", (attivata presso la Presidenza del Consiglio), rei di non aver avvisato per tempo la popolazione abruzzese in occasione del terremoto, che ha investito Aquila il 6 aprile 2013 (reato p. e p. dagli artt. 113, 589 commi 1 e 3, 590 c.p.). Il primo grado, celebratosi il 22.10.2012 di fronte al Tribunale di Aquila si è concluso con la condanna degli imputati; il secondo grado, di fronte alla Corte d'Appello di Aquila, si è concluso invece il 10 novembre 2014 con l'assoluzione dei tecnici; la parola fine alla vicenda giudiziale è stata scritta dalla Cassazione che ha confermato la sentenza di II grado (Cass., IV sez., n. 12478 del 24 marzo 2016, in www.neldiritto.it, 2016). Condivisibile è l'ovvio commento rilasciato dall'ex Presidente dell'Istituto nazionale di geofisica, Boschi, al termine del processo a suo carico: «*Il problema fondamentale sono gli edifici, che dovrebbero essere costruiti per resistere alle scosse sismiche. Ormai in tutti i Paesi a rischio si fa attenzione a costruire in modo che resistano alle scosse sismiche, ma da noi questa forma di prevenzione non parte. Le vittime dei terremoti vengono dal crollo degli edifici, ma gli edifici non li fanno crollare i sismologi*» ("Terremoto L'Aquila, Cassazione: assolti scienziati Commissione grandi rischi" in *Il Fatto Quotidiano* del 20 novembre 2015).

16 Inutile ricordare il tragico crollo del ponte "Morandi" di Genova, avvenuto il 14 agosto 2018, che peraltro è stato preceduto da svariati altri casi analoghi. Nota è anche la situazione di pericolo in cui si trovano numerose gallerie stradali di cui, varie inchieste giornalistiche, hanno portato in evidenza i gravi difetti di costruzione (utilizzo di materiali scadenti e solette di cemento di dimensioni notevolmente inferiori a quelle progettate e pagate dall'erario).

prevedibile (lo smaltimento dei rifiuti, l'inquinamento atmosferico nelle grandi città, l'organizzazione dei grandi eventi, le "invasioni" migratorie) diventano situazioni emergenziali.

L'applicazione di principi di prevenzione e di precauzione¹⁷ evocati e invocati dalla legislazione internazionale, europea ed italiana, sembrano totalmente disattesi, mentre il provvedimento *extra ordinem* sembra l'unica risposta possibile.

17 Il principio di precauzione impone l'adozione di adeguate misure, di fronte a rischi meramente ipotetici o non del tutto scientificamente accertati (come si ha invece nel caso della prevenzione). Esso interviene, dunque, dopo quello di prevenzione, rafforzandolo. «Il principio di precauzione si differenzia da quello di prevenzione non solo quantitativamente, perché anticipa la soglia al di là della quale scattano le misure preventive, ma soprattutto, qualitativamente, perché è basato su un modo nuovo di percepire i pericoli derivanti dal progresso» (L. Giani, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. Giani - M. D'Orsogna - A. Police, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, p. 29). In altre parole, esso deve essere utilizzato quando le informazioni scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi siano indicazioni in merito a possibili effetti nocivi sull'ambiente o sulla salute degli esseri umani, degli animali o delle piante, incompatibili con il livello di protezione prestabilito dalla Comunità. La prima formulazione del principio di precauzione fu elaborata dal legislatore tedesco negli anni '70 che subordinava il rilascio dell'autorizzazione per la produzione di energia atomica alla individuazione di tutte le misure precauzionali necessarie contro i danni che fossero potuti derivare dalla costruzione o dal funzionamento dell'impianto. Successivamente, il principio precauzionale prendeva piede nella legislazione internazionale in campo ambientale: nel 1982 la Carta mondiale della natura, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU; nel 1992 la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo. In quest'ultimo Trattato al punto n. 15 si stabiliva che gli Stati, ove «sussistano minacce di danni gravi o irreversibili» per l'ambiente, non avrebbero potuto addurre «la mancanza di una completa certezza scientifica [...] come motivo per rimandare iniziative costose in grado di prevenire il degrado ambientale». Lo stesso anno il Trattato sull'Unione Europea, sottoscritto a Maastricht, richiamava il principio di precauzione tra i principi fondamentali in materia ambientale della politica comunitaria. Oggi i principi di precauzione e prevenzione sono richiamati dall'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. In Italia, da ultimo, il T.U. sulla protezione civile del 2018 si fonda prioritariamente sull'applicazione proprio di questi due principi fondamentali (cfr. S. Cimini, *I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze*, in L. Giani - M. D'Orsogna - A. Police, *Dal diritto dell'emergenza*, cit., Napoli, 2018, p. 99 e ss.).

2. *Primum vivere.*

La deroga (formalmente) transitoria ed eccezionale ai diritti, ai poteri, alle competenze, alle procedure legali¹⁸, sembra dunque l'unica risposta possibile ed immediata¹⁹, alle situazioni (definite anche impropriamente) emergenziali.

La cd. legislazione d'eccezione, caratterizzata dalla sospensione temporanea (più o meno pregnante) delle leggi, nonché dei diritti e delle libertà costituzionali, con l'attribuzione di poteri eccezionali ad un'autorità che è chiamata a traghettare fuori dal pericolo la comunità²⁰, rischia però di trasformare lo Stato democratico di diritto, in uno Stato eccezionale di sicurezza²¹, in cui al grido "*primum vivere... deinde filosofare*"²² il processo di trasfigurazione del principio di legalità viene portato al suo culmine²³, con il superamento dei limiti e delle

18 C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2005; G. Bascherini, *L'emergenza e i diritti*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2003; G. Treves, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, in *Giur. Cost.*, 1956.

19 P. Ceri, *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Roma - Bari, 2003.

20 G. Bascherini, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 4268, evidenzia come i tre elementi caratterizzanti lo stato d'assedio sono: 1) una condizione eccezionale in cui può trovarsi un paese a regime costituzionale; 2) la legge comune è, con diversa intensità a seconda dei casi, sospesa; 3) l'autorità militare si sostituisce, in vario grado, a quella civile.

21 Sulla trasformazione dello stato d'eccezione temporaneo in sostanzialmente permanente è noto l'ormai risalente G. Agaben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, il quale individua nell'emergenza un dato costitutivo della gestione del potere ai nostri tempi, con un effetto compressivo della democrazia e, da ultimo, di mantenimento strategico dell'arbitrio decisivo economico e politico in capo a élite ristrette.

22 G. Cerina Feroni - G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore super-primario*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2008, pp. 31- 44; M. Dogliani, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. Coco (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, p. 6.

23 Secondo V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, p. 29, il principio di legalità, insieme alle riserve di legge, rappresenta «*la prima e più sicura garanzia delle libertà individuali*». Da qui deriva, secondo la lettura kelseniana, che il "principio di legalità costituzionale" dell'attività politica si impone quale condizione di legittimità per il corretto funzionamento

garanzie costituzionali²⁴. Senza sicurezza - è evidente - non c'è libertà²⁵ e quando è in pericolo, essa stessa (ovvero la *salus publica*) diventa legge suprema²⁶.

Tuttavia, «*in tempi di crisi è facile sovrastimare il bisogno di sicurezza e svalutare il valore della libertà*»²⁷. In nome della necessità, si può arrivare ad imporre nuove regole, nate al di fuori dell'ordinario processo democratico e addirittura in contrasto con

dell'intera funzione amministrativa («*Secondo il principio di legalità, l'attività amministrativa deve trovare una base nella legge, nel senso che le pubbliche amministrazioni possono esercitare solo i poteri indicati dalla legge e solo nei modi da essa prescritti. La funzione principale del principio di legalità è di tutela dei cittadini: il Parlamento, attraverso la legge, garantisce questi ultimi, difendendoli [da ogni arbitrio adottabile] dalla pubblica amministrazione. [...] Il principio così affermato ha le sue radici nella regola di origine romanistica e poi canonica "quod omnes tangit ab omnibus comprobetur" S. Cassese, Dal principio di legalità al rispetto del diritto, in Id. (a cura di), Istituzioni di Diritto Amministrativo, Milano, 2012, p. 10). Dal canto suo la Corte Costituzionale «ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produrrebbe l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» (C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115, par. 4 del Considerato in diritto). Sul punto, tuttavia, R. Guastini, (ad vocem) *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, pp. 85 ss. -, già ormai nel secolo scorso ha evidenziato la flessibilità a cui era sottoposto «*il precetto che esige che l'azione amministrativa imperativa sia fondata su di un idoneo titolo giuridico (su di una norma attributiva del potere)*». In particolare, l'A. individuava tre diversi gradi in cui può darsi attuazione al principio fondamentale di legalità: a) "forte", quando l'atto ha forma e contenuto predeterminati dalla legge; b) "debole", quando la legge si limita ad autorizzare l'atto amministrativo; c) "debolissimo", quando l'atto è meramente compatibile con la legge. Il principio di legalità*

questo. Lo Stato può facilmente diventare allora non più dispensatore di certezze, tutore della sicurezza, baluardo contro l'emergenza, ma addirittura esso stesso manipolatore di paure. Attraverso la creazione artificiale di pericoli inesistenti²⁸ o l'amplificazione di minacce reali, si è giunti spesso a giustificare prima l'utilizzazione di misure di carattere eccezionale e poi la definitiva sovversione dell'ordine precedentemente

inteso come conformità alla sola legge è dunque ormai fatto ampiamente superato e come è stato correttamente notato si «*utilizza frequentemente il principio di legalità in modo del tutto improprio e con ben altri significati*» (A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 1995, p. 95; sul punto cfr. anche F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni cost.*, 2006, pp. 276 ss. Osserva Paolo Grossi: «*Se le fonti si sono pluralizzate, addirittura de-tipicizzate, è consequenziale che il nostro principio di legalità si sia necessariamente trasformato in una sorta di principio di giuridicità, riferendosi prima al variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica*» (P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma - Bari, 2015, p. 87).

24 *Contra* A. Pace, [ad vocem], *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, p. 296 e ss.: «*mai potrebbe, dall'autorità pubblica, essere invocato l'art. 32 Cost. per derogare, per motivi di salute, alla portata e alle garanzie dell'art. 13 [...] non sembra che l'art. 13 possa cedere all'art. 32; pertanto tutte le restrizioni coattive per motivi di sanità devono di necessità seguire la via giurisdizionale prevista da quell'articolo*».

25 R. Chiarelli, *Homo oeconomicus e individuo. Contestazioni e minacce*, in P. Grasselli - a cura di -, *Economia e concezione dell'uomo*, Milano, 2007, p. 273. Il concetto è confermato da M. Walzer, *La libertà e i suoi nemici*, Bari, 2003: senza sicurezza «*non è possibile nessuna forma di rappresentanza politica basata sul consenso*». Non a caso l'*Encyclopédie* definisce la libertà come «*quella tranquillità di spirito che ciascuno trae dalla convinzione della propria sicurezza*». Non a caso, inoltre, tutte le dichiarazioni internazionali sui diritti fondamentali trattano la questione: a partire dalla dichiarazione della Virginia del 1776, che affermava il diritto alla «ricerca e il conseguimento della felicità e della sicurezza»; più recentemente sia l'art. 3 - della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, sia l'art. 6 - «*Diritto alla libertà e alla sicurezza*» della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2007, associano alla libertà la sicurezza (cfr. A. Sterpa, *La libertà dalla paura. Una lettura costituzionale della sicurezza*, Napoli, 2019, p. 36; S. Negri, *Emergenze sanitarie e diritto internazionale: il paradigma salute-diritti umani e la strategia globale di lotta alle pandemie e al bioterrorismo*, in AA. VV., *Scritti in onore di V. Starace*, Vol. 1, Napoli, 2008, pp. 571-605).

26 «*Ollis salus populi suprema lex esto*» (Cicerone, *De Legibus*, libro III, parte III, sub. 8). Per un commento della formula ciceroniana si leggano le

costituito, che invece proprio lo Stato d'eccezione si era proposto di proteggere²⁹.

Come ha avuto modo di avvertire il già Presidente della Corte Suprema israeliana, Aharon Barak, (uno che di situazioni emergenziali se ne intende), i provvedimenti emergenziali, seppur transitori, producono effetti che si protraggono ben oltre la cessazione della minaccia, diventando essi stessi un pericolo per la democrazia³⁰.

Ecco, dunque, la necessità di approfondire, ancor più oggi, nella società dei rischi globalizzati, il tema del governo dell'emergenza, da sempre oggetto di studio dei giuristi, al fine di individuare la giusta contemperazione fra la tutela della *salus publica* con il rispetto della legalità e dei principi democratici³¹.

A fronte delle plurime e variegata emergenze, il diritto risponde applicando le (non) regole dello "stato d'eccezione", cui ovviamente non corrisponde un modello unico, proprio in ragione dell'irriducibilità

riflessioni di N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.

27 D. Cole, *Enemy Aliens*, in *Stanford Law Rev.*, 54, 2002, p. 953 e ss.

28 Si pensi all'esempio di scuola all'incendio del Reichstag avvenuto il 27 febbraio 1933.

29 «Se si considerano complessivamente le implicazioni della manovra delle paure e della loro comunicazione, relativamente al rapporto tra governanti e governati, si può osservare che l'evocazione dei rischi da parte dei governanti, tende a restringere l'arco delle valutazioni possibili da parte dei governati; queste vengono ulteriormente ristrette dalla comunicazione delle paure da parte degli strumenti di informazione, che a loro volta finiscono per restringere il ventaglio delle opzioni di governo» (B. Giampieri, *I conflitti dell'immigrazione*, Roma, 2012, p. 136).

30 A. Barak, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.* 2002, p. 3391. Sul punto cfr. anche M. Tushnet, *Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime*, in *Wis. L. Rev.*, 273, 2003. «Lo stato, che pone la sicurezza come suo compito prioritario, fa una promessa che non potrà mantenere a sufficienza, ma che lo pungola permanentemente a nuove attività» (E. Denninger, *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione"*, in V. Baldini - a cura di -, *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, p. 54).

31 Cfr., V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, fasc. 2, 2007, p. 380; C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2007.

dell'emergenza ad una sola causa e all'imprevedibilità della stessa³².

Ai fini della regolazione, l'emergenza è stata definita come «*l'insieme delle situazioni a fronte delle quali la normale scansione delle fasi in cui si articola ogni procedimento amministrativo non è idonea, né sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito a determinate amministrazioni pubbliche da una particolare fonte di produzione normativa*»³³. In altre parole, sono emergenze quelle «*situazioni improvvise di difficoltà o pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio, le quali comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale*»³⁴.

Spesso, però, le situazioni di rischio o di pericolo si confondono con quelle d'urgenza, causando un'incertezza nell'individuazione dell'emergenza con conseguenti pericolose sovrapposizioni o sviamenti di potere fra gli organi e le amministrazioni dello Stato³⁵.

32 M. A. Cabiddu, *Stato di eccezione*, in *Amministrazione in cammino*, 2, 2012 e anche P. Mindus, *Nostalgia per Cincinnato? Elementi per una fenomenologia dell'emergenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2007, p. 484 e ss., che per circoscrivere il tema individua quattro questioni preliminari da risolvere: cosa è un'emergenza; chi ha il potere di dichiararla; cosa comporta la dichiarazione; come, quando e perché finisce l'emergenza.

33 F. Tedeschini, (ad vocem) *Emergenza - dir. amm.*, in *Diritto on line*, (www.treccani.it/enciclopedia/emergenza-diramm_%28Diritto-on-line%29/2017).

34 A. Pizzorusso, (ad vocem) *Emergenza - stato di*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, 1993, disponibile all'indirizzo www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-emergenza. G. de Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, p. 197ss., ha illustrato come alla base delle teorie sullo stato di eccezione sia l'ipotesi che dall'assenza di una preventiva normazione costituzionale in materia di tutela della sicurezza deriverebbero pericolose attribuzioni straordinarie *ad hoc* degli organi costituzionali.

35 A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, p. 39.

3. Stato di diritto e stato d'eccezione.

Prima di approfondire i caratteri dell'emergenza e gli strumenti della sua regolazione, questione preliminare è costituita dall'accertamento dogmatico dello stato d'eccezione. La fase (temporanea) dello stato d'eccezione è da considerarsi parte integrante del potere costituito o piuttosto una riappropriazione - seppur temporanea - del potere costituente³⁶? L'eccezione costituisce una deroga allo Stato di diritto, ovvero l'emergenza può essere riconducibile all'interno di un quadro normativo predefinito e le decisioni prese durante lo stato di necessità sono legittimate dal fatto, il quale diventa esso stesso fonte del diritto³⁷?

La dottrina costituzionalistica si è confrontata più volte con il problema³⁸, dal momento che «*le situazioni emergenziali rappresentano infatti una sorta di zona di limite del diritto pubblico*»³⁹. Carl Schmitt⁴⁰, sulla base della «forza innovativa del fatto» di cui aveva parlato

36 «*La funzione costituente è la sola fra le funzioni dello Stato che sia totalmente libera nel fine, perché non è vincolata da nessun'altra funzione. Qui l'esplicazione della sovranità è piena, totale, [...] Ha la caratteristica, unica fra tutte le funzioni, di essere, più che discrezionale, del tutto libera nel fine, perché nessuna regola preesistente la vincola. Prima c'è il caos, cioè o non vi è una comunità, oppure ve n'è una indistinta nell'ambito di una più grande, dalla quale ancora non si è distaccata, oppure ve n'è una in dissoluzione*» (P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2005, p. 177). Sulla differenza tra legalità e legittimità ai fini del rispetto della legge, si legga, in un'ottica giusnaturalistica, F. Bastiat, *La legge*, [1850] Roma, 2005, p. 21 e V. Belohradsky, *Sur le Sujet dissident*, in *Le Messager Européen*, 4, 1990, p. 23 e ss., che fa riferimento a quell'ordine disarmato, il quale può però far continuamente appello ai nostri scrupoli morali e alla nostra razionalità dialogica.

37

38 «*Astrattamente la distinzione tra de facto e de iure è ovvia, ma nel contempo le confusioni proliferano*» (N. G. Dàvila, *Sucesivos escolios a un texto implícito*, Santafé de Bogotá, 1992, p. 102).

39 F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, pp. 27 ss.

40 C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 110 e ss.; Id., *Le categorie del 'politico'*, [1922], Bologna, 1972, pp. 33 e ss.; Id., *La dittatura del Presidente del Reich secondo l'art. 48 della Costituzione di Weimar*, in Id., *La dittatura* [1921], Roma, 1975, pp. 267 ss.

anche Georg Jellinek, formulò sul punto la nota teoria secondo cui la “capacità di decidere sullo stato di eccezione” costituirebbe il connotato essenziale della sovranità⁴¹; tale capacità, inoltre, andrebbe intesa come il potere di affrontare e risolvere situazioni non soggette a preventiva regolazione.

Kelsen, invece, che partiva dal rifiuto dell’ipotesi che un fatto materiale potesse essere fonte del diritto e indicava nel potere costituente l’autorità che deve prevedere e regolare ogni fattispecie, considerava lo Stato d’eccezione non una forma giuridica, ma tutt’al più uno stato pre-giuridico.

In Italia, anche Santi Romano, sosteneva che la necessità potesse diventare essa stessa fonte del diritto di atti regolativi *extra ordinem*, non formalmente previsti dall’ordinamento: «*La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate*»⁴².

Di contro, Carnelutti, evidenziava però come trasformare il fatto in fonte del diritto, costituisse di per sé un’aporia logica: «*la formula ex facto oritur ius*

41 Questa tesi, essenzialmente fondata sull’analisi dell’esperienze passate, costituì il supporto teorico-giuridico al cd. “Decreto d’emergenza per la difesa del popolo e dello Stato” del 28 febbraio 1933 con cui Hitler impose la propria dittatura (cfr. E. Fraenkel, *Il doppio Stato: contributo alla teoria della dittatura*, Torino, [1974], 1983, pp. 21 ss.), Analogamente avvenne per i provvedimenti che negli anni settanta furono adottati in parecchi paesi dell’America Latina sulla base della “dottrina della sicurezza nazionale” (cfr. S. Senese, *La trasformazione delle strutture giuridiche in America Latina*, in *Il Mulino*, 1976, pp. 529 ss. e più in generale L. Joinet, *L’Internationalisation des Régimes d’Exception Expression d’un Nouvel Ordre Répressif International*, in *Pouvoirs*, 1979, X, pp. 95 ss.).

42 Cfr. Santi Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, p. 220 e ss. nel quale l’A. riconosce la legittimità dei provvedimenti governativi assunti e variamente denominati, sulla base della urgenza e della necessità. Pur in assenza di una specifica disposizione legislativa legittimante, essi arrivavano persino a limitare diritti e libertà garantite dallo stesso Statuto albertino (come la proprietà privata e la libertà di circolazione).

sarebbe traducibile nella asserzione che il diritto nasce da sè»⁴³.

Più in generale, sulla base delle teorie espositiane, la dottrina italiana ha più volte affermato la sostanziale impossibilità al potere costituito di sostituirsi (e di riformare almeno nei suoi principi fondamentali e nei cd. valori supremi) al potere costituente, che lo ha generato⁴⁴.

43 F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pp. 140 ss. *Contra*, E. MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2001.

44 Cfr. G. Berti, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986; P. Scoppola, *La Costituzione contesa*, Torino, 1988; V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, p. 99 ss.; G. Zagrebelsky - P. Portinaro - J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996; A. Pizzorusso, *La Costituzione: i valori da conservare, le regole da cambiare*, Torino, 1996 e Id., *La Costituzione ferita*, Bari, 1999; M. Dogliani, *La legislazione costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2001, p. 1033; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2002, p. 253; G. Azzariti, *La superiore legalità costituzionale è in crisi?*, in *www.costituzionalismo.it*, 2004. Per quanto riguarda la Corte costituzionale è utile richiamare la nota sentenza n. 1146 del 15-29 dicembre 1988, che nella parte del "considerato in diritto" affermava: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Tuttavia, come scrisse Thomas Jefferson (terzo Presidente degli Stati Uniti) a James Madison (quarto Presidente degli Stati Uniti): «La Terra è data in usufrutto ai viventi e i morti non hanno poteri o diritti». Così la Costituzione francese del 1791 dichiarò che «nessuna generazione ha il diritto di assoggettare alle proprie leggi le generazioni future», stabilendo la convocazione obbligatoria di una Convenzione nazionale ogni 20 anni per la stesura di una nuova Costituzione. In ogni caso «il dibattito sulla revisione costituzionale è legato a quello sulla crisi della Costituzione come atto normativo» (V. Marcenò, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, in AA.VV. - a cura di U. Adamo, R. Caridà, A. Lollo, A. Morelli, V. Pupo -, *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli, p. 16). E da più parti infatti è stato evidenziato come «la faccia della Costituzione è ormai diventata butterata (A. Manzella), "screditato [è] il valore della Costituzione" (F. Bassanini), ormai

I fatti emergenziali, sono regolati dalla Costituzione attraverso i decreti legge che consentono al Governo di emanare atti aventi forza di legge, in casi straordinari di necessità e urgenza, con il controllo del Parlamento, che ha il potere di abrogarli *ex tunc* (art. 77, co. II, Cost.), del Presidente della Repubblica, che può rifiutarsi di promulgarli una volta convertiti e infine della Corte Costituzionale, che può dichiararne l'incostituzionalità.

Tuttavia, sono in molti ad ipotizzare che la necessità, diventi essa stessa fonte del diritto, imponendo nuove regole nate al di fuori dell'ordinario processo democratico di formazione legislativa, capaci di modificare e/o sospendere per un tempo definito e limitato anche le regole costituzionali. In questo caso, la forza dell'autorità finisce per prevalere sulle ragioni del diritto, sulle libertà e sulle regole della democrazia⁴⁵.

Secondo Paolo Barile, la necessità sarebbe causa naturale di tutto il diritto: *«l'assunzione nel rilevante giuridico avviene sempre in quanto la coscienza sociale avverte la necessità di regolare materie fino ad oggi indifferenti. [...] La necessità è la causa del diritto e il diritto ne regola in modo compiuto gli effetti, appunto ponendo le sue norme [...] D'altronde, che nel caso di una guerra (internazionale) o di grave emergenza (interna), il Governo - in accordo col Presidente della Repubblica e col Parlamento - possa e debba intervenire per tutelare l'integrità dell'ordinamento*

*sostanzialmente "decostituzionalizzato", a causa del "virus pernicioso di una delegittimazione crescente" (A. Ruggeri) e si è prospettato "l'avvio di un processo di progressiva dissoluzione e relativizzazione della materia costituzionale, fino quasi all'esaurirsi della Costituzione come legge fondamentale, come fonte dotata di sufficienti caratteri di stabilità, di ragionevoli, ma anche ferme pretese di normatività" (M. Fioravanti)» (R. Chiarelli, *La Repubblica italiana come governo degli uomini*, cit., p. 11). La questione sulla immodificabilità del testo costituzionale è stata dunque tacciata come esercizio di mera retorica, dal momento che è «*assodata l'idea che l'intangibilità attiene ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, a prescindere dalla loro collocazione topografica nella Costituzione; nonché l'idea che inviolabilità dei principi non significa assoluta irriducibilità, essendo legittima la modifica in melius*» (V. Marcenò, *Manutenzione...cit.*, p. 18).*

45 Cfr. G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole...*, cit, p. 27.

costituzionale, e che tale suo intervento necessariamente debba portare ad una sospensione di alcune norme costituzionali, non è seriamente contestabile»⁴⁶.

Più recentemente, Felice Giuffrè⁴⁷, ha evidenziato come ancora oggi non si possa escludere «*in radice ogni margine per un apprezzamento giuridico delle situazioni di emergenza, in quanto nella ricerca di un loro possibile inquadramento l'interprete non è più stretto nell'alternativa - propria, invece, nello stato liberale - di arrendersi di fronte all'insufficienza della dogmatica formalista, ovvero di percorrere la strada sconnessa della necessità come fonte giuridica. Nello Stato costituzionale contemporaneo, infatti, sembra possibile ed, anzi, talvolta necessario, andare anche oltre il parametro della stretta legalità costituzionale per la qualificazione dei fatti della realtà politico-sociale, pur mantenendosi entro i margini dell'ordinamento vigente».*

Secondo una più recente impostazione, lo stato di necessità può e deve essere preventivamente organizzato, come si è tentato di fare in Italia con la legge sulla protezione civile, costruita sulla prevenzione del rischio, sulla regolazione del stato d'emergenza, sull'applicazione dei principi di leale collaborazione e di sussidiarietà fra i diversi livelli di responsabilità decisionale politica, nonché sulla regolazione dei rapporti tra politica e scienza. Il tentativo è stato quello di individuare *ex ante* soggetti, poteri e forme predefinite per garantire il rispetto del potere costituito, lasciando poi liberi gli amministratori di individuare cause (imprevedibili) e contenuti (proporzionali, adeguati e ragionevoli)⁴⁸ dello stato d'eccezione. Detta

46 P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 2005, p. 271.

47 F. Giuffrè, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana*, in *Dir. soc.*, 2001, p. 132.

48 Cfr. *Ibidem*, p. 272. Sul punto anche M. S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, p. 288 ss.

normativa mira proprio a rafforzare il passaggio dalla mera gestione dell'emergenza (*ex post*) con poteri e strumenti straordinari, ad una programmazione e gestione del rischio (*ex ante*), non estremizzata, ma precauzionale e prevenzionale, al fine di inquadrare - per quanto possibile - anche l'evento eccezionale in un contesto per quanto possibile ordinario⁴⁹.

4. Il problema delle fonti *extra ordinem*.

La Costituzione, come noto⁵⁰, prevede solo (con una previsione peraltro neanche sufficientemente circostanziata - art. 78 Cost.) la deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere, che poi attribuiscono al Governo i poteri necessari. Non prevede, invece, a differenza di altre Carte costituzionali⁵¹, lo stato d'eccezione, proprio evidentemente per il pericolo che l'utilizzazione di tale strumento avrebbe potuto rappresentare per la democrazia. E' evidente, che la legislazione d'emergenza, che nasce e si legittima per tutelare i valori costituzionali nei casi di necessità e urgenza⁵², rischia, violando il principio di legalità, di minare le

49 F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione*, Milano, 2005, la logica della precauzione, che è nettamente diversa da quella della prevenzione, consiste in definitiva nell'amministrazione di rischio.

50 Oltre allo stato di guerra regolato dall'art. 78 Cost., la formula dei "casi di necessità ed urgenza" compare nell'art. 13, co. 3° e nell'art. 77. Più esattamente, i casi di necessità e urgenza individuati dall'art. 77 sono "straordinari", mentre quelli richiamati dall'art. 13 sono definiti "eccezionali". Il termine "necessità" ricorre invece anche nelle disposizioni transitorie VIII, co. 3°; XVII, co. 2°, mentre quello di "urgenza" è richiamato anche dagli artt. 21, co. 4° e 72, co. 2°.

51 La nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello ad esempio dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese o dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese.

52 Sul punto A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza...*, cit., p. 405, che evidenzia come il potere di ordinanza è volto a tutelare gli interessi costituzionali, come ad esempio l'ambiente, la salute, la sicurezza pubblica.

fondamenta di quell'ordinamento che pure si era prefigurato di salvare. Se, da un lato, essa è strumentalmente utile al politico di turno per mostrare "muscoli ed efficienza", dall'altro, il rischio dello sviamento della funzione pubblica è ovviamente alto⁵³. Tutto ciò finisce, in ogni caso, per aumentare la sfiducia del cittadino nei confronti dell'ordinamento democratico, il quale sembra inevitabilmente costretto a ricorrere a sistemi straordinari anche per problemi ordinari.

Come dimostrano le ordinanze della protezione civile⁵⁴, negli ultimi anni abbiamo assistito ad una sorta di potere normativo "alluvionale"⁵⁵, definito grimaldello⁵⁶ per un "intervento parallelo"⁵⁷, utilizzato ben al di là delle emergenze in senso stretto, che ha finito per

53 Sul punto cfr. A. Police, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento dalla funzione pubblica*, cit., pp. 87 ss..

54 In base all'art. 7 del d.lgs. 1/2018, sono intesi eventi emergenziali "di protezione civile" quelli «di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo». Una definizione sufficientemente vasta da comprendere qualsiasi evento, che ha consentito alla protezione civile di occuparsi delle emergenze a seguito ad esempio di terremoti, ma anche di disciplinare eventi che nulla hanno a che fare con l'imprevedibilità, come per esempio la regolazione dei "grandi eventi" o la gestione dei rifiuti. Le successive novelle legislative hanno dunque «*considerevolmente ampliato la portata e l'estensione dei poteri straordinari*» (G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere d'ordinanza*, in *Rivista AIC*, 00/2017, p. 26). Per una analisi delle ordinanze adottate in occasione del sisma che ha colpito l'Umbria e dei loro effetti sull'ordinamento, si veda S. Spuntarelli, *Normatività ed efficienza delle ordinanze emanate in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2017, p. 15 ss.. Cfr. anche AA. VV. (a cura di P. Mantini), *Il diritto pubblico dell'emergenza e della ricostruzione in Abruzzo*, Cedam, Padova, 2010; M. Gnes, *Le ordinanze di protezione civile per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2/2008, p. 433 ss..

55 A. Fioritto, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2011.

56 L'ordinanza di protezione civile «è divenuto il grimaldello attraverso cui l'esecutivo può forzare la stabilità della forma di governo nonché un caso esemplare del conflitto fra esercizio della sovranità e rispetto della fonte suprema» (G. Marazzita, *Il conflitto ... cit.*, p. 25).

57 C. Pinelli, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2/2009, p. 317 ss.

“stabilizzare” artatamente ovvero “normalizzare”⁵⁸ l'emergenza⁵⁹.

Come accennato, l'unico strumento espressamente previsto in “straordinari casi di necessità e urgenza” dalla Carta Fondamentale è il decreto legge ex art. 77 Cost.⁶⁰, che - come noto, tuttavia - ha da tempo perso la sua funzione di normazione eccezionale, diventando «*la tipologia preferenziale di fonte normativa attraverso cui in Italia si introducono nuove norme primarie*»⁶¹.

Il sistema normativo previsto dalla Costituzione, rispetto a quanto avveniva nello Statuto Albertino⁶², è

58 S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in Id. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, p. 659; A. Carapellucci, *Il potere d'ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Il Foro Amministrativo - TAR*, n. 1/2010, pp. 321-339.

59 A. Cardone, *“La normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere «extra ordinem» del Governo*, Torino, 2011, p. 164 ss. e p. 218 ss. Cfr. anche F. Biondi Dal Monte, *La politica della perenne emergenza e i poteri extra ordinem del Governo*, in M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, p. 229 ss.; M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2005, pp. 641 ss; G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010.

60 Cfr. G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, p. 424.

61 E. Albanesi - R. Zaccaria, *Le «fonti» dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrare*, 2010, f. 2, pp. 185 ss.; A. Simoncini - E. Longo, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 3/2014, p. 1.; F. Politi, *Ripartizione delle competenze ed emergenza fra Costituzione repubblicana e Trattati europei*, in M. Basilavecchia - L. del Federico - A. Pace - C. Verrigni (a cura di), *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità tra norme interne e principi europei*, Torino, 2016, pp. 73 ss. Si veda ancora A. Simoncini, *Dieci anni di decretazione d'urgenza*, in AA. VV. (a cura di P. Caretti), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Torino, 2007, p. 140, che ha parlato del decreto legge come di una “iniziativa di legge rafforzata” e A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovverosia di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in *Forum costituzionale.it*, 2010, p. 2, che ha invece descritto l'atto normativo del Governo come di un “disegno di legge motorizzato”.

62 Nello Statuto Albertino, la legge costituiva l'apice del sistema

poi ulteriormente irrigidito⁶³ dal fatto che le fonti primarie sono “a numero chiuso” e i rapporti tra legge e attività amministrativa sono regolati in base al principio di legalità (art. 97, co. 2).

Non solo, ma dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, la “complessa” e non chiara ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, ha certamente contribuito ad acuire il problema delle fonti. A tal proposito è stata prevista la clausola dei cd. “poteri sostitutivi” (ex art. 120 Cost.), che, in alcuni casi, (unitarietà ed infrazionabilità dell’ordinamento che possono venire compromessi anche da situazioni emergenziali), consente di superare la rigida ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni e attribuisce al Governo la possibilità di intervenire in materie di competenza normativa non propria.

In questo quadro, il governo dell’emergenza gestito attraverso le ordinanze *extra ordinem*⁶⁴ è divenuto

gerarchico delle fonti ed essa stessa poteva prevedere la creazione di nuove fonti legislative come ad esempio le ordinanze di tipo normativo.

63 Cfr. F. Modugno - D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Disc. Soc.*, 1989, pp. 415 e ss.

64 Note sono le ordinanze *extra ordinem* delle pubbliche amministrazioni: già l’art. 153 R.D. 4 febbraio 1915 n. 148, conferiva al Sindaco il potere di adottare “provvedimenti contingibili e urgenti” in materia di sicurezza ed igiene pubblica S. Pedrabissi, *Le ordinanze sindacali extra ordinem e il presupposto dell’urgenza*, in *Amministrare*, 2014, 3, pp. 409 ss.). Successivamente, l’art. 2 R.D. 18 giugno 1931 n. 773 (TULPS), prevedeva che «*il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza pubblica*». I poteri sindacali sono stati confermati e ulteriormente specificati negli artt. 50, comma 5, e 54, commi 4 e 6 del TUEL. Successivamente, è stato specificato che il Sindaco può agire *extra ordinem* anche in caso «degrado [...] dell’ambiente e del patrimonio culturale» (con la conversione del D.L. 20 febbraio 2017 n. 14) o di inquinamento atmosferico o acustico, andando anche ad incidere sugli orari dei pubblici esercizi e degli uffici pubblici. La legge istitutiva del Ministero dell’Ambiente attribuiva al Ministero il potere di adottare ordinanze cautelari per le “necessarie misure provvisorie di salvaguardia” (art. 8, comma 3,

ancor più complicato e “pericoloso” per la tenuta del sistema.

Il potere di ordinanza, peraltro, è istituto di difficile definizione⁶⁵, dal momento che ad esso non corrisponde uno strumento giuridico univoco⁶⁶. Per tentare di semplificare, possiamo distinguere tra le ordinanze amministrative, autorizzate dalla legge, a contenuto vincolato⁶⁷ e quelle, invece, a contenuto libero⁶⁸. Le ordinanze amministrative trovano entrambe il

L. 8 luglio 1986 n. 349); oppure ordinanze temporanee, contingibili e urgenti, quando si verificano situazioni di grave pericolo di danno ambientale e non legate ad una inerzia o inefficienza dell’azione amministrativa e che quindi non consentono di altrimenti provvedere (art. 8 L. 3 marzo 1987 n. 59); oppure l’art. 9, comma 1, legge 26 ottobre 1995, n. 447 (“Legge quadro sul rumore”), che introduceva il potere di ordinanza in materia di inquinamento acustico, mediante il «*ricorso temporaneo a speciali forme di contenimento o abbattimento delle emissioni sonore*»; oppure l’art. 10 del D. Lgs. 11 maggio 1999 n. 152, recante disposizioni sulla tutela delle acque dall’inquinamento, che consente l’emanazione di provvedimenti contingibili e urgenti, integrativi o restrittivi degli scarichi o degli usi delle acque. Altro potere straordinario è attribuito dall’art. 191 del T.U. sull’ambiente (D. Lgs. 3 aprile 2006 n. 152.), che prevede: «*qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell’ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della Provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell’ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili e urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell’Unione europea, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell’ambiente*». Oltre ai vincoli dei principi dell’ordinamento europeo ed interno (art. 3 bis), tali ordinanze temporanee (massimo 18 mesi, anche se la norma stessa consente di derogare a tale termine per ragioni di comprovata necessità) devono indicare “le norme a cui si intende derogare”, devono avere un preventivo parere tecnico con specifico riferimento alle conseguenze ambientali che possono derivare e comunque il tutto deve essere comunicato entro tre giorni a Governo ed altri soggetti pubblici interessati. Infine, con L. 24 febbraio 1992 n. 225, oggi sostituita dal Codice della protezione civile (D. Lgs. 2 gennaio 2018 n. 1), il legislatore è più volte intervenuto sullo specifico tema dei poteri *extra ordinem* finalizzati alla gestione di eventi emergenziali di protezione civile, richiamando l’art. 25 del predetto TU 1/2018

presupposto nella necessità e nell'urgenza e sono limitate nello spazio e nel tempo⁶⁹. Tuttavia le seconde, stante la rigidità del sistema delle fonti, non possono non porre evidenti problemi di inquadramento giuridico: sono meri atti amministrativi o diventano fonti del diritto, specie quando il loro contenuto normativo non preordinato si pone in contrasto con la legge? Secondo autorevole dottrina⁷⁰ le ordinanze in deroga alla legge

ha consolidato la disciplina delle ordinanze di protezione civile, che costituiscono strumento fondamentale «*da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*».

65 Amplessima e risalente è la letteratura in argomento. *Ex multis*: U. Gargiulo, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; F. Bartolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; F. Modugno - D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, III, pp. 513-553.

66 G.U. Rescigno, [ad vocem] *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza* (dir. cost. e amm.), in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, pp. 89 ss.

67 R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, pp. 5 ss.; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 2, pp. 345 ss.; G. Manfredi, *Poteri di ordinanza, legalità, 'stato governativo'*, in *Amministrare*, 2013, 3, pp. 407 ss.

68 Cfr. A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza...*, cit, p. 25 ss.

69 Cfr. M. S. Giannini, *Scritti*, Milano, 2002, vol. II, pp. 950 ss.

70 G. Silvestri, "Questa o quella per me pari sono...". *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, pp. 173 ss. Come evidenziato anche nel corso del predetto convegno più articolata la posizione di Alessandro Pizzorusso: alla voce *Emergenza (stato di)*, in *Enc. sc. soc.*, III, Roma, 1993, pp. 551 ss. sostiene l'inammissibilità delle fonti straordinarie neanche tenendo conto della loro temporaneità, tuttavia, ne, *Le fonti scritte. Le fonti del diritto italiano*, Torino, 1998, I, p. 160, si legge: «*in attesa di una improbabile razionalizzazione della loro regolamentazione, è giuoco forza cercare di applicare anche a queste dubbie forme di attività normativa i principi generali che sono stati elaborati in materia di regolamenti*». Successivamente, ne *Le fonti del diritto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, Bologna, 2011, pp. 564 ss. torna ad evidenziare l'incompatibilità di

sarebbero incompatibili con l'ordinamento costituzionale, in quanto «nessuna fonte può creare altre fonti aventi efficacia maggiore o anche eguale a quella propria, ma solo fonti dotate di efficacia minore»⁷¹.

5. Gli approdi giurisprudenziali e dottrinali.

Partendo da questi presupposti, obbligato è stato, sin dall'anno del suo insediamento, il coinvolgimento della Consulta per tentare di sciogliere il nodo gordiano.

Già con la sentenza n. 8 del 20 giugno 1956⁷², la Corte costituzionale fu chiamata a valutare la legittimità delle ordinanze emesse dai prefetti in materia di sicurezza e ordine pubblico, ai sensi dell'art. 2 T.u.l.p.s.. La Consulta consapevole dell'importanza delle ordinanze nell'ambito di una utile gestione dell'emergenza⁷³, ne

tali fonti con il sistema costituzionale. Di contrario avviso è M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2010, I, pp. 735 ss. e G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 33 ss., secondo cui le ordinanze, come i regolamenti di delegificazione, trovano la loro legittimazione nella legge stessa. Tuttavia, sul punto è stato notato che se già i regolamenti presentano dubbi di costituzionalità proprio per la vaghezza e l'ampiezza della portata autorizzatoria della legge di delegificazione (cfr. F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, PADOVA, 2009, p. 199 ss.), ancora più complessa si presenta la questione di legittimità delle ordinanze che trovano fondamento solo su generiche ragioni di necessità e urgenza (cfr. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006).

71 G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 5.

72 Sentenza Corte Costituzionale 20 giugno 1956 n. 8, in www.cortecostituzionale.it. L'udienza inaugurale della Corte si tenne appena due mesi prima (il 23 aprile 1956) alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi e delle più alte cariche dello Stato: L. Casini, *La prima sentenza della Corte costituzionale: le memorie processuali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 1, pp. 13 - 76.

73 Sul punto, ha avuto modo di pronunciarsi altre volte anche la Corte costituzionale, che ha sempre evidenziato come la sicurezza sia un sacro e supremo interesse, (Corte cost., 14 aprile 1976, n. 82, par. 5 del "Considerato in Diritto") e «di fronte ad una situazione d'emergenza, quale risulta quella in argomento, Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere,

riconosceva la legittimità in quanto 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*», i quali, però, in caso di contrasto con superiori fonti, sarebbero stati disapplicati dal Giudice di merito.

Definendo le ordinanze atti amministrativi, la Corte superava ogni questione di violazione del principio di legalità, di contrasto con il sistema delle fonti e di sovrapposizione con i decreti legge e i decreti legislativi (ex artt. 76 e 77 Cost.), gli unici atti governativi aventi forza di legge, ammessi dalla Costituzione.

In ogni caso, la Consulta auspicava un intervento del legislatore che avrebbe dovuto inserire, nell'ambito del predetto art. 2 del Tulp, i seguenti criteri: efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non avesse avuto carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico.

In assenza di un intervento del Parlamento, cinque anni dopo, la Corte tornava a pronunciarsi (con la sentenza interpretativa di accoglimento n. 26 del 23 maggio 1961) sulle ordinanze prefettizie, confermandone la loro legittimità in quanto atti amministrativi⁷⁴, che non

adottando una apposita legislazione d'emergenza».

⁷⁴ «L'art. 2 conferisce al Prefetto poteri che non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti» (Corte Cost. n. 26 del 27 maggio 1961, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritto costituzionale - Casebook*, Napoli, 2004, p. 1152). Conformemente si è espressa la dottrina maggioritaria: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano., 1970, vol. I, pp. 270 ss.; 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.*, p. 2185 ss., secondo il quale nell'attuale ordinamento costituzionale, le ordinanze normative sarebbero di difficile compatibilità costituzionale. Sul difficile rapporto tra principio di legalità e ordinanze amministrative *extra*

possono porsi in contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico, né in difformità con la legge, almeno nei casi in cui è prevista una riserva⁷⁵.

La difficoltà ermeneutica che la questione pone, tuttavia, si evidenziava in modo ancor più chiaro con la nota sentenza n. 4 del 12 gennaio 1977, in cui i giudici costituzionali, chiamati a pronunciarsi sull'art. 20 del TU della legge comunale e provinciale (R.D. 383/1934),

ordinem si vedano anche: L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2001, p. 53 che ha escluso la normatività delle ordinanze a causa della «*loro temporaneità e anzi della loro inattitudine a produrre effetti permanenti*»; A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., p. 217, che considera le ordinanze emergenziali «atti amministrativi», ma (Id. *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009 p. 172 ss.) non può non evidenziare la difficoltà che esse, in ragione della loro forza *praeter* e *contra* legem, rappresentano per il sistema delle fonti.

Chi invece ha attribuito alle ordinanze la qualificazione di atti normativi è stato C. Mortati, e Id., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 317 ss., il quale riconosceva l'esistenza di «*fonti costituite dai fatti normativi*» individuando nella necessità l'elemento legittimante e unificatore e sostenendo che «*ogni tipo di ordinanza è giuridica, nel senso che compone l'ordinamento*» (ibidem, p. 355). Sulla base di questa impostazione "sostanzialista" lo stesso A. (Id., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, pp. 73 ss. e 93 ss.) finiva per attribuire ad alcuni tipi di regolamento lo stesso trattamento di verifica costituzionale riservato alle leggi. Seppur con diverse argomentazioni, alle stesse conclusioni arrivano: M. Scudiero, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.*, 1962, p. 105 ss.; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, pp. 54 ss., p. 610; F. Modugno, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, p. 82 ss. («*in quanto pongono prescrizioni ripetibili o che incidono su prescrizioni già di per sé dogmaticamente considerate normative*»); G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., seppur limitatamente ai casi in cui è la legge ad autorizzare la normatività delle ordinanze e da ultimo E.C. Raffiotta, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2017.

⁷⁵ Nella sent. n. 61/1956 in cui la Corte era stata chiamata ancora a valutare la legittimità delle ordinanze prefettizie di cui all'art. 2 T.U. pubblica sicurezza (R. D. n. 773/1931), si legge che queste ultime non possono in ogni caso «*menomare l'esercizio di diritti garantiti in Costituzione*», perché «*in netto contrasto con l'affermazione che quelle ordinanze debbono essere vincolate ai principi dell'ordinamento giuridico*» (Sulla estensibilità di questo discorso a tutte le ordinanze contingibili e urgenti cfr. R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit.,

ammettevano che le ordinanze libere della P.A., ovvero a contenuto non vincolato, non fossero fonti, ma meri atti amministrativi, seppur a contenuto normativo, soggetti comunque al controllo giurisdizionale⁷⁶, con conseguente possibile tutela risarcitoria. In particolare, questa «*dissociazione fra la forma e la sostanza degli atti*»⁷⁷, veniva giustificata in base al fatto che le ordinanze non producono innovazione del diritto, ma possono derogare eccezionalmente e temporaneamente la legge, di fronte a situazioni emergenziali⁷⁸.

In altre parole, le ordinanze sarebbero provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti da norme, rispettano il principio di legalità, ma non quello di tipicità⁷⁹. A rigore, sotto un profilo sostanziale, esse potrebbero presentare, infatti, tutti i caratteri delle fonti normative: generalità e astrattezza; ripetibilità, (ancorché limitata nel tempo e nello spazio); precettività⁸⁰, ma mancano dell'innovatività (ciò in quanto non abrogano le norme derogate, le quali invece restano efficaci nei territori non interessati e solo temporaneamente sospese in quelli oggetto

pp. 87 ss. e 223 ss.)

76 Controllo giurisdizionale dell'AGO, secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 3 ottobre 2001, n. 1497) in cui è stata decretata la nullità radicale dell'atto a seguito dell'accertata carenza di potere della P.A. e, invece, controllo della G.A., che ha dichiarato la annullabilità (T.A.R. Sardegna, sez. I, 17 giugno 2011, n. 605).

77 A. Ruggeri, *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in *Dir. soc.*, 1, 2000, p. 141 ss.

78 «*Sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare*» (C. Cost. n. 4 del 12 gennaio 1977).

79 Cfr. Cons. St., Sez. IV, 24 marzo 2006, n. 1537.

80 A. Morrone, *Le fonti normative*, cit, p. 32 ss.

dell'emergenza⁸¹) e per tali ragioni non possono essere considerate fonti, ma meri atti amministrativi.

Successivamente, prima con la sentenza n. 100⁸² e 201 del 1987⁸³ e poi con la n. 127 del 1995⁸⁴, la Corte ha ribadito l'assunto: le ordinanze sono atti amministrativi censurabili dal Giudice, che possono eccezionalmente derogare la legge, per un tempo strettissimo e determinato, necessario a superare lo stato di necessità e urgenza⁸⁵. Esse, tuttavia, non possono vanificare le garanzie dei diritti costituzionali e devono rispettare i principi generali dell'ordinamento, nonché i "criteri di congruità" e ragionevolezza⁸⁶.

Più recentemente, il Giudice delle leggi è nuovamente intervenuto con la sentenza n. 115 del 7 aprile 2011.

81 E' tuttavia evidente, come ha notato efficacemente G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 52, anche questo costituisce un effetto innovativo, seppure temporaneo.

82 La Corte Cost. con la sent. n. 100 del 3 aprile 1987, in *Giur. cost.*, 1987, I, p. 764 ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale (in riferimento agli art. 3, 24, 42 e 113 Cost.) dell'art. 4 d.l. 27 febbraio 1982 n. 57, che aveva disposto la sanatoria per le zone terremotate della Campania e della Basilicata fra il 23 novembre e il 31 ottobre 1981. La Consulta ribadisce la tutela giurisdizionale di tali provvedimenti e la risarcibilità per i sacrifici patrimoniali subiti dai privati.

83 Corte Cost. n. 201 del 22 - 28 maggio 1987, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritto costituzionale - Casebook*, Napoli, 2004, p. 407.

84 Corte Cost. n. 127 del 5 aprile 1995, in *Riv. giur. Ambiente*, 1997, p. 258 con nota di A. Morrone. Nel procedimento in esame i giudici costituzionali, che erano stati chiamati a giudicare il potere di ordinanza previsto dall'art. 5 della legge sull'ordinamento della protezione civile (L. n. 225/1992), sentenziano che non spetta allo Stato (e per esso al Presidente del Consiglio dei Ministri) introdurre prescrizioni per fronteggiare lo stato di emergenza. Senza la previsione di un'intesa per la programmazione degli interventi, è illegittimo estromettere gli organi amministrativi locali dall'esercitare poteri d'ordinanza, specie se la limitazione non è adeguatamente circoscritta nell'oggetto ed è esposta in termini assolutamente generici e in contrasto con leggi fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale.

85 Questa, tuttavia, deve essere temporanea, ovvero limitata allo strettissimo tempo necessario al superamento dello stato di necessità (Corte Cost. n. 127/1995, 201/1987) e non deve comunque vanificare le garanzie dei diritti costituzionali, rispettando i principi generali dell'ordinamento, nonché i "criteri di congruità" e ragionevolezza

86 Cfr., tra gli altri, V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, pp. 121 ss. e 141 ss.

Con questa decisione la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 54, comma 4, del T.U. EE.LL. nella parte in cui attribuiva al Sindaco un ampio potere d'ordinanza, non più limitato esclusivamente all'urgenza, senza però mettere in discussione la capacità derogatoria delle ordinanze rispetto alla legge e sciogliere con sufficiente chiarezza il problema della loro natura.

Non v'è chi non veda, dunque, la difficoltà in cui si è dovuta muovere la Consulta, che, da un lato, legittima il carattere normativo delle ordinanze e, dall'altro, le esclude, dal sistema delle fonti, sulla base del presupposto che comunque «non innovano al diritto oggettivo».

In forza delle indicazioni della Corte si è mossa (con altrettanta difficoltà) la giurisprudenza di merito. Di fronte dell'ampiezza delle formule utilizzate dalla legge che autorizza genericamente il potere d'ordinanza ("ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente", "ordinanze contingibili e urgenti", "provvedimenti indispensabili"⁸⁷) particolarmente complesso è il compito di "garanzia" che viene attribuito all'attività giurisdizionale⁸⁸.

La giurisprudenza di merito inizialmente si era limitata ad evidenziare come il «*presupposto per l'adozione dell'ordinanza contingibile è la sussistenza e l'attualità del pericolo, cioè del rischio concreto di un danno grave e imminente per l'incolumità pubblica e per l'igiene, a nulla rilevando neppure che la situazione di pericolo sia*

87 In queste ultime due formule (più ampio è il ricorso alla definizione ordinanze contingibili e urgenti, mentre "provvedimenti indispensabili" si trovano ad esempio nell'art. 2 del Tulp) non è neppure prevista l'espressa deroga della legge, che comunque la giurisprudenza ammette - come visto - sulla base dei criteri esposti nel testo.

88 Fenomeno analogo è quello che si riscontra nei regolamenti di delegificazione (su cui cfr. A. MORRONE, *Delegificazione*, in S. CASSESE - diretto da -, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 1771 ss), in cui la legge autorizza l'intervento normativo del governo in modo ampio e generico (su cui si leggano le censure di A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit.).

*nota da tempo»⁸⁹; più recentemente, ma in modo ampiamente condiviso, è stato evidenziato come elemento indispensabile per la legittimità sia pure la contingibilità. In altri termini, secondo i giudici amministrativi, non è legittimo adottare ordinanze *extra ordinem* per fronteggiare «situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità»⁹⁰.*

Sulla stessa linea anche la giurisprudenza di prima istanza: «*Non è, quindi, legittimo adottare siffatte ordinanze per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità. Infatti, ai sensi della normativa richiamata, per l'adozione delle ordinanze sindacali contingibili e urgenti, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: a) un grave pericolo che minaccia l'incolumità pubblica o la sicurezza urbana; b) la contingibilità, intesa quale situazione imprevedibile ed eccezionale che non può essere fronteggiata coi mezzi ordinari previsti dall'ordinamento; c) l'urgenza, causata dall'imminente pericolosità, che impone l'adozione di un provvedimento straordinario e di durata temporanea in deroga ai mezzi ordinari previsti dalla normativa vigente»⁹¹.*

Per cui oltre ad una adeguata istruttoria, capace di spiegare non solo il grave pericolo e la necessità improrogabile, ma anche di valutare l'adeguatezza⁹², la

89 Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2012, n. 4968, in *Foro amm./CDS*, 2012, 9, p. 2336.

90 Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774, in banca dati *Dejure - Giuffrè*.

91 T.A.R., Napoli, sez. V, 01/08/2019, n. 4231, ma anche T.A.R., Napoli, sez. V, 03/06/2019, n. 3003. Si vedano anche TAR Lazio - Roma, sez. II, 7 aprile 2016 n. 4191; TAR Campania - Napoli, sez. V, 10 settembre 2012 n. 3845; TAR Campania - Napoli, 24 gennaio 2018 n. 485; TAR - Milano, sez. II, 02/07/2019, n. 1527 (tutte in banca dati *Dejure - Giuffrè*).

92 «*L'adeguatezza della misura in concreto adottata in rapporto al fine*

proporzionalità⁹³ e la provvisorietà/temporaneità⁹⁴ dell'intervento, la P.A. deve adeguatamente motivare⁹⁵ come l'urgenza e la necessità siano giustificati dall'imprevedibilità del rischio, in base ai principi di precauzione e prevenzione, i quali dovrebbero ormai informare tutta l'azione della P.A.⁹⁶.

In definitiva, la generica esigenza di tutela della pubblica incolumità e dell'ordine pubblico non possono

perseguito è da valutare caso per caso, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità» (Consiglio di Stato sez. VI, 10 dicembre 2018, n. 6951, in *Diritto & Giustizia*, 17 dicembre 2018 con nota di Stefano Manzelli). In dottrina, vedi A. Morrone, *Fonti normative*, cit., p. 219, che sostenendo la stretta connessione tra fatto e atto emergenziale, (come già pragmaticamente sostenuto da Santi Romano, secondo cui l'emergenza evidenzia un bisogno a cui l'ordinamento non può non essere in grado di rispondere), evidenzia come la verifica di proporzionalità e adeguatezza eseguita prima dalla stessa P.A. e poi dalla giurisdizione costituisce il fondamento legittimità del potere *extra ordinem*.

93 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2003, n. 1990 in *Comuni d'Italia*, 2003, 7-8, p. 93 e Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, in *Foro amm. / CDS*, 2006, 4, p. 1193. Tuttavia, la discrezionalità del provvedimento non è sindacabile in sede di legittimità, salvo che non sia manifestamente illogico (Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 1998, n. 1128, in *Riv. giur. Edilizia*, 1999, I, p. 109) o caratterizzato da arbitrarietà, irragionevolezza, oltre che da travisamento dei fatti» (Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2012, n. 4968 in *Foro amm./CDS*, 2012, 9, p. 2336).

94 Secondo il T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 22 marzo 2018, n. 107 in banca dati *Dejure - Giuffré*, sono illegittime le ordinanze che pongono il divieto di effettuare il "fuoripista", in via permanente, ovvero senza fissare alcun limite temporale alla loro efficacia, qualora si riscontrino determinate condizioni metereologiche: «*Tra i requisiti di validità delle ordinanze contingibili e urgenti vi è la fissazione di un termine di efficacia del provvedimento. Il carattere della contingibilità, infatti, esprime l'urgente necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza in casi di pericolo attuale od imminente e a ciò è correlato necessariamente il carattere della provvisorietà, il quale implica che le misure previste devono avere efficacia temporalmente limitata*».

95 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2003, n. 1831, in *Giur. it.*, 2003, p. 1941: «*L'ordinanza contingibile ed urgente deve essere adeguatamente motivata anche per quanto concerne gli elementi istruttori che hanno determinato la sua emanazione*». Si veda sul punto anche la recente sentenza T.A.R. Lazio n. 5892 del 10 maggio 2019. Sull'importanza della motivazione del provvedimento amministrativo, specie dopo la promulgazione della Carta di Nizza (art. 41), cfr. P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015, p. 32 ss..

96 Tuttavia, si vedano ad esempio le sentenze del T.A.R. Liguria,

costituire da soli idonei presupposti per l'adozione delle ordinanze a contenuto normativo: *«il suo esercizio presuppone la necessità di provvedere in via d'urgenza con strumenti extra ordinem per far fronte a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile di pericolo attuale ed imminente per l'incolumità pubblica, cui non si può provvedere con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento; i provvedimenti in parola sono perciò connotati da provvisorietà e temporaneità quanto agli effetti e da proporzionalità rispetto al pericolo cui ovviare; è pertanto illegittimo adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia "urgenza" di provvedere, cioè l'assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile a tutela della pubblica incolumità»*⁹⁷.

Ancora: *«Presupposti per l'adozione da parte del Sindaco dell'ordinanza contingibile ed urgente sono la sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento, e la provvisorietà e la temporaneità dei suoi effetti, nella proporzionalità del provvedimento; non è, quindi, legittimo adottare ordinanze contingibili ed urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come*

sez. II, 26 aprile 2003, n. 524, e Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 85, che confermano l'ordinanza del Prefetto di Genova, (prot. n. 288 del 2 giugno 2001), in ordine alle misure straordinarie adottate per il (tutt'altro che imprevedibile) G8 tenutosi nel capoluogo ligure tra il 18 e il 22 luglio 2001. Sulla differenza tra ordinanze atipiche *extra ordinem* e invece provvedimenti amministrativi emanati in casi di necessità per disciplinare eventi eccezionali, ma che appunto si contraddistinguono per essere atti tipici individuati dalla legge, si veda M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in Scritti, Milano, II, 2002, p. 950 ss.

⁹⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5239 in banca dati *Dejure - Giuffrè*.

assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità»⁹⁸.

Secondo la giurisprudenza, il potere di ordinanza, a condizione dell'esistenza di tutti i presupposti sopra individuati, interviene, in nome dell'applicazione di un principio di legalità inteso in senso sostanziale⁹⁹, con provvedimenti "atipici", atteso che l'indeterminatezza e l'elasticità dei contenuti sono conseguenza della funzione dell'istituto, che mira a garantire la "salus publica" proprio nei casi in cui non è possibile né prevenire, né prevedere:

«In ossequio al principio di legalità dell'azione amministrativa, i poteri amministrativi - e, quindi, i provvedimenti che di tali poteri sono espressione - sono tipici e nominati. In particolare, affermando che i provvedimenti amministrativi sono nominati si intende dire che l'Amministrazione non ha il potere di adottare provvedimenti che non siano espressamente previsti da una specifica norma. Invece, affermando che i provvedimenti amministrativi sono tipici, si intende dire che ogni provvedimento è idoneo a disciplinare una determinata fattispecie e a soddisfare uno specifico

98 Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369. Cfr. anche T.A.R. Lombardia - Milano, sez. III, 16 maggio 2018, n. 1284: «*Presupposti per l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente sono la sussistenza di un pericolo irreparabile e imminente, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento, nonché la provvisorietà e la temporaneità dei suoi effetti, non essendo pertanto possibile adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili o permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità. Il potere di ordinanza in questione presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione»*. Entrambe in banca dati Dejure - Giuffrè.

99 G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 63, che parla, attraverso il combinato disposto di procedure e garanzie, di superamento della mitica sovranità popolare e di passaggio dalla "ragion pura alla ragion pratica" per realizzare una tutela effettiva degli interessi costituzionali.

interesse determinato dalla norma che prevede il potere. In altri termini, l'Amministrazione non può scegliere tra i provvedimenti adottabili quello che ritiene più idoneo a disciplinare una determinata fattispecie o a soddisfare un determinato interesse pubblico, perché deve fare uso del potere espressamente previsto dalla norma per disciplinare quella determinata fattispecie e per soddisfare quel determinato interesse pubblico. Per tale ragione, sono normativamente predeterminati l'autorità competente ad esercitare il potere, l'interesse cui è funzionale l'esercizio del potere, gli effetti che il provvedimento può produrre e le forme che devono essere osservate per la sua adozione. Una parziale eccezione a tali principi è costituita dal potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti (potere che, nella Provincia di Trento, è previsto dall'art. 62 della l. reg. n. 2/2018), ossia provvedimenti volti a far fronte a situazioni di urgente necessità, concreta ed attuale, che non potrebbero essere affrontate e risolte in maniera efficace con gli strumenti ordinari; difatti, tali provvedimenti sono nominati, ma costituiscono strumenti atipici per quanto attiene al contenuto, fissando la legge unicamente i presupposti per l'esercizio del potere di ordinanza, ma non il contenuto delle ordinanze, in quanto le situazioni di urgenza che possono concretamente verificarsi non sono prevedibili a priori e, quindi, non è possibile predeterminare la misura da adottare nel caso concreto per fronteggiare la situazione di urgenza»¹⁰⁰.

100 T.A.R. Trentino-Alto Adige - Trento, sez. I, 19 dicembre 2019, n. 175, in banca dati *Dejure - Giuffrè*. In dottrina sul principio della tipicità e del numero chiuso degli atti di diritto pubblico si veda G. BERTI, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, Padova, 2001, pp. 199 ss, mentre sull'atipicità, in ragione dell'imprevedibilità delle fattispecie da regolare con le ordinanze *extra ordinem* si veda V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., p. 73 ss. Sui poteri impliciti della P.A. si veda G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss. Sul problema della "trasfigurazione" del principio di legalità si veda ancora A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., p. 121 ss.

L'ordinanza *extra ordinem* opera, quindi, in via meramente residuale e di "chiusura del sistema": «*Tale potere di ordinanza presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione, e in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimento*»¹⁰¹.

6. Prevenzione, precauzione e sussidiarietà.

In definitiva, al di là del difficile inquadramento dogmatico, le ordinanze a libero contenuto normativo, appaiono non altrimenti sostituibili per garantire la *salus publica* in occasione di emergenze imprevedute e imprevedibili. Il loro ruolo diventa ancor più centrale di fronte al moltiplicarsi delle situazioni emergenziali, che in modo inopinato, nella società globalizzata, mai così ricca e ipertecnologica, tendono invece ad aumentare in numero, in specie e gravità.

Il pericolo di un eccessivo protagonismo del Governo e degli apparati amministrativi, di un indebito ampliamento indiscriminato di situazioni emergenziali

101 Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774. Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5239 e T.A.R. Lombardia - Milano, sez. III, 16 maggio 2018, n. 1284, (già citate). In quest'ultima decisione i giudici lombardi hanno rilevato l'assenza dei presupposti della contingibilità e dell'urgenza legittimanti l'esercizio dei poteri *extra ordinem*, in quanto il provvedimento impugnato si limitava a far riferimento alla necessità di mettere in sicurezza il muro di recinzione peraltro nell'ambito di una costante interlocuzione con i proprietari. Nella sentenza si legge tra l'altro: «*Soltanto in ragione di tali situazioni [cioè, i presupposti sopra esposti] si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimento*». Analogamente anche TAR Piemonte - Torino, sez. II, 24 novembre 2017 n. 1271; Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2017 n. 774; Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016 n. 1189; Cons. St., 25 maggio 2015 n. 2967; Cons. St., 5 settembre 2015 n. 4499. Tutte in banca dati *Dejure - Giuffrè*.

(specie quando imprevedibili non sono), di una strumentalizzazione della paura, di una violazione dei fondamentali principi dell'ordinamento democratico (principio di legalità e separazione dei poteri, *in primis*), di una limitazione di diritti e libertà con conseguenze negative che possono estendersi oltre il tempo strettamente necessario a superare l'emergenza, sono problematiche oggettivamente connesse ad ogni situazione eccezionale e difficilmente evitabili.

Di fronte al proliferare dei rischi e al dilagare della paura, di fronte alla crisi della sovranità statale, alla crisi della democrazia, alla conflittualità tra i livelli di potere, le "vecchie" ordinanze rappresentano uno strumento ambiguo, pericoloso, ma insostituibile.

Del resto, come ha messo bene in evidenza Paolo Grossi¹⁰² sembra che oggi più che di crisi del diritto, si debba parlare di «*crisi del modo con cui abbiamo voluto inchiodare (e ridurre) le sue fonti. Abbiamo predicato tanto (e lo abbiamo insegnato quale verità indiscutibile alle matricole del primo anno di Giurisprudenza) sui gloriosi caratteri della legge: generalità, astrattezza, rigidità. E ci troviamo in mano forse un pugno di mosche, ma certamente strumenti spesso inservibili. Mentre ci offrono un indispensabile servizio fonti che esprimono il particolare e il concreto e che sono dotate di una ormai necessaria elasticità [...] La fattualità, la commistione coi fatti è il tratto distintivo del tempo giuridico pos-moderno, intridendolo di indubbi arricchimenti, rendendolo consonante all'odierno contesto, ma rendendolo indubbiamente anche insicuro [...] Se il mare è mosso, è ancor più necessario un timone che non si irrigidisca, ma corrisponda con duttile energia alla mobilità delle onde. Quel timone - ne sono certo - è per noi la teorica dell'ordinamento giuridico, strumento duttile che si presta a rivestire la pluralità e a disciplinarla senza soffocarla. Io credo che Santi Romano abbia offerto nel 1918 il primo compiuto manifesto di un tempo giuridico*

102 P. Grossi, *Le sfide contemporanee*, in Id., *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, p. 115 e ss.

pos-moderno, presagendo un futuro nel quale lo Stato, gli Stati avrebbero visto decrescere il loro ruolo di monopolizzatori del "giuridico". Oggi, 2018, deponendo il culto di decrepite mitologie, dobbiamo cominciare a rivedere il principio di legalità non misurandolo antistoricamente sulla sola volontà dello Stato, ma adattandolo realisticamente al "reale" pluri-ordinamentale in cui siamo immersi».

Ecco dunque che anche le ordinanze *extra ordinem* costituiscono uno strumento che va letto alla luce di questo particolare momento storico.

Esse possono contenere provvedimenti particolarmente riduttivi dei diritti e delle libertà dei cittadini e l'unica garanzia, per questi ultimi, pare essere rappresentata dal controllo successivo, (lento e costoso), della magistratura, che, come per tutti gli atti amministrativi, è chiamata, con i suoi diversi gradi di giudizio, ad un importante (ed esclusivo) ruolo di garante della legittimità, della discrezionalità amministrativa (comprendendo ovviamente anche la valutazione di proporzionalità, di ragionevolezza, di adeguatezza) e, in definitiva, della complessiva tenuta del sistema democratico.

Stante questo non sempre sufficiente potere di controllo successivo, per arginare la discrezionalità e la pericolosità delle ordinanze contingibili e urgenti, sembra necessaria un'applicazione sempre più ampia, ma ragionevole¹⁰³ dei principi di prevenzione e precauzione, già introdotti dalla legislazione internazionale ed europea, che pur suscitando non poche perplessità circa la loro concreta operatività¹⁰⁴,

103 F. De Leonardis, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *federalismi.it*, 31 ottobre 2006.

104 I principi in questione non appaiono privi di aporie e contraddittorietà: «*perché le misure regolative da adottare genererebbero, a loro volta, nuovi rischi, con effetti paralizzanti: da un lato proibendo l'adozione di misure regolative, dall'altro consigliando di mantenere fermo lo status quo*» (C. R. Sunstein, *Il diritto della paura*, Bologna 2010). In altre parole, l'A. dimostra, portando a sostegno delle sue tesi molteplici esempi, come il principio di precauzione può finire per essere paralizzante: il divieto di effettuare una determinata attività (in forza del principio di precauzione)

hanno fatto ingresso da tempo anche nel nostro ordinamento.

Ma un modo per garantire proporzionalità e adeguatezza delle stesse è dato anche e soprattutto dall'applicazione del principio di sussidiarietà, che operando come "un ascensore"¹⁰⁵, è in grado di allocare, in un sistema ordinamentale multi-livello¹⁰⁶, anche il potere di ordinanza presso l'organo decisionale più adeguato, consentendo laddove possibile, all'autorità più vicina ai cittadini di intervenire tenendo conto delle specifiche esigenze della comunità e della realtà locale.

Dal canto suo la comunità locale è in grado di contestare più efficacemente ovvero di far sentire la

porta spesso con sé altri rischi, che derivano proprio dal mancato svolgimento di quella attività, per impedire i quali bisognerebbe invece consentirla. Sunstein propone allora l'utilizzazione di un "principio anticatastrofale", il quale costituirebbe uno strumento di *extrema ratio* da utilizzare in modo limitato alle sole situazioni di esposizione ad un rischio potenzialmente catastrofico, con conseguenze non stimabili ed effetti dannosi irreversibili.

105 Si fa ovviamente riferimento alla nota sentenza della Corte Costituzionale 25 settembre - 1 ottobre 2003 n. 303, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritto costituzionale - Casebook*, cit., p. 999.

106 L'amministrazione dell'emergenza compete ovviamente ad una pluralità di soggetti che agiscono con modalità differenti, ma tutte con un unico scopo: prevenire e/o riparare. Cfr. A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 224.

propria voce di dissenso più facilmente nei confronti degli amministratori a loro vicini, in caso di sproporzione, illogicità e irragionevolezza del provvedimento.

A tal proposito la Corte Costituzionale¹⁰⁷ ha avuto modo di precisare come l'attribuzione di poteri d'ordinanza al Prefetto da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri non può prescindere dal raggiungimento dell'intesa con le Regioni¹⁰⁸, in attuazione della corretta ripartizione delle competenze, ma anche del principio di leale collaborazione e di sussidiarietà.

Certo di fronte ai problemi che superano i contesti addirittura nazionali è evidente che la decisione deve essere assunta a livello statale e addirittura sovranazionale, ma il dialogo e la leale collaborazione fra le varie istituzioni assume un elemento centrale del sistema ordinamentale odierno. Torna quindi il problema dei raccordi, dell'efficacia delle intese e delle sedi dove esercitare il dialogo fra centro e periferia, su cui sarà necessario tornare a riflettere per inventare - a

107 Nella già richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 127 del 5 aprile 1995 in *Riv. giur. Ambiente*, 1997, p. 258, con nota di A. Morrone, si chiarisce come esorbita dalle attribuzioni dello Stato, per fronteggiare lo stato di emergenza, introdurre indicazioni che conferiscano ad organi amministrativi poteri d'ordinanza tali da derogare a settori di normazione primaria che non siano adeguatamente circoscritti nell'oggetto, e tali da derogare a leggi fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale, senza prevedere l'intesa con la Regione per la programmazione generale degli interventi. L'ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri 8 novembre 1994, che delega il prefetto di Bari ad attivare e a realizzare tutti gli interventi necessari a fronteggiare la situazione di emergenza, anche in deroga a norme statali che disciplinano il riparto di attribuzioni e a norme regionali, va quindi annullata nella parte in cui prevede solo il parere e non l'intesa con la Regione per la programmazione degli interventi, e nella parte in cui ammette, al di fuori di quel nesso di congruità e proporzione che deve sussistere con l'evento che giustifica la dichiarazione dello stato di emergenza ambientale, la deroga degli atti normativi primari indicati nella stessa ordinanza, per violazione dei limiti costituzionali del potere di ordinanza, che valgono anche a garanzia delle attribuzioni regionali.

108 E. Frontoni, *Corte costituzionale e collaborazione fra Stato e Regioni: da intese "forti" a "fortissime"*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 397 e ss.

Costituzione invariata - nuove architetture istituzionali più efficaci ed efficienti¹⁰⁹.

Anche e soprattutto per quanto riguarda le ordinanze *extra ordinem*, dunque, la “chiamata” in sussidiarietà, (secondo i noti canoni di dinamicità/flessibilità), appare processo ineludibile per garantire congrui provvedimenti straordinari a tutela della *salus publica*, attraverso le procedure concertative e di leale collaborazione fra i diversi centri decisionali che caratterizzano oggi il nostro ordinamento.

109 Mi sia consentito il rinvio al mio S. Budelli, *Anatomia dei raccordi nell'assetto policentrico*, Torino, 2006. A costituzione invariata i problemi dei raccordi istituzionali fra centro e periferia sono rimasti ancora tutti sul tavolo delle riforme da attuare.