

# Osservatorio sulle fonti

## IL RAPPORTO TRA ORDINANZE DEL GOVERNO E DECRETI-LEGGE ALLA LUCE DELLA PRASSI PIÙ RECENTE E DELLE MODIFICHE ORDINAMENTALI DEL POTERE *EXTRA ORDINEM*: ALCUNE TENDENZE COSTANTI CHE VANNO OLTRE LE “NUOVE” DINAMICHE DELLA NORMAZIONE AL TEMPO DELLA CRISI ECONOMICA<sup>1</sup>

di *Andrea Cardone*<sup>2</sup>

SOMMARIO: 1. Una prospettiva per lo studio del potere di ordinanza. – 2. Ordinanze e decreti-legge nella prassi. – 3. La tesi dell'incostituzionalità delle ordinanze per violazione dell'art. 77 Cost. – 4. I tentativi di inquadramento dogmatico del potere di ordinanza tra teorie della validità costituzionale e ricostruzioni del sistema delle fonti. – 5. Tre motivi per criticare la tesi dell'incostituzionalità: ancora sulla prassi. – 5.1. (Segue): il silenzio della Costituente sui poteri *extra ordinem*. – 5.2. (Segue): il fondamento costituzionale delle ordinanze contingibili e urgenti. – 6. Un “capitolo a parte”.

*The essay proposes a reflection of relationships between the law-decrees and urgent Government orders, having particular regard to how the issue has been addressed in the Constituent Assembly and its evolution in the practice developed by Republican executive experience and the newer, subsequent allocation of power to the Head of Department of Civil Protection (Decree Law no. 59/2012). According to this analysis, therefore, will be retraced the dogmatic attempts of the power to order between theories of constitutional validity and the sources of law system reconstructions, trying to isolate the "distortions" of the practice, to contextualize the phenomenon in the broader evolution of the standard-setting instruments in the crisis context and, finally, to support the full constitutionality recognition of Government extra power ordinem within the contemporary pluralistic systems.*

---

<sup>1</sup> Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento tenuto al convegno di studi dal titolo: “Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica”, svoltosi a Pisa l’11-12 gennaio 2016. Il convegno ha rappresentato uno dei momenti conclusivi dell’unità locale pisana (coordinata dal prof. Rolando Tarchi) della ricerca PRIN 2010-2011 “Istituzioni democratiche e amministrazioni d’Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica” (responsabile scientifico: Prof.ssa Alessandra Pioggia – Università di Perugia). Lo scritto, prima di essere inviato alla Rivista è stato sottoposto a referaggio da parte dei responsabili scientifici nazionale e locale ed da revisori esterni selezionati dal responsabile dell’unità.

<sup>2</sup> Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l’Università degli Studi di Firenze

# Osservatorio sulle fonti

## 1. Una prospettiva per lo studio del potere di ordinanza

Scopo delle considerazioni che seguono è quello di evidenziare le ragioni per cui il rapporto tra ordinanze e decreti-legge rappresenta, a parere di chi scrive, la frontiera, ad oggi, più attuale per studiare le problematiche del potere *extra ordinem*. E ciò sia per quanto riguarda le questioni che si originano dall'analisi della prassi, sia per ciò che concerne le problematiche di ordine teorico che attengono all'inquadramento sistematico dell'istituto, nonché – in definitiva – alla risoluzione (o al tentativo di risoluzione) del dubbio di fondo che da sempre aleggia nella trattazione del tema, relativo alla sua compatibilità, o meno, con il quadro costituzionale.

Chi scrive ha già dedicato a tale riflessione alcuni precedenti sforzi<sup>3</sup>. Il presente contributo mira a sviluppare i risultati raggiunti in quelle occasioni alla luce delle più recenti evoluzioni della prassi, dell'ultima modifica ordinamentale che ha interessato sul piano della produzione normativa il sistema di protezione civile (ovvero, l'attribuzione del potere di adottare ordinanze al Capo di Dipartimento della Protezione Civile: cfr. d.l. n. 59 del 2012), nonché della tendenza, sempre più diffusa in dottrina e di cui i presenti Atti ben indagano i risvolti, a studiare come è cambiata la produzione normativa nel contesto della crisi economica.

Nella prospettiva appena dichiarata, è possibile individuare, fin da subito, due motivi in virtù dei quali il rapporto fra ordinanze e decreti-legge assume questo grado di attualità e si presta, dunque, ad essere utilizzato come chiave di lettura del fenomeno nel suo complesso.

## 2. Ordinanze e decreti-legge nella prassi

Il primo motivo attiene proprio all'evoluzione dell'istituto nella prassi. Se si analizza, infatti, lo sviluppo che ha contraddistinto il potere di ordinanza del Governo individuando, quale *dies a quo*, il 1992 - anno di entrata in vigore della legge n. 225, istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione Civile - si da poter fare riferimento ad un arco temporale sufficientemente ampio ed omogeneo dal punto di vista della stabilità della, seppur sintetica, disciplina legislativa dell'istituto, è possibile riscontrare che il rapporto fra ordinanze e decreti-legge è significativamente cambiato rispetto al passato. Lo testimonia la circostanza che la prassi denota una serie di forme di relazione e di interazione fra questi due istituti del tutto nuove rispetto all'esperienza precedente.

Analizzando la prassi sul punto si scopre, innanzitutto, che in molti casi il potere di ordinanza e quello di decretazione di urgenza vengono avvertiti dal Governo come strumenti fungibili; vale a dire come mezzi indifferentemente utilizzabili per fronteggiare situazioni di emergenza. Il primo episodio in cui viene in rilievo questa fungibilità risale al 1995 e si collega all'emergenza per l'esodo degli immigrati

---

<sup>3</sup> Cfr., in particolare A. CARDONE, *Il rapporto tra le ordinanze del governo e i decreti-legge* in ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI, *Quaderno n.22. Seminario 2011*, Giappichelli, Torino, 2013.

# Osservatorio sulle fonti

provenienti dall'Albania<sup>4</sup>. In tale occasione, per la prima volta il Governo decide di fronteggiare l'emergenza contestualmente con l'adozione di un decreto-legge e con la dichiarazione dello stato di emergenza, che, come noto, secondo l'impianto della legge istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione Civile (cfr. art. 5, l. n. 225/1992), rappresenta il presupposto giuridico per l'attivazione del potere *extra ordinem*, potendo l'ordinanza di protezione civile essere adottata dal Presidente del Consiglio dei Ministri (oggi, come detto, dal Capo di Dipartimento) solo previa deliberazione dello stato di emergenza<sup>5</sup>. Questa fungibilità tra i due istituti emerge chiaramente anche dalla più recente vicenda relativa all'alluvione che ha colpito la Regione Emilia Romagna nel gennaio 2014<sup>6</sup>, nonché dall'emergenza generata dai migranti provenienti dal Nord Africa sul territorio nazionale<sup>7</sup>; vicende in cui alla dichiarazione dello stato di emergenza hanno fatto seguito prima decreti-legge volti a stanziare risorse per far fronte all'emergenza e, poi, nell'immediatezza, ordinanze di protezione civile tese ad effettuare la distribuzione delle somme ed a prevedere interventi concreti.

Per quanto qui di più prossimo interesse, vale la pena mettere in evidenza che tale tendenza a considerare indifferente l'uso dei due strumenti appare, però, limitata in relazione ai fattori di crisi propriamente economica, laddove il decreto-legge resta lo strumento di intervento governativo pressoché esclusivo quando la crisi economica non comporta l'insorgenza di specifici (dal punto di vista spaziale e temporale) ed ulteriori contesti emergenziali, prevalentemente di tipo sociale o ambientale<sup>8</sup>.

Con questa precisazione, vale la pena di osservare come, ancora, si assista frequentemente ad ipotesi di ordinanze che derogano decreti-legge adottati per fronteggiare le emergenze. In tali casi, a fronte del verificarsi del contesto emergenziale, dapprima il Governo approva il decreto-legge e dopo, indipendentemente dal fatto che esso sia già stato convertito, provvede a derogarlo mediante ordinanza, come ad

---

<sup>4</sup> Sulla vicenda cfr., nello specifico, G. MARAZZITA, *Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania*, in *Giur. Cost.*, 1997, 2099 ss.

<sup>5</sup> È appena il caso di evidenziare in questa sede che tale deliberazione non ha natura meramente dichiarativa della presenza dei presupposti materiali per l'attivazione del potere d'ordinanza, bensì costitutiva della qualificazione della situazione di fatto, necessaria affinché si producano gli effetti a essa collegati dall'ordinamento. Per approfondimenti su questa tesi sia consentito un rinvio al mio A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 165 ss.

<sup>6</sup> In seguito agli eventi alluvionali verificatisi tra il 17 e il 19 gennaio 2014, infatti, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2014 è stato dichiarato lo stato di emergenza, ma poco dopo il Governo è intervenuto nuovamente con il decreto-legge 12 maggio 2014, n. 74, recando misure urgenti in favore della popolazione regionale e fornendo lo strumento per assicurare l'operatività del fondo per le emergenze nazionali.

<sup>7</sup> In tale circostanza, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 febbraio 2011 è stato dichiarato lo stato di emergenza, prorogato con ulteriore decreto del 6 ottobre 2011 fino al 31 dicembre 2012, mentre il d.l. 6 luglio 2012, n. 95 ha poi stanziato ulteriori risorse utili ad affrontare l'emergenza dovuta all'eccezionale afflusso di cittadini provenienti dai paesi del Nord Africa.

<sup>8</sup> Sul punto, di recente, si vedano i contributi contenuti nel volume da R. CALVANO (a cura di), *"Legislazione governativa urgenza" e crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, soprattutto quelli di G. RIVISECCHI, *Decretazione d'urgenza e governo dell'economia*, ivi, 119 ss. e F. BILANCIA, *Decreto-legge come strumento di attuazione del diritto UE dell'emergenza finanziaria. Riflessioni conclusive*, ivi, 219 ss.

# Osservatorio sulle fonti

esempio accaduto, da ultimo, nel marzo 2012 con l'ennesima ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri adottata per fronteggiare l'emergenza dovuta al terremoto in Abruzzo<sup>9</sup>. Occorre, tuttavia, segnalare che la prassi più recente testimonia sul punto un'inversione di tendenza, come dimostra la circostanza che, a partire dal 2013 (fino ad oggi), non si riscontrano più casi di ordinanze che derogano decreti legge già adottati per fronteggiare le medesime situazioni di emergenza.

Al contrario, però, si assiste anche a casi in cui vengono adottate ordinanze la cui efficacia viene gestita nel tempo attraverso decreti-legge, i quali intervengono a paralizzare, sospendere, prorogare, l'efficacia di ordinanze precedentemente adottate.

In realtà, il fenomeno dell'interazione fra i due istituti era già noto alla prassi precedente. Il riferimento è ai ripetuti conferimenti del potere di ordinanza che furono operati con decreto-legge per fronteggiare l'emergenza derivante dal terremoto in Basilicata e Campania nel 1980<sup>10</sup>. La tecnica dell'attribuzione del potere di ordinanza attraverso decreti-legge continua ad essere praticata ancora oggi. Tuttavia, vale la pena chiedersi cosa ci sia di nuovo rispetto all'esperienza precedente. Ciò poiché, nel frattempo, è intervenuta una significativa novità rispetto al contesto in cui era maturata quella prassi, ossia – come già accennato in precedenza – il fatto che nel nostro ordinamento sia stata introdotta una disciplina generale del potere di ordinanza del Governo. Conseguentemente, dopo il 1992, sarebbe stato lecito ritenere, in coerenza con i canoni del sistema delle fonti, che il conferimento del potere di ordinanza fosse stato effettuato dal legislatore una volta per tutte, in via generale e astratta. E, invece, nella prassi si riscontra che norme attributive dei poteri di ordinanza continuano ad essere poste attraverso la decretazione d'urgenza, nonostante l'esistenza di una disciplina generale che già autorizza il Governo ad adottare misure contingibili e urgenti per

---

<sup>9</sup> Cfr. d.l. 28 aprile 2009, n. 39, recante «*Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella Regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile*», pubblicato in *G.U.* 28 aprile 2009, n. 97. Al decreto legge hanno fatto seguito un consistente numero di ordinanze, da ultimo l'Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile 20 settembre 2012 n. 20. Da qui in avanti, per praticità, tali ordinanze verranno abbreviate con la dicitura O.C.D.P.C., mentre con O.P.C.M. saranno indicate le («vecchie») Ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri.

<sup>10</sup> In tale occasione sono stati attribuiti al Ministro poteri d'ordinanza per il coordinamento della protezione civile. Il ricorso alla decretazione d'urgenza attributiva dei poteri d'ordinanza è stato seguito da un ulteriore decreto-legge che ha assegnato al Ministro per il coordinamento della protezione civile il compito di provvedere «*alle attività necessarie per il completamento delle iniziative avviate nella fase della emergenza dal Commissario per le zone terremotate*» ed ha espressamente previsto che «*a tali fini il Ministro conserva i poteri previsti dall'art. 1 dello stesso decreto legge*» (d.l. 6 novembre 1980, n. 776). La dottrina ha già adeguatamente messo in evidenza che, in quella circostanza, nonostante i richiami formali alla legge del 1970, i decreti-legge hanno introdotto istituti inediti, attribuendo ai commissari un ampio potere derogatorio che ha loro consentito di individuare le misure di volta in volta necessarie e di attuarle senza doversi preoccupare del rispetto delle competenze locali. *Amplius*, M.P. SPANO, P. PINNA, *Le ordinanze del Ministro per il coordinamento della protezione civile*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1992, 433, in cui si osserva anche (è Pinna che scrive) che spesso il ricorso alla qualificazione degli atti commissariali in termini di ordinanza non testimonia il carattere straordinario dei poteri esercitati.

# Osservatorio sulle fonti

fronteggiare le emergenze, come accaduto nella recente vicenda legata al superamento delle criticità dovute a gravi eventi metereologici in Veneto<sup>11</sup>.

Ma v'è di più. In taluni casi, infatti, il decreto-legge non si limita ad autorizzare il Governo ad esercitare poteri *extra ordinem*, ma interviene esso stesso per conformare il potere di ordinanza sia dal punto di vista procedurale, sia dal punto di vista sostanziale. Dal punto di vista procedurale ciò è avvenuto, ad esempio, richiedendo adempimenti formali che la legge istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione Civile nel testo originario non prevedeva, come nel caso delle ordinanze che comportano impegni di spesa, in relazione alle quali è stata prevista, con il decreto-legge n. 225/2010, l'adozione previo parere del Ministro delle Finanze. Dal punto di vista sostanziale, invece, tale potere conformativo si è esplicitato limitando l'ambito di applicabilità del generale potere d'ordinanza attribuito dalla legge. Significativo al riguardo è il caso del d.l. n. 39/2009, primo dei decreti-legge adottato per fronteggiare l'emergenza originatasi con il terremoto in Abruzzo del 6 aprile 2009, che ha attribuito un potere di ordinanza specifico e limitato quello di protezione civile solamente agli interventi da realizzarsi in quei territori comunali in cui il sisma aveva raggiunto una determinata intensità. È stata, cioè, fissata una soglia di intensità e viene circoscritto, tramite essa, l'ambito materiale di applicabilità del potere di ordinanza attribuito in via generale e astratta dal legislatore. Merita segnalare che nella prassi più recente non mancano esempi in cui, anziché con decreto legge, si procede direttamente con ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile a conformare il potere *extra ordinem*. Paradigmatiche a tal riguardo le ordinanze volte a ripartire i contributi per gli interventi di prevenzione del rischio sismico per gli anni 2012 e 2013, che fissano direttamente la soglia di pericolosità sismica di base che giustifica l'accesso dei singoli Comuni alle risorse stanziare<sup>12</sup>.

Altro nuovo fenomeno di interazione sul quale merita soffermarsi è quello che si riferisce ai tentativi, spesso portati a compimento, di riforma del sistema della protezione civile (per quanto riguarda, naturalmente, i poteri derogatori) attraverso decretazione d'urgenza. In tali ipotesi, con decreto-legge non solo si conferiscono poteri contingibili e urgenti, non solo si circoscrivono poteri di ordinanza già attribuiti, ma si riforma anche il sistema, generale ed astratto, che disciplina ordinariamente l'attribuzione del potere di ordinanza. I casi sono assai frequenti. Vale la pena al riguardo citare quattro vicende, poiché sono quelle che hanno avuto il maggior impatto ordinamentale.

Il caso più importante è, senza dubbio, quello relativo al d.l. n. 343/2001, che ha autorizzato il Governo, in particolare il Presidente del Consiglio in quanto titolare della funzione di Protezione Civile, a spendere poteri di ordinanza per l'organizzazione dei cosiddetti "grandi eventi".

---

<sup>11</sup> Si veda quanto disposto e attribuito dall'O.C.D.P.C. 26 settembre 2007, n. 3347.

<sup>12</sup> A titolo esemplificativo si vedano O.C.D.P.C. 20 febbraio 2013, n. 52, relativa ai contributi per gli interventi di prevenzione del rischio sismico per l'anno 2012, e O.C.D.P.C. 19 giugno 2014, n. 171 per l'anno 2013.

# Osservatorio sulle fonti

Ma vi sono almeno altre tre modifiche ordinamentali del sistema derogatorio della protezione civile che meritano di essere ricordate proprio perché introdotte con decreto-legge. La prima è quella che è stata realizzata con il d.l. n. 90/2005, che ha esteso i poteri di ordinanza ai cosiddetti interventi di protezione civile all'estero. La seconda è quella operata con il d.l. n. 345/2002, che è intervenuto su un aspetto delicatissimo, quale quello della necessità della previa delibera consiliare, prevedendo che, in determinati casi eccezionali, nei quali incombe il pericolo per la vita degli individui, il potere di ordinanza possa essere esercitato anche prima, e quindi anche indipendentemente, dalla deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri.

Infine, la terza, apportata con il già citato d.l. n. 59/2012, che ha attribuito al Capo Dipartimento della Protezione Civile la competenza ad adottare, d'intesa con le Regioni interessate, le ordinanze per la realizzazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza e curarne l'attuazione, sottraendo così il potere *extra ordinem* alla diretta disponibilità del Presidente del Consiglio. A seguito di questa riforma "ordinamentale" la prassi mostra, come ovvio, da un lato, la repentina scomparsa delle ordinanze della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dall'altro, l'epifania di quelle adottate dal Capo Dipartimento della Protezione Civile. Basti precisare al riguardo che il numero delle ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile tra il 2013 ed il 2015 si aggira intorno alle trecento, mentre la Presidenza del Consiglio, in attuazione del suo nuovo ruolo, si è limitata ad adottare note e circolari di indirizzo per il Dipartimento<sup>13</sup>.

Ma, probabilmente, l'aspetto più interessante dell'evoluzione dei rapporti fra ordinanze governative e decreti-legge si coglie provando ad analizzare la prassi dal punto di vista della sua dimensione funzionale. Se si guarda, cioè, a questi due istituti in relazione alle funzioni che il Governo esercita attraverso di essi ed agli obiettivi che persegue mediante il loro utilizzo. Da questo angolo visuale ci si rende conto, innanzitutto, che il ricorso al potere d'ordinanza tende a concorrere, fino, in taluni casi, a soppiantarli, con il potere di decretazione in relazione alla funzione tradizionale di provvedere per il caso straordinario di necessità ed urgenza di natura calamitosa. L'analisi della prassi dimostra, infatti, che, a fronte di un evento calamitoso, i decreti-legge sono sempre meno frequenti e sempre di più lo è, invece, il ricorso alle ordinanze, come accaduto per i terremoti che hanno colpito la Regione Toscana tra il 2013 ed il 2015, per l'emergenza idrica a Messina e le gravi avversità atmosferiche in Abruzzo nel 2015<sup>14</sup>. Lo stesso si può dire per le emergenze di tipo ambientale; circostanza che non

---

<sup>13</sup> Sulla prassi precedente in tema di atti di indirizzo sia consentito un rinvio ad A. CARDONE, *La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 marzo 2011 in materia di deliberazione dello stato di emergenza e di adozione ed attuazione delle ordinanze di protezione civile*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2011.

<sup>14</sup> Nello specifico si fa riferimento, nel caso di Messina, all'O.C.D.P.C. 13 novembre 2015, n. 297 e per il maltempo abruzzese di febbraio e marzo 2015 all'O.C.D.P.C. 26 maggio 2015, n. 256. L'ordinanza volta a fronteggiare le eccezionali avversità atmosferiche che il giorno 5 marzo 2015 hanno colpito il territorio delle Province di Firenze, Arezzo, Lucca, Massa Carrara, Prato e Pistoia è invece l'O.C.D.P.C. 25 maggio 2015, n. 255.

# Osservatorio sulle fonti

deve sorprendere, per lo meno per due ragioni. In primo luogo, perché queste attività ricadono nella funzione istituzionale della decretazione di urgenza e, da quando è in vigore la Costituzione, alle calamità naturali si è sempre provveduto con decreto-legge nel rispetto dell'articolo 77 Cost. Secondariamente, perché queste funzioni rientrano nel d.n.a. del potere di ordinanza della protezione civile, che, anzi, proprio in questo vede la propria dimensione originaria.

Sorprende, all'opposto, constatare che il potere d'ordinanza viene sempre più spesso utilizzato dal Governo per perseguire alcune finalità divenute proprie del decreto-legge solo per effetto di un'evoluzione funzionale dell'istituto che, almeno secondo l'opinione della maggioranza della dottrina, crea un qualche attrito con la configurazione costituzionale dell'art. 77 Cost.

Il riferimento è, ad esempio, alla cosiddetta decretazione d'urgenza per fini di manutenzione legislativa<sup>15</sup>, attraverso cui il Governo provvede a fissare, prorogare o accelerare termini, oppure ad introdurre regimi transitori di leggi che non dettano una disciplina intertemporale. Anche rispetto a queste finalità, che esulano da quella che Enzo Cheli ha definito "la funzione tecnica del decreto-legge"<sup>16</sup>, e perciò già estranee al (e di difficile compatibilità con) il dettato costituzionale, si manifesta la stessa tendenza ad usare lo strumento dell'ordinanza come fungibile rispetto al decreto-legge. Conseguentemente, si assiste sempre più frequentemente ad ordinanze che accelerano termini, ad ordinanze che ne prorogano la scadenza (ci si riferisce qui ai termini di legge, non ai termini finali dell'efficacia di altre ordinanze, la cui proroga dà luogo ad un distinto fenomeno, di cui si darà conto appresso), ad altre ancora che, nell'esercizio della loro potestà sospensiva, derogano le norme di legge che prevedono termini, nonché ad ordinanze che introducono regimi transitori.

Ci sono poi ordinanze - ed anche questa è una delle dimensioni funzionali che il decreto-legge ha acquisito per effetto della prassi, non senza critiche da parte della dottrina più accorta che ne ha messo in dubbio la rispondenza rispetto ai presupposti costituzionali<sup>17</sup> - in materia di politica estera militare. Si intende fare riferimento alle misure in supporto alle missioni di partecipazione a contingenti militari, soprattutto di forze internazionali, che l'ordinamento pone in essere al di fuori del territorio della nostra Repubblica. In tali casi, l'intervento militare vero e proprio segue i canali ordinari, mentre l'attività *a latere* (per esempio i servizi umanitari, la raccolta di beni per il sostegno alle popolazioni, tradizionalmente effettuata con decreto-legge) viene disposta e disciplinata con ordinanza. Basti ricordare al riguardo le ordinanze di protezione civile che hanno previsto interventi urgenti per fronteggiare la grave crisi umanitaria delle popolazioni provenienti dalla Repubblica araba di Siria e rifugiatesi nel

---

<sup>15</sup> Su cui si veda, per tutti, N. LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i decreti-legge «milleproroghe»*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006, 173 ss.

<sup>16</sup> E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, 460.

<sup>17</sup> A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 2003, 361 e 364, nota 64.

# Osservatorio sulle fonti

territorio giordano<sup>18</sup>. Anche in questo campo, dunque, si realizza una sorta di “devoluzione di funzioni” dalla decretazione di urgenza al potere di ordinanza. Il medesimo fenomeno devolutivo si realizza, altresì, nella prassi più recente, in riferimento ai numerosi interventi all'estero per il sostegno di popolazioni colpite da calamità naturali; a prescindere, quindi, dalla partecipazione ad azioni militari, come è accaduto in occasione dell'evento sismico che ha colpito il Nepal nel 2015 o del tifone Haiyan che ha colpito le Filippine nel 2013<sup>19</sup>.

Un aspetto di queste interazioni, in particolare, merita di essere rimarcato in questa sede. Si intende fare riferimento alla circostanza che pare possibile collocare tale fenomeno di progressivo affiancamento dell'ordinanza al decreto-legge, fin qui descritto senza particolari accenni dal punto di vista quantitativo, all'interno di uno specifico arco temporale. È individuabile, infatti, un momento storico ben preciso nel quale si assiste a questa sorta di “passaggio di consegne”. Se si effettua il tentativo di descrivere con un grafico l'evoluzione quantitativa di decreti-legge e ordinanze governative, si vede chiaramente che le linee che rappresentano l'andamento del ricorso ai due strumenti si incrociano in un punto, il quale descrive il momento in cui, per così dire, “il decreto-legge dà il testimone all'ordinanza”. Ed è significativo che questo momento si dati, in relazione a tutte le tipologie fin qui considerate, nel 1996, anno in cui, come noto, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 360, è intervenuta a censurare la prassi della reiterazione dei decreti-legge. La coincidenza degli eventi appare in questo caso come la metafora di un'ideale successione, rendendo verosimile il sospetto che il Governo, quando ha avvertito che lo strumento del decreto-legge, proprio perché sottoposto a controllo di ammissibilità con riguardo alla reiterazione, andava progressivamente perdendo la propria flessibilità e duttilità, ha iniziato ad usare massicciamente lo strumento del potere d'ordinanza. Quest'ultimo, infatti, presenta tutt'oggi un notevole grado di flessibilità, in quanto non sottoposto ai controlli cui soggiace, invece, il decreto-legge: non al controllo parlamentare, non al controllo del Capo dello Stato, né in funzione di emanazione, né in alcuna altra sede. Esso è sottoposto solamente al controllo preventivo di legittimità sugli atti normativi dello Stato da parte della Corte dei Conti, che ad oggi si può considerare il solo presidio della legalità delle ordinanze di protezione civile.

### *3. La tesi dell'incostituzionalità delle ordinanze per violazione dell'art. 77 Cost.*

---

<sup>18</sup> In particolare l'O.C.D.P.C. 8 agosto 2013, n. 111, *Disposizioni urgenti per fronteggiare la grave crisi umanitaria nel Regno Hascemita di Giordania*, con cui è stato previsto un intervento con finalità umanitarie tramite la realizzazione di una struttura sanitaria per garantire primo soccorso, assistenza medica, medico-specialistica e chirurgica.

<sup>19</sup> Cfr., rispettivamente, O.C.D.P.C. 13 maggio 2015, n. 251, concernente la donazione di beni e attrezzature al fine di assicurare il soccorso e l'assistenza alla popolazione nepalese in seguito all'evento sismico verificatosi il 25 aprile 2015 e O.C.D.P.C. 15 novembre 2013, n. 120, in favore degli abitanti della Repubblica delle Filippine colpiti dalla catastrofe.

# Osservatorio sulle fonti

Alla luce di queste considerazioni è possibile comprendere il secondo motivo per cui, come si è già avuto modo di osservare, è interessante affrontare le problematiche dei limiti e del fondamento costituzionale del potere di ordinanza dallo specifico punto di vista del rapporto con la decretazione d'urgenza. Tale seconda ragione si apprezza alla luce del rilievo che, proprio osservando la prassi fin qui sommariamente descritta, la dottrina ha iniziato a riflettere sulla costituzionalità di questo potere, o, per meglio dire, sulla legittimità costituzionale della sua disciplina introdotta con la legge n. 225/1992. Mentre, infatti, come si evidenzierà più avanti nella trattazione, quello sulla costituzionalità del potere di ordinanza *tout court* è un dibattito piuttosto risalente, ancorché in parte sopito nel generale riconoscimento, da un lato, che le ordinanze contingibili ed urgenti, se rispettose del carattere amministrativo predicato dalla giurisprudenza costituzionale fin dalla sentenza n. 8/1956, possono essere considerate compatibili con il principio di legalità, dall'altro, che le medesime non rispettano il principio di tipicità, ma rispettano comunque il principio di legalità, avendo una base legale nella legge istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione Civile (che contiene anche la disciplina minima degli adempimenti formali che le ordinanze devono soddisfare), proprio l'interazione fra ordinanze e decreti-legge ha, invece, spinto la dottrina ad interrogarsi in termini diversi su questo problema.

Al riguardo, non è mancato chi ha avanzato, in maniera piuttosto radicale, la tesi che le ordinanze contingibili ed urgenti del Governo, ed in particolar modo le ordinanze di protezione civile, debbano essere considerate incostituzionali perché le relative norme attributive, come quelle della legge n. 225/1992, sono lesive della "riserva di decreto-legge" di cui all'art. 77 Cost. Ritieni questa dottrina, che fa capo principalmente a Giuseppe Marazzita<sup>20</sup> – il quale sviluppa alcuni spunti che erano già stati avanzati nelle immediatezze dell'entrata in vigore della legge n. 225/1992 da Giuseppe Ugo Rescigno<sup>21</sup> – che la Costituzione consideri una sola fonte abilitata ad incidere sulle norme primarie per motivi di emergenza e che questa fonte sia il decreto-legge. Secondo questa impostazione, dunque, la legge istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione Civile, nella misura in cui ha preteso di attribuire ad un altro istituto la stessa capacità derogatoria che la Costituzione riserva al decreto-legge, avrebbe leso questa sorta di "privativa", la quale sarebbe una riserva di fonte (decreto-legge) e non una riserva di organo (Governo).

Trattasi di una tesi, quest'ultima, che trova appigli piuttosto solidi proprio nella prassi. E ciò in quanto è nella prassi che si notano, perlomeno, due tendenze del potere governativo di ordinanza che dimostrano come sia andata progressivamente perdendosi la differenza fra sospensione e deroga del diritto vigente. Secondo l'impostazione tradizionale, infatti, la differenza tra decreto-legge ed ordinanza dovrebbe vivere lungo il crinale della distinzione fra sospensione e deroga: l'ordinanza di necessità e urgenza non deroga le norme primarie, ma ne sospende momentaneamente l'applicabilità,

---

<sup>20</sup> G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale: definizioni e modelli*, A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, 443 ss.

<sup>21</sup> G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Noviss. dig.*, XII, Torino, 1965, 94.

# Osservatorio sulle fonti

mentre la forza derogatoria è propria solo della fonte di pari rango, cioè il decreto-legge. Questa distinzione fra sospensione e deroga viene, nella prassi, a mancare per due fondamentali ragioni.

La prima è che ormai esiste ed è in atto - sarebbe mistificante negarlo - una deriva paranormativa del potere di ordinanza. Le ordinanze, ormai, si pongono come vere e proprie regole generali ed astratte, suscettibili non solo di applicazione ripetuta, ma anche utilizzate per disciplinare più fattispecie contestualmente (si pensi alle cosiddette ordinanze *omnibus*). In proposito, non è privo di utilità notare incidentalmente che, sotto questo angolo visuale, vi sono diverse analogie tra le ordinanze di protezione civile e le leggi-provvedimento e va tenuto in debito conto come l'ambito materiale di praticabilità delle ordinanze sia molto superiore a quello delle leggi-provvedimento. E quella stessa rottura del rapporto fra forma e sostanza dell'atto, che nelle ordinanze si può ritenere ribaltata rispetto alle leggi-provvedimento (perché nelle seconde c'è forma legislativa e sostanza amministrativa, mentre nelle prime forma amministrativa e sostanza normativa), è tale da rendere labile la differenza fra deroga e sospensione. Non a caso, dunque, alla luce della prassi la dottrina riscontra una dissociazione tra la forma e la sostanza di tali ordinanze, arrivando a ragionare di una vera e propria degenerazione del potere governativo di ordinanza e di "rottura" della Costituzione nella forma di Stato, nella forma di governo, nel sistema delle fonti e nel circuito delle autonomie locali<sup>22</sup>.

Vi è poi un secondo motivo per cui viene a sfumare la distinzione tra sospensione e deroga, motivo che attiene alla temporaneità della misura. Ciò che intimamente differenzia la deroga dalla sospensione è che la misura sospensiva è ontologicamente temporanea e, quindi, è destinata a cessare con il decorso del tempo. Ebbene, l'analisi della prassi dimostra come vi siano una serie di motivi in ragione dei quali la temporaneità delle misure sospensive è, nella realtà dei fatti, agevolmente aggirata dal Governo. Innanzitutto, se si tiene presente che, il presupposto giuridico per l'adozione delle ordinanze è la deliberazione dello stato di emergenza, ci si avvede che ad incidere sulla temporaneità delle ordinanze è, in primo luogo, la ri-deliberazione del medesimo, o meglio la proroga dello stato di emergenza sussistente, la quale amplia la potestà derogatoria del Governo, perché il suo presupposto, a sua volta limitato nel tempo, si estende. È, infatti, di tutta evidenza che una cosa è prevedere che il presupposto giuridico per adottare le ordinanze sia integrato per un periodo di un anno, altra cosa è accettare che il medesimo si estenda, per la stessa fattispecie emergenziale, per 6 o 8 anni, o, addirittura, come si è verificato nel caso più clamoroso emerso dalla prassi, quello della deliberazione dello stato di emergenza per i rifiuti in Campania, che si protragga per ben 17 anni. Una volta trascorsi quasi due decenni, è ragionevole

---

<sup>22</sup> S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici: atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa*, Giappichelli, Torino, 2011, 208 ss., il quale suggerisce di arginare questa deriva mediante la previsione, *de iure condendo*, di un sindacato del Capo dello Stato sulla dichiarazione dello stato di emergenza ed un rafforzamento, *de iure condito*, dello scrutinio operato dal Giudice delle leggi e dai giudici amministrativi.

# Osservatorio sulle fonti

sostenere che la temporaneità del fenomeno sospensivo si è ormai persa e che si assiste ad una vera e propria gestione derogatoria dell'emergenza!

Altro sintomo da cui si ricava la crisi della temporaneità del potere *extra ordinem* è che le ordinanze non solo prorogano termini di legge, ma prorogano i termini previsti dalle ordinanze precedenti, di fatto, alimentandosi a vicenda. Nella prassi più recente si riscontra, infatti, un aumento significativo delle ordinanze di protezione civile volte a prorogare il termine di chiusura delle contabilità speciali previste per far fronte a situazioni emergenziali. Lo dimostrano, ad esempio, le numerose ordinanze adottate nel 2015 per fronteggiare le avversità atmosferiche verificatesi in Veneto o nel Lazio<sup>23</sup>, nonché quelle volte alla rimozione dei sedimenti inquinanti nella laguna di Venezia o allo smaltimento dei rifiuti nella Regione siciliana<sup>24</sup>. Nello stesso senso si possono utilmente vedere anche le proroghe previste nel 2014 per il superamento delle criticità causate dall'emergenza umanitaria per l'afflusso di cittadini stranieri dal Nord Africa sul territorio nazionale<sup>25</sup>. Occorre, tuttavia, segnalare all'interno di questa prassi un *hapax*. Nella tragica vicenda relativa al naufragio della Costa Concordia, infatti, si è verificato un diverso fenomeno, ovvero, è stato impiegato più volte lo strumento del decreto-legge, anziché dell'ordinanza, al fine di prorogare la scadenza dei termini previsti in precedenti provvedimenti di protezione civile<sup>26</sup>.

Ancora, altro fenomeno che porta alla dissoluzione della temporaneità è quello che è parso a chi scrive di poter in altra sede definire come la "reiterazione dei poteri *extra ordinem*"<sup>27</sup>. Essa ricorre non quando si proroga il termine finale di efficacia dell'ordinanza, bensì quando questo termine scade e, contestualmente, si procede all'adozione di una nuova ordinanza, per la stessa emergenza e con lo stesso contenuto, analogamente a quanto avviene nel caso della reiterazione del decreto-legge.

Ancora, a dissolvere i limiti della temporaneità concorre il fatto che il Governo pratici una interpretazione piuttosto ampia della nozione di superamento dell'emergenza; nozione cui la legge 225/1992 ancora la spendita del potere di ordinanza. Il limite del "superamento dell'emergenza", infatti, non viene interpretato in senso stretto, come riferimento alla necessità di ristabilire le minime condizioni di vita, ma in maniera estensiva, tanto da ricomprendere anche la fase della ricostruzione. Ne è

---

<sup>23</sup> Cfr. O.C.D.P.C. 19 maggio 2015, n. 3347 per il superamento della criticità meteorologica che ha interessato il Veneto il 26 settembre 2007 e O.C.D.P.C. 7 maggio 2015, n. 5256 per gli eventi che hanno colpito l'area laziale nel novembre e dicembre 2008.

<sup>24</sup> Per la Regione Lazio si veda l'O.C.D.P.C. 21 novembre 2013, n. 125; per la Regione Sicilia emblematico il caso dell'O.C.D.P.C. 18 febbraio 2014, n. 148.

<sup>25</sup> Cfr. O.C.D.P.C. 21 marzo 2014, che ha prorogato fino al 31 dicembre 2014 la vigenza di contabilità speciali volte a regolare la chiusura dello stato di emergenza umanitaria concernente l'afflusso di cittadini stranieri dal Nord Africa sul territorio nazionale.

<sup>26</sup> Si veda, in particolare, il d.l. 14 gennaio 2013, n.1, convertito dalla legge 1 febbraio 2013 n. 11, con cui si è stabilito che gli effetti delle disposizioni dell'ordinanza del Presidente del Consiglio del 15 maggio 2012, n. 4023 sarebbero perdurati fino al 31 dicembre 2013. In seguito con il d.l. del 30 dicembre 2013, n. 150, convertito dalla legge 27 febbraio 2014 n. 15 tale termine è stato ulteriormente prorogato fino al 31 luglio 2014. Infine, il d.l. 12 maggio 2014, n. 73 ha ancora prorogato il termine fino al 31 dicembre 2014.

<sup>27</sup> Ci si riferisce a *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 228 ss.

# Osservatorio sulle fonti

un esempio la ricostruzione successiva al terremoto di L'Aquila del 6 aprile 2009, la quale è stata non solo realizzata, ma anche pianificata, proprio in regime emergenziale<sup>28</sup>. Il tutto è stato attuato attraverso ordinanze di protezione civile, le quali hanno derogato ben 13 piani regolatori. Detta prassi si riscontra anche nell'esperienza più recente: anche in occasione dell'emergenza idrica scoppiata nella città di Messina<sup>29</sup> o degli eventi alluvionali che hanno colpito la Toscana nel 2014<sup>30</sup>, ad esempio, per accelerare il superamento dell'emergenza il Commissario *ad hoc* è costantemente delegato ad approvare progetti che possono costituire variante agli strumenti urbanistici.

Pare potersene concludere che, allorché le ordinanze giungono a derogare anche atti di pianificazione urbanistica, che per definizione sono chiamati ad esercitare *pro futuro* la potestà conformativa della pubblica amministrazione nei confronti delle posizioni soggettive fra le più sensibili, ossia quelle facenti capo al diritto di proprietà, diventa difficile continuare a praticare la distinzione fra sospensione e deroga.

#### *4. I tentativi di inquadramento dogmatico del potere di ordinanza tra teorie della validità costituzionale e ricostruzioni del sistema delle fonti*

È su questa prassi che si basa, come accennato, la ricordata tesi dell'incostituzionalità del potere di ordinanza per violazione dell'art. 77 Cost. Per poter avanzare qualche elemento di riflessione su questa tesi giova sottolineare come essa muova da un'interpretazione della medesima disposizione costituzionale, basata essenzialmente sui lavori costituenti, secondo cui i Padri della Repubblica intesero escludere dall'orizzonte dell'ordinamento costituzionale la possibilità che il Governo adottasse atti amministrativi capaci di comprimere i diritti e le libertà fondamentali.

Anche se solo incidentalmente, non si può non rilevare che l'approfondimento circa la questione dell'incostituzionalità del potere di ordinanza per violazione dell'art. 77 Cost., comporterebbe la necessità di riaprire un capitolo della nostra storia giuridica e del nostro pensiero costituzionale. Come noto, infatti, già in passato si era discusso, per oltre un secolo, circa la natura di questi atti e della loro compatibilità, dapprima, con il regime statutario e, poi, con l'ordinamento costituzionale. In questa sede ci si può

---

<sup>28</sup> Cfr. O.P.C.M. 22 dicembre 2009, n. 3833, *Ulteriori interventi urgenti diretti a fronteggiare gli eventi sismici verificatisi nella Regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009 e altre disposizioni di protezione civile*. Con tale ordinanza è stata affidata al Sindaco di L'Aquila, in qualità di vice-Commissario di protezione civile, l'intera ripianificazione del Comune, predisposta, ai sensi dell'art.2, co.1 del medesimo provvedimento, d'intesa con il Presidente della Provincia nelle materie di sua competenza, arrivando a derogare le ordinarie competenze, procedimenti e norme, nel rispetto però dei limiti sostanziali previsti nel progetto C.A.S.E, volto alla realizzazione di insediamenti abitativi, per la gestione dell'emergenza.

<sup>29</sup> Si veda, ad esempio, l'O.C.D.P.C. 13 novembre 2015, n. 297, la quale ha previsto, con lo scopo di accelerare le attività volte al superamento della situazione emergenziale, che il Commissario delegato provveda all'approvazione dei progetti con facoltà di ricorrere ad una conferenza dei servizi apposita, con l'espressa statuizione che, all'occorrenza, l'approvazione dei progetti possa legittimamente costituire una variante agli strumenti urbanistici del Comune.

<sup>30</sup> Nello specifico O.C.D.P.C. 5 marzo 2014, n. 157, adottata in relazione agli eventi alluvionali occorsi tra l'1 gennaio e l'11 febbraio 2014.

# Osservatorio sulle fonti

limitare a ricordare in proposito che tale dibattito si era sopito nel generale riconoscimento che la natura amministrativa delle ordinanze rendesse questi atti tollerabili dal punto di vista del diritto costituzionale.

Per arrivare a comprendere cosa si celi dietro queste problematiche rispetto ai nostri limitati fini, però, non ci si può esimere dal richiamare, per quanto sinteticamente, alcune delle teorie elaborate per cercare di risolvere, *in primis*, il problema della compatibilità delle ordinanze *extra ordinem* con il principio di legalità e, *in secundis*, quello della loro conciliabilità con il sistema delle fonti e la sua rigidità, conseguente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

I primi tentativi in tal senso affondano le proprie radici nelle cosiddette “teoriche della necessità”. Con questa espressione si intende delineare tutte quelle dottrine, essenzialmente di teoria costituzionale, che cercano di spiegare il fondamento di questo potere in riferimento alla necessità. Si possono distinguere perlomeno tre gruppi di teorie o di teoriche della necessità.

Il primo è quello che si coagula attorno all'idea della necessità come fonte di produzione.

Come noto, ad elaborare per primo tale teoria è Santi Romano, il quale la espone nel suo celeberrimo saggio del 1909 sui decreti-legge adottati per fronteggiare il terremoto di Messina e di Reggio Calabria<sup>31</sup>. Santi Romano imposta la questione della compatibilità degli atti *extra ordinem* con il principio di legalità sulla base delle premesse teoriche della sua visione della costituzionalità dell'ordinamento, che – come altrettanto noto – è quella dell'istituzionismo. In maniera estremamente sintetica, è possibile sostenere che l'istituzionismo si fonda sull'embricazione fra l'organizzazione sociale e l'ordinamento giuridico. Per Santi Romano, cioè, qualsiasi fatto che nasce nell'organizzazione sociale è, di per se stesso, produttivo di diritto. Detto altrimenti, il diritto si legittima in forza dell'effettività sociale ed ha il crisma della giuridicità solo ciò che si fonda sull'effettività. La conseguenza immediata di tale premessa è che la necessità può essere considerata una vera e propria fonte del diritto, assumendo il ruolo di unico criterio di legittimazione dell'ordinamento. In questa prospettiva, il potere di ordinanza, anche nella sua accezione di potere autenticamente *extra ordinem*, non pone alcun problema particolare, perché è proprio quella necessità che si afferma nell'effettività sociale che conferisce alle ordinanze il crisma della giuridicità. Nella concezione romaniana, quindi, il problema del fondamento delle ordinanze contingibili ed urgenti si risolve nel problema della validità dell'ordinamento: nella misura in cui l'ordinamento è valido perché riposa sull'effettività sociale, così le ordinanze sono legittime poiché si fondano su quella stessa effettività.

La stessa identica prospettiva, si rinviene all'interno di un'elaborazione molto diversa, nelle premesse e negli esiti, com'è quella di Costantino Mortati<sup>32</sup>. Anche per tale Autore, difatti, il problema della compatibilità delle ordinanze *extra ordinem* con il

---

<sup>31</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909 ed ora in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950, 287 ss.

<sup>32</sup> C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940, 148 ss.; ID., *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, 516-7.

# Osservatorio sulle fonti

principio di legalità è, in definitiva, un problema di validità normativa e di fondamento dell'ordinamento positivo. Nel tentare di spiegare il perché di tale affermazione, pare anche qui utile ricorrere a qualche esemplificazione. Come a tutti noto, per Costantino Mortati il criterio di legittimazione dell'ordinamento non consiste nell'effettività sociale, ma si fonda sulla decisione politica fondamentale, ossia l'accordo delle forze politiche dominanti sull'esistenza di una serie di fini, che costituiscono la dimensione cui tende l'ordinamento. Ora, da tale concezione del criterio di legittimazione dell'ordinamento giuridico deriva che, qualora tra questi fini ve ne sia uno che non può essere perseguito nel rispetto della legge positiva, allora delle due l'una: o prevalgono i fini, e siamo nella piena legittimità costituzionale, o i fini soccombono, e allora avrà prevalso la legalità, ma non la legittimità. Ne consegue che, per Costantino Mortati, come per Santi Romano, il problema della compatibilità costituzionale delle ordinanze è un problema di validità normativa, è un problema di fondamento dell'ordinamento giuridico. E sullo stesso fondamento su cui riposa l'ordinamento riposa anche l'ammissibilità delle ordinanze *extra ordinem*. Se per seguire il fine che concreta la decisione politica fondamentale bisogna derogare la legge, infatti, non solo lo si può fare, ma lo si deve fare, perché altrimenti si nega il fondamento dell'ordinamento, che risiede proprio in quei fini il cui raggiungimento è precluso dal rispetto del diritto positivo.

Accanto alla teoria della necessità come fonte di produzione, viene sviluppata dalla dottrina, in tempi più recenti, una diversa concezione del ruolo della necessità, avvertita non come fonte *iusgenerativa*, cioè come fattore di produzione del diritto, ossia come qualcosa che di per sé crea il diritto, ma concepita piuttosto come una fonte sulla produzione giuridica.

Questa teoria, molto più recente dal punto di vista della storia del pensiero costituzionale, fa capo a Rescigno, il quale, nel tentativo, comune alle altre prospettive, di armonizzare il potere di ordinanza con l'ordinamento, sostiene che non vi è differenza fra le ordinanze e gli altri provvedimenti amministrativi<sup>33</sup>. Ciò sulla base del rilievo che entrambe le categorie di atti, ordinanze e provvedimenti, hanno una base legale, perché c'è sempre una norma attributiva del potere. L'amministrazione, si osserva da parte dell'Autore, non usa il potere *ex abrupto*, ma vi ricorre perché c'è una norma che glielo conferisce. Sostiene Rescigno, che le ordinanze non divergono dagli ordinari provvedimenti neanche perché sono capaci di derogare la legge, in quanto esistono altri esempi di atti tipici che la legge autorizza a derogare le norme primarie. Basti pensare alle requisizioni d'urgenza in tempo di guerra: atti tipici che il legislatore prevede e nell'adozione dei quali l'amministrazione può derogare altre norme. Dunque non è neppure la capacità derogatoria del diritto vigente che distingue l'ordinanza dagli altri provvedimenti. Questa dottrina si interroga, allora, su quale sia la differenza tra le ordinanze contingibili e urgenti e gli altri provvedimenti amministrativi derogatori della legge. La risposta a tale domanda viene individuata nel rilievo che tale differenza non sta tanto nell'atto in quanto tale, ma nella norma attributiva, vale a dire nei caratteri

---

<sup>33</sup> G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, Torino, 1965, 93.

# Osservatorio sulle fonti

della norma attributiva del potere di ordinanza, la quale presenta due caratteristiche uniche, che valgono a distinguere il potere *extra ordinem* da qualsiasi altro potere derogatorio che si estrinseca attraverso atti tipici.

La prima caratteristica è l'assenza della fattispecie, perché la norma attributiva non contiene l'individuazione dei casi ricorrendo i quali si può attivare il potere. E proprio in ciò risiede il suo *appeal*, perché, viceversa, se vi fosse una rigida tipizzazione dei presupposti, e se l'emergenza non rientrasse nella fattispecie tipica, non la si potrebbe fronteggiare con il potere di ordinanza. La seconda è la previsione, contestuale all'omessa descrizione della fattispecie, di poteri derogatori. È, dunque, il *tandem* assenza di fattispecie/poteri derogatori che contraddistingue tali norme sulla produzione giuridica. La necessità, conseguentemente, non è tanto la fonte attraverso cui si produce il diritto, ma è la fonte che legittima l'attribuzione del potere di ordinanza.

Vi è poi una terza ricostruzione che, a buon diritto, può essere ricondotta nell'alveo delle teorie della necessità. Il riferimento è qui alla lettura proposta da Giovanni Miele, ovvero la cosiddetta teoria della "necessità funzionalizzata". Si tratta della teoria secondo cui la necessità non è fonte del diritto, ma è uno strumento, essenzialmente interpretativo, attraverso cui si risolve il conflitto fra l'istituzione statale ed i suoi fini, quando l'ordinamento, per perseguire i medesimi, si trova nella necessità di violare la legge<sup>34</sup>.

Delle tre teorie, quella di Miele ha il sapore più giustificazionista, nei termini in cui essa non trova un fondamento esterno al potere, ma si limita a ricostruire la necessità come una sorta di criterio che legittima quello che, però, in realtà rimane legittimato solo da se stesso.

Tale riferimento è utile ad introdurre un argomento che opera da *trait d'union* fra la storia di queste ricostruzioni e le teorie costituzionali più recenti, ovvero la critica alle teorie della necessità.

Le teorie della necessità sono state sottoposte ad una durissima critica da parte della dottrina costituzionalistica italiana. Critica che si è mossa su due livelli. Un primo livello è, per così dire, pratico. Esso consiste in un'osservazione che non ha nulla di trascendentale dal punto di vista teorico, ma che ha il merito di cogliere molto nella sostanza, ossia quella per la quale le teorie della necessità non esprimevano alcun limite al contenuto del potere derogatorio dell'amministrazione, ma semplicemente ne individuavano un fondamento, cui non corrispondeva alcuna limitazione. Su un piano più generale, quindi ricostruttivo, si è invece evidenziato che tutte le teorie fin qui sintetizzate si fondavano sul postulato della "funzione conservativa del potere sospensivo illegale". Tale nozione può essere definita come l'idea che tutti questi poteri derogatori si possano in qualche modo tollerare perché tendono a fare sì che l'ordinamento possa continuare ad esistere. È stato, però, giustamente osservato, soprattutto da Piero Pinna<sup>35</sup>, che lo stato di eccezione non necessariamente ha natura conservativa, ma può avere anche natura evolutiva, e che nulla può garantire

---

<sup>34</sup> G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss. e 425 ss.

<sup>35</sup> P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 481 ss.

# Osservatorio sulle fonti

aprioristicamente che quello stato di eccezione non preluda, in realtà, all'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale. È il problema che si è posto e che è stato studiato, in un risalente saggio di Paolo Caretti, in relazione al passaggio dal regime statutario all'ordinamento costituzionale<sup>36</sup>. In particolare, ci si è chiesti se gli stati di eccezione derivanti dalle rotture dell'ordito statutario fossero conservativi, e quindi preordinati ad assicurare il mantenimento dell'ordine vigente, o viceversa evolutivi, e quindi preludessero all'instaurazione di un nuovo ordinamento giuridico.

A partire da queste critiche risulta agevole comprendere perché le teoriche della necessità siano state progressivamente abbandonate. A questo accantonamento è corrisposto, tuttavia, un nuovo ordine di tentativi di fondare la compatibilità dei poteri di ordinanza con il principio di legalità. Tentativi che, indubbiamente, se posti a confronto con quelli affascinanti e di alto profilo delle teoriche della necessità, si collocano su un livello più basso e più concreto. Questo livello è quello del funzionamento del sistema delle fonti. La dottrina costituzionalistica italiana, infatti, ad un certo punto, ha abbandonato il tentativo di fondare questo istituto e la sua compatibilità con l'ordinamento sulla validità della Costituzione, e quindi sui problemi di validità normativa, come avevano tentato di fare le teoriche della necessità, e ne ha cercato piuttosto una giustificazione in base ai meccanismi che presiedono al funzionamento del sistema delle fonti; prospettiva, quest'ultima, certamente più concreta, ma anche parecchio meno ambiziosa.

Una prima teoria di cui conviene dar conto è quella che fa capo soprattutto ad Alfonso Tesoro ed Alessandro Pizzorusso. Essa propone di interpretare il fenomeno del potere di ordinanza come una forma di delegificazione<sup>37</sup>. Si è, cioè, detto al riguardo che, in realtà, con il potere di ordinanza il Governo non fa altro che delegificare, perché sostituisce ad una norma primaria una norma che ha origine amministrativa e che, quindi, può essere considerata una norma secondaria. La prima teorizzazione di Tesoro si esponeva ad una dirimente obiezione, fondata sul rilievo che se si assume che nella delegificazione vi è abrogazione, il fenomeno abrogativo risulta assente nel caso di esercizio del potere di ordinanza. Per superare questa obiezione Pizzorusso, affinando la tesi in questione, sostiene che si tratti di una delegificazione, condizionata però dalla legge di autorizzazione all'efficacia sospensiva e risolutiva, rappresentata, rispettivamente, dall'iniziare e dal terminare dello stato di emergenza<sup>38</sup>. Nella sostanza, questa nuova calibratura della teoria della delegificazione supera con successo l'obiezione relativa all'assenza del fenomeno abrogativo, perché si basa sull'assunto che la norma derogata non viene abrogata, ma viene sottoposta ad una condizione, prima sospensiva, poi risolutiva, che incide sulla sua efficacia.

Esiste, però, un limite che nemmeno la versione "riveduta" della teoria della delegificazione pare in grado di superare. Esso risiede nel fatto che tale prospettiva non riesce a dare ragione di un'altra differenza enorme che corre fra i due fenomeni e

---

<sup>36</sup> P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà*, in E. CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica: dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, 31 ss.

<sup>37</sup> In tal senso A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1961, 50 ss.

<sup>38</sup> A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Il foro italiano, Roma, 1984, 640 ss.

# Osservatorio sulle fonti

che riguarda le norme attributive. Perché mentre le norme che autorizzano la delegificazione non solo possono, ma devono, individuare le norme da abrogare, le norme che autorizzano a spendere il potere di ordinanza non solo non devono, ma nemmeno possono, individuare le norme da derogare, perché se si potessero conoscere in anticipo le norme da derogare si potrebbe, e dovrebbe, adottare un provvedimento tipico e non l'ordinanza *extra ordinem*.

Altro tentativo svolto sul piano del sistema delle fonti è quello che fa capo ad una dottrina amministrativistica, espressa da Cavallo Perin, al quale si deve la prima monografia che ha affrontato sistematicamente il rapporto tra potere di ordinanza e principio di legalità<sup>39</sup>. Secondo questo Autore, le norme attributive di tale potere sono, in realtà, norme di mero rinvio. Un rinvio operato a tutte quelle norme, già presenti nell'ordinamento, che prevedono potestà derogatorie in capo alla pubblica amministrazione nei confronti di norme di rango primario, depurate, però, dai limiti specifici normalmente previsti. Il pregio di questa ricostruzione risiede nel fatto che essa consente di presentare le norme attributive del potere di ordinanza come delle norme ordinarie, che stanno a pieno titolo nell'ordinamento e che non hanno nulla di eversivo, perché semplicemente si limitano a richiamare una previsione derogatoria che già vige nell'ordinamento. Essa presenta, però, al contempo, un limite significativo, che si apprezza ponendo mente alla circostanza che la teoria del rinvio finisce per svalutare la portata precettiva delle norme attributive del potere di ordinanza. E ciò per il motivo che, se queste potestà derogatorie già esistono nell'ordinamento e se queste norme, anziché prevederne i limiti, rimuovono quelli esistenti, rischiano di perdere qualsiasi ragion d'essere. In definitiva, il potere di ordinanza così fondato finisce per fondarsi su se stesso, perché se la norma che lo attribuisce non ha nessuna valenza prescrittiva, in realtà non si fonda su nulla, oppure si fonda su qualcosa che è al di fuori dell'ordinamento e, dunque, di nuovo, sul baratro della necessità.

## 5. Tre motivi per criticare la tesi dell'incostituzionalità: ancora sulla prassi

Alla luce delle considerazioni fin qui sommariamente svolte sulle teorie che sono state avanzate in dottrina per rendere compatibile il potere di ordinanza con l'ordinamento costituzionale è possibile tornare utilmente alla prospettiva, evocata all'inizio, che consiglia di osservare il fenomeno dal punto di vista del rapporto fra ordinanza e decreto-legge. È, infatti, adesso possibile chiedersi se il fallimento di tutti i ricordati tentativi di ricostruzione dogmatica dell'istituto sia sufficiente a spalancare le porte alla teoria dell'incostituzionalità del potere di ordinanza per violazione dell'art. 77 Cost.

Preme, cioè, domandarsi se, archiviati i tentativi di fondare il potere di ordinanza sulla necessità, quindi sulla sfera della validità costituzionale, falliti i tentativi di inquadrare gli atti *extra ordinem* del Governo secondo le dinamiche di funzionamento

---

<sup>39</sup> Si fa riferimento a R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990, *passim*.

# Osservatorio sulle fonti

del sistema delle fonti, ed in assenza di valide alternative ricostruttive, si debba necessariamente concludere che l'unica soluzione praticabile sia quella di aderire alla tesi formulata da Giuseppe Marazzita.

È possibile sostenere l'esistenza di almeno tre motivi in grado di far avanzare qualche dubbio in proposito e che, quindi, si prestano a sorreggere una soluzione diversa.

Il primo motivo attiene all'analisi della prassi. Al riguardo, infatti, si deve adeguatamente mettere in evidenza che se, da un lato, è certamente vero che la prassi denota la progressiva dissoluzione del limite della temporaneità e la deriva paranormativa delle ordinanze, dall'altro, però, è altrettanto vero che la stessa prassi denota altre due tendenze, che si muovono in un senso diametralmente opposto, ossia quello che conduce all'inalveamento del potere di ordinanza nel solco della funzione amministrativa.

La prima è la tendenza alla tipizzazione del potere *extra ordinem*, così come risulta dalla concomitanza di tre fattori.

Il primo fattore che emerge dalla prassi è una sorta di standardizzazione delle fattispecie contingibili e urgenti, cioè delle fattispecie per fronteggiare le quali è possibile attivare il potere di ordinanza. Questa standardizzazione in parte è dovuta alle scelte del legislatore. Ad esempio, per una sorta di eterogenesi dei fini, è quello che è successo per effetto della riforma dei c.d. "grandi eventi", che sebbene dal punto di vista del diritto costituzionale non meriti alcun plauso per diversi motivi, primo fra tutti la rottura del legame fra emergenza e potere derogatorio (è il caso, solo per citarne uno, delle numerosissime ordinanze per l'Expo di Milano), ha il merito di aver indirettamente portato ad una tipizzazione e classificazione normativa di alcuni dei casi in cui si può ricorrere al potere di ordinanza.

Il secondo fattore è collegato al fatto che la citata legge n. 225/1992 (cfr., in particolar modo, artt. 13 e ss.), ha strutturato il sistema di protezione civile secondo un modello di tipo pianificatorio, facendo obbligo al Dipartimento della Protezione Civile, quale struttura del Governo centrale, ed ai Prefetti, quali organi del Governo dislocati sul territorio, di effettuare una pianificazione delle emergenze. Essa consiste nel predisporre tutte quelle procedure che devono essere attivate in caso di calamità naturale. Si tratta, quindi, di atti di pianificazione che in qualche modo, e certo con un certo margine di aleatorietà, predeterminano il contenuto degli atti che verranno adottati quando si verifica l'evento calamitoso. Questo modello di tipo pianificatorio emerge con chiarezza, ad esempio, da quelle ordinanze della Protezione Civile che disciplinano i contributi per gli interventi di prevenzione del rischio sismico per le diverse annualità: esse prescrivono un obbligo di procedere ad una pianificazione delle emergenze preceduta da studi di microzonazione sismica e l'analisi della condizione limite per l'emergenza dell'insediamento urbano volta a migliorare la gestione delle attività emergenziali subito dopo un terremoto.

Un ultimo fattore che imprime alla prassi questa tendenza verso la tipizzazione è quello del ricorso sempre più frequente all'adozione di direttive per fornire indirizzi operativi. Tali indirizzi operativi, adottati con circolare del Presidente del Consiglio dei

# Osservatorio sulle fonti

Ministri, riguardano essenzialmente due aspetti: la pianificazione, da un lato, la gestione delle emergenze, dall'altro. Gli indirizzi sulla prima sono dei veri e propri criteri pianificatori. Si tratta, cioè, di regole che devono essere seguite per redigere gli atti di pianificazione delle emergenze e che accentuano la standardizzazione delle misure contingibili e urgenti, insita nel modello pianificatorio fatto proprio dal legislatore. Ciò perché l'indirizzo così fornito tende a tipizzare l'atto di pianificazione, il quale, a sua volta, contribuisce a tipizzare l'intervento emergenziale che viene posto in essere a valle di questo processo.

Gli indirizzi sulla gestione sono, invece, quelli che riguardano il contenuto proprio degli atti attraverso i quali l'emergenza viene fronteggiata in concreto. Sono, cioè, quelli che stabiliscono che, per far fronte ad eventi che presentano determinate caratteristiche, si devono adottare determinati provvedimenti. Si ricordano in tal senso gli indirizzi operativi impartiti dalla Presidenza del Consiglio, nel novembre 2013, per assicurare l'unitaria partecipazione delle organizzazioni di volontariato alle attività di protezione civile, nonché la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2012 che individua la *governance* per il superamento della emergenza migranti provenienti dal Nord Africa<sup>40</sup>. L'emanazione di questa tipologia di atti di indirizzo fa sì che, quando si provvede con ordinanze contingibili e urgenti, almeno in parte il contenuto delle misure derogatorie risulti predeterminato e, quindi, parzialmente conoscibile anche prima dell'evento calamitoso.

La seconda tendenza che spinge nella direzione della compatibilità fra questi atti e il principio di legalità e, quindi, verso la riconducibilità degli atti *extra ordinem* alla funzione amministrativa, è quella alla procedimentalizzazione del potere d'ordinanza. Questa tendenza si coglie in relazione a due aspetti fondamentali.

Il primo aspetto ha carattere che potrebbe dirsi "strutturale", in quanto riguarda la forma dell'atto. Al riguardo si possono segnalare due elementi.

Uno è il diffondersi degli adempimenti istruttori. La prassi denota, in particolare, che le ordinanze di necessità e urgenza del Governo sono sempre più spesso sorrette da attività istruttorie, articolate e complesse, soprattutto quando non provvedono direttamente, ma dispongono la nomina di un Commissario di protezione civile, cui è demandata l'adozione delle misure derogatorie. Nella generalità dei casi, infatti, la nomina del Commissario si accompagna alla previsione di tutta una serie di adempimenti istruttori, per cui si delegano poteri di ordinanza, stabilendo al contempo che per esercitarli il Commissario deve prima svolgere alcune attività istruttorie, spesso avvalendosi di organi terzi, come ad esempio le Agenzie Regionali per la Protezione Ambientale o i Comitati di monitoraggio appositamente istituiti presso il Dipartimento della Protezione Civile, come nel caso della Costa Concordia nel 2014 o del rischio fitosanitario connesso alla diffusione della Xylella fastidiosa in Puglia nel 2015<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. la nota 21 settembre 2012, n. 4231 della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

<sup>41</sup> Nel caso della Costa Concordia si è provveduto con l'O.C.D.P.C. 12 settembre 2014, n. 190, la quale ha individuato nella Regione Liguria l'amministrazione competente, in via ordinaria, al coordinamento delle attività necessarie per l'esecuzione degli interventi volti allo smaltimento e al riciclo del relitto della nave, attribuendo all'Osservatorio di monitoraggio una serie di attività di supporto.

# Osservatorio sulle fonti

La previsione di oneri procedurali a carico del Commissario delegato costituisce un elemento costante della prassi più recente: lo schema tipico è rappresentato dalla predisposizione di un piano degli interventi emergenziali che il Commissario deve sottoporre entro precisi termini al capo Dipartimento della Protezione Civile, secondo le modalità prescritte nell'ordinanza di nomina. Il piano deve contenere la descrizione tecnica di ciascun intervento con la relativa previsione di durata e l'indicazione delle singole stime di costo. Tra i numerosi esempi riportabili in tal senso, si possono ricordare i primi interventi urgenti per far fronte ad eventi calamitosi che hanno colpito la Calabria nell'ottobre 2015, l'Abruzzo nel marzo 2015, la Lombardia nel luglio 2014 e la Toscana nel gennaio 2014<sup>42</sup>.

Altro elemento che concorre a determinare l'evidenziata proceduralizzazione, già classificata in precedenza come "strutturale", è quello della motivazione. Come noto, la motivazione è prevista come obbligatoria per le ordinanze di protezione civile dall'articolo 5 della legge n. 225/1992, il quale, però, non disciplina il contenuto dell'obbligo motivazionale. A questo proposito la prassi contiene luci ed ombre. L'ombra principale risiede nella circostanza che il Governo non si senta in dovere di motivare sul profilo che appare più importante dal punto di vista dello studioso di diritto costituzionale, ossia sul perché ritenga di dover derogare una norma al posto di un'altra e, soprattutto, perché consideri necessario derogare il diritto vigente per fronteggiare l'emergenza. Motivazioni su questo punto, infatti, non si rinvencono quasi mai. L'obbligo di motivazione viene, piuttosto, interpretato come ricognizione degli elementi di fatto che giustificano l'esistenza del contesto emergenziale (per cui, ad esempio, se si leggono le ordinanze sui campi nomadi o quelle adottate per gli sbarchi dei clandestini a Pantelleria, ci si avvede che esse contengono anche diverse pagine di descrizione dei fattori di criticità dell'"emergenza immigrati"). Così, per limitarsi alla prassi più recente, prevedono una motivazione meramente fattuale, volta a descrivere le circostanze concrete del contesto emergenziale, numerose ordinanze di protezione civile intervenute in settori piuttosto eterogenei, dagli interventi per il disinnescamento di ordigni bellici inesplosi, al maltempo in Liguria e i movimenti franosi in Valle d'Aosta nel 2014<sup>43</sup>, agli eventi sismici che hanno colpito le Province di Lucca e Massa Carrara nel 2013<sup>44</sup>.

---

Sull'emergenza legata alla Xylella in Puglia si veda, invece, l'O.C.D.P.C. 11 febbraio 2015, n. 225, che ha indicato una serie di soggetti e istituzioni di cui può avvalersi il Commissario, prevedendo che quest'ultimo predisponga, entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza, un apposito piano per la rapida attuazione delle misure necessarie, da sottoporre all'approvazione del Dipartimento di Protezione Civile, previa istruttoria del comitato di monitoraggio ivi istituito. La medesima, inoltre, ha stabilito a carico del Commissario un articolato processo di rendicontazione al Dipartimento, con obbligo di fornire relazioni trimestrali inerenti le attività svolte ai sensi dell'ordinanza e le spese sostenute, insieme ad una relazione conclusiva sullo stato di attuazione alla scadenza del termine di vigenza dello stato di emergenza.

<sup>42</sup> Si vedano: per la gestione dell'emergenza calabrese, l'O.C.D.P.C. 1 aprile 2016, n. 330; per le eccezionali avversità atmosferiche abruzzesi, l'O.C.D.P.C. 26 maggio 2015, n. 256; per l'emergenza-maltempo in Lombardia, l'O.C.D.P.C. 28 novembre 2014, n. 208; sugli eventi alluvionali toscani, infine, l'O.C.D.P.C. 5 marzo 2014, n. 157.

<sup>43</sup> Ci si riferisce all'O.C.D.P.C. 31 marzo 2014, n. 162, relativa al disinnescamento di un ordigno bellico inesplosivo nel Comune di Vicenza. Per gli eventi atmosferici verificatisi in Liguria nei giorni 9-13 ottobre

# Osservatorio sulle fonti

Preme, altresì, evidenziare che specifici oneri di motivazione sono previsti in caso di proroga delle contabilità speciali aperte per fronteggiare contesti emergenziali, come accaduto nel caso degli eventi sismici che hanno colpito la Toscana nel giugno 2013 e dell'episodio alluvionale che ha interessato la Regione Emilia Romagna del gennaio 2014. Si tratta, dunque, di motivazioni che insistono prevalentemente non sul profilo giuridico, ma su quello fattuale, volte a descrivere l'emergenza, le dimensioni del fenomeno, le misure precedentemente adottate, quelle che non hanno avuto successo, etc... La motivazione, peraltro, vale la pena sottolinearlo, viene considerata dalla giurisprudenza amministrativa come profilo da valutare ai fini dell'esclusione della colpa nel giudizio che verte sul risarcimento degli eventuali danni cagionati dalle ordinanze governative. Se il Commissario di protezione civile ha svolto correttamente l'istruttoria, non ha travisato i fatti e, quindi, non è incorso in eccesso di potere, all'illegittimità dell'atto non segue la statuizione risarcitoria, perché la corretta e completa istruttoria fa escludere l'elemento della colpa. Ed è appena il caso di evidenziare come questo sia un motivo di grande pressione sull'amministrazione. Ciò soprattutto perché, fra le norme più derogate dalle ordinanze, ci sono quelle sull'affidamento dei contratti pubblici, che fanno spesso "scattare" il ricorso dell'imprenditore interessato, che lamenta la perdita di *chances* e quindi richiede, *ex art.* 2043 c.c., il risarcimento di tutti i danni che gli sono stati causati dall'impossibilità di diventare affidatario del servizio (un esempio pertinente è quello delle ordinanze che introducono privatizzazioni pubbliche per la gestione della raccolta dei rifiuti).

Un secondo aspetto della tendenza alla procedimentalizzazione del potere d'ordinanza attiene ai profili "funzionali" del medesimo, ossia quelli afferenti non al contenuto e alla forma del potere, ma al suo esercizio. Si tratta, quindi, di oneri procedimentali che interessano l'esecuzione delle misure derogatorie. In questa sede vale la pena segnalarne essenzialmente due.

Una prima categoria di adempimenti procedimentali è legata al progressivo ampliamento degli obblighi di pubblicità. Non si fa qui riferimento agli oneri di pubblicazione in senso stretto ma ad altre forme di pubblicità, come, ad esempio, l'affissione in albi comunali diversi da quello pretorio, oppure il "caricamento" su siti internet (di cui, però, l'autenticità e la genuinità non è certificata, da cui l'assenza dei presupposti necessari ad integrare la nozione di "pubblicità legale", così come prevista dal Codice dell'amministrazione digitale). In tal senso lo stesso sito del Dipartimento della Protezione Civile offre un'apposita sezione dedicata ai provvedimenti pubblicati, aggiornata con tempestività. Preme, inoltre, rilevare che, nella prassi più recente, si registra la previsione, in molte ordinanze di protezione civile, di obblighi di pubblicità a

---

2014, cfr. O.C.D.P.C. 14 maggio 2015, n. 252, in attuazione dell'art. 1, comma 53, della legge 23 dicembre 2014 n. 190, nonché la successiva O.C.D.P.C. 30 dicembre 2014, n. 216. Sul movimento franoso che ha interessato il Mont de la Saxe a Courmayeur in Valle d'Aosta si veda, infine, l'O.C.D.P.C. 30 gennaio 2013, n. 143.

<sup>44</sup> Cfr., in proposito, l'O.C.D.P.C. del 25 luglio 2014, n. 183, con cui sono state adottate le misure contingibili e urgenti necessarie al superamento della situazione critica dovuta all'evento sismico del 21 giugno 2013.

# Osservatorio sulle fonti

carico di soggetti terzi quali banche e intermediari finanziari: ad esempio, tali istituti devono informare i mutuatari, “almeno mediante avviso esposto nelle filiali e pubblicato nel proprio sito internet”, della possibilità di chiedere la sospensione delle rate di mutuo in caso di calamità naturali, costituenti cause di forza maggiore. Ancora, nelle ordinanze che disciplinano annualmente il riparto di contributi per la prevenzione del rischio sismico, sono previsti specifici obblighi di pubblicità a carico dei Comuni, i quali sono tenuti a pubblicizzare i bandi per la partecipazione a tali contributi mediante l'affissione sull'albo pretorio e sul loro sito web, ed è poi previsto, a carico della Regione interessata, l'obbligo di rendere pubblica la graduatoria finale<sup>45</sup>.

Una seconda categoria di oneri procedimentali relativi all'esercizio della funzione è quella degli obblighi di rendicontazione, i quali tendono a diventare sempre più frequenti. Tali oneri ricorrono quando il Commissario di protezione civile viene autorizzato ad esercitare poteri di ordinanza derogatori del diritto vigente, con l'obbligo, però, di rendicontare le spese sostenute e di effettuare una relazione semestrale all'amministrazione territorialmente competente (normalmente per le emergenze di dimensione sovracomunale è la Regione), se non di riferire addirittura direttamente al Parlamento. Alle volte, però, questi oneri di rendicontazione sono esclusivamente interni alle strutture di missione e, quindi, in definitiva, si risolvono in obblighi di comunicazione al Dipartimento della Protezione Civile. Costituisce, infatti, prassi costante degli ultimi anni (2013-2015) quella di prevedere nelle ordinanze di protezione civile, accanto alla nomina di Commissari delegati, specifici obblighi di rendicontazione e relazione al Dipartimento della Protezione Civile con cadenza di regola trimestrale e, allo scadere dello stato di emergenza, l'obbligo di predisporre una relazione conclusiva sullo stato di attuazione degli interventi espletati. Soluzione quest'ultima sicuramente meno incoraggiante, perché non consente l'attivarsi di un circuito di responsabilità diffusa, dato che il flusso delle informazioni non esce al di fuori delle strutture governative della protezione civile.

Alla luce di queste considerazioni pare possibile osservare che, se, da un lato, come sostengono i fautori della tesi dell'incostituzionalità del potere d'ordinanza, si rinvencono nella prassi solidi elementi per sostenere che, a causa dell'opacizzarsi della distinzione fra sospensione e deroga, le ordinanze *extra ordinem* invadono il campo riservato al decreto-legge, dall'altro, la medesima prassi restituisce altrettante linee di tendenza che vanno in senso contrario. Tale circostanza induce a concludere che per far pendere la bilancia degli argomenti da una parte o dall'altra si rende necessario mettere sui suoi piatti elementi di riflessione ulteriori rispetto a quelli tratti dalla prassi.

## 5.1. (Segue): il silenzio della Costituente sui poteri *extra ordinem*

---

<sup>45</sup> Cfr., *ex multis*, O.C.D.P.C. 19 giugno 2014, n.171, con cui sono stati ripartiti i contributi, relativamente all'anno 2013, per gli interventi di prevenzione del rischio sismico con riferimento ai fondi stanziati e previsti dall'art. 11 del d.l. 28 aprile 2009, n. 39, in seguito convertito dalla legge 24 giugno 2009, n. 77.

# Osservatorio sulle fonti

Un decisivo passo in avanti si compie se si affronta una questione rimasta fino ad oggi poco approfondita dagli studiosi di diritto costituzionale, che è quella del significato da attribuire ai lavori costituenti sull'art. 77 Cost. Naturalmente non ci si riferisce in generale al dibattito costituente sulla decretazione d'urgenza, su cui molto si è scritto, ma al profilo specifico che interessa l'interpretazione secondo cui, a fronte del silenzio serbato sulle ordinanze contingibili e urgenti del Governo, l'espressa costituzionalizzazione del decreto-legge sarebbe stata lo strumento attraverso cui i Costituenti intesero manifestare la loro volontà di escludere il potere di ordinanza dall'orizzonte dell'ordinamento repubblicano.

In linea teorica, va innanzitutto rimarcato come la circostanza che, secondo la Costituzione, si possa provvedere all'emergenza con decreto-legge, non comporta necessariamente che si debba escludere la possibilità di provvedere con strumenti diversi. Ma v'è di più. Difatti, se si leggono con la dovuta cura i lavori della Costituente, è possibile accertare come la prospettiva evocata dall'interpretazione in questione fosse completamente estranea al dibattito sviluppatosi sui temi dell'emergenza costituzionale.

È cosa nota, ed ampiamente riportata nei commentari alla Costituzione e nelle trattazioni monografiche sull'argomento, che fu fervente il dibattito sull'opportunità di costituzionalizzare il decreto-legge. È altrettanto noto che fra i più fieri oppositori di tale costituzionalizzazione vi fu Costantino Mortati<sup>46</sup>, così come tutti sanno che il testo dell'art. 74 del progetto di Costituzione che arrivò in Assemblea, quello votato dalla seconda Sottocommissione, non prevedeva lo strumento del decreto-legge, che fu invece introdotto con il celeberrimo emendamento 74-*bis* dell'On. Codacci Pisanelli<sup>47</sup>. Non altrettanto risalto viene, invece, dato ad un passaggio che risulta molto utile per comprendere il senso più profondo e meno immediato della scelta costituente di non prevedere espressamente il potere d'ordinanza.

Ci si intende riferire al fatto che, quando fu presentato questo emendamento, il liberale On. Crispo propose di accorpare ad esso un altro emendamento, di sua proposta, il quale era teso a distinguere, nell'ambito degli strumenti da attivare in caso di emergenza, il decreto-legge, da un lato, e le ordinanze *extra ordinem*, dall'altro. L'On. Codacci Pisanelli si oppose fermamente alla riunione dei due emendamenti, cosicché quello dell'On. Crispo cadde nel vuoto e quello dell'On. Codacci Pisanelli divenne l'art. 77 Cost. Ai nostri fini, tuttavia, non rileva tanto l'esito di quel passaggio, quanto piuttosto domandarsi sulla base di quale discriminazione era costruita la distinzione proposta dall'On. Crispo. Essa si fondava sul rilievo che il decreto-legge, come poi in effetti sarà nell'impianto costituzionale entrato in vigore, non era autorizzato ad incidere sui diritti

---

<sup>46</sup> Il quale, infatti, vedeva con favore la costituzionalizzazione dello stato di assedio, ma non del decreto-legge, sulla base dell'osservazione che, pur essendo accomunati da un fondamento di necessità, si differenziavano per efficacia giuridica: mentre il secondo aveva forza di legge ordinaria, il primo era diretto a sospendere le libertà e i diritti costituzionali. Sulla posizione politico-costituzionale di Mortati in materia di stati d'eccezione durante i lavori della Costituente, cfr., per tutti, L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, 479 ss.

<sup>47</sup> Più diffusamente, Camera dei Deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Segretariato generale, Roma, 1976, IV, 3327 ss.

# Osservatorio sulle fonti

e sulle libertà costituzionalmente garantiti. Il decreto-legge, infatti, è una fonte primaria, un atto avente forza di legge e, quindi, in quanto tale, soggiace alle norme costituzionali sui diritti e sulle libertà, che non può assolutamente derogare. Al riguardo l'On. Crispo ebbe ad osservare che nella tradizione giuridica italiana erano presenti, fin dai testi unici dell'età statutaria sulle norme di pubblica sicurezza e sulle leggi comunali e provinciali, anche strumenti che, per fronteggiare l'emergenza, erano invece abilitati a derogare i diritti e le libertà fondamentali. Tali strumenti avevano avuto una recrudescenza illiberale durante il regime fascista, ma non per questo erano stati mai abrogati. Per adesso sarà sufficiente rilevare che l'intervento in questione dell'On. Crispo consente di evidenziare come, quando si svolgono i lavori della Costituente, i Padri della Repubblica non solo abbiano presente il diritto vigente, ma conoscano anche la storia di quegli istituti (una storia fatta non esclusivamente dai momenti traumatici dell'esperienza fascista) e siano, perciò, perfettamente a conoscenza della diffusione, all'interno dell'ordinamento, dei poteri governativi d'ordinanza.

Vi è, però, un altro passaggio del dibattito sulla decretazione d'urgenza che risulta utile per comprendere la rilevanza della distinzione tra ordinanze e decreti-legge proposta dall'On. Crispo. Lo ricorda Esposito nella sua voce "Decreto-legge", in cui si riporta l'intervento dell'On. Ruini, il quale espresse una feroce critica al testo dell'art. 74 del progetto di Costituzione, giudicando singolare che si volessero fronteggiare le emergenze con uno strumento incapace di derogare le norme costituzionali<sup>48</sup>.

Ecco, dunque, dove si deve rinvenire la radice del silenzio costituente sul potere di ordinanza: lo stato d'eccezione assoluto, derogatorio dei diritti costituzionali. È di questo che implicitamente ragionano i Costituenti quando vengono in considerazione i problemi dell'emergenza. Quello che essi non vollero escludere espressamente, ma si rifiutarono di costituzionalizzare, era un potere amministrativo in grado di derogare i diritti e le libertà fondamentali. La domanda fondamentale diviene, allora, quella che porta ad interrogarsi sul perché non ci sia stata una costituzionalizzazione dello stato d'eccezione assoluto se i Costituenti ben sapevano che nell'ordinamento esistevano già delle norme che attribuivano un potere siffatto e le avevano viste applicare anche nell'esperienza dello stato liberale, quindi prima della loro evoluzione in senso autoritario avvenuta con il regime. Occorre, cioè, chiedersi il perché di questo silenzio, cosa si celi dietro ad esso. La spiegazione che se ne dà molto diffusamente in dottrina è che esso sia conseguenza indiretta dell'esperienza del regime fascista, a proposito della quale Paladin scrisse che ci fu un'avversione dei Costituenti nei confronti dei poteri normativi del Governo<sup>49</sup>.

Tale elemento certamente ebbe un ruolo significativo. Ma vi fu pure altro.

È possibile determinare le ragioni della scelta ambigua di tacere sullo stato d'eccezione assoluto, se si tiene presente che, fra le Costituzioni successive al primo dopoguerra, già in vigore al tempo in cui la Costituente svolge i propri lavori, ve n'era una sola che prevedeva il potere sospensivo illegale. Era, come noto, la Costituzione di

---

<sup>48</sup> Su cui C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 836 nota 17.

<sup>49</sup> Così L. PALADIN, in *Commentario della Costituzione*, Art. 77, Zanichelli, Bologna, 1979.

# Osservatorio sulle fonti

Weimar del 1919, che recava una disposizione, l'art. 48, comma 2, disciplinante l'istituto della cosiddetta *Diktaturkompetenz*. Si trattava della competenza propria del Presidente del Reich di sospendere con atto amministrativo i diritti e le libertà fondamentali per la tutela della salute della Repubblica, espressione che già Hobbes aveva utilizzato nel Leviatano per definire il supremo interesse all'unità dello Stato, alla stessa vita dell'ordinamento giuridico. L'art. 48, comma 2, della Costituzione di Weimar era stato protagonista di una vicenda, ben nota ai Costituenti, che aveva avuto una enorme eco nel dibattito costituzionalistico fra la prima e la seconda guerra mondiale, quella che Giuseppe Volpe ha poi definito la “*tragedia costituzionale di Lipsia*”<sup>50</sup>.

Si tratta del celebre processo che si svolse nel 1932 davanti allo *Staatsgerichtshof*, quando il Presidente del Reich decise di commissariare il Governo del *Land* di Prussia sulla base del rilievo che non erano stati adempiuti alcuni obblighi posti dalle norme federali. Per comprendere la vicenda è necessario ricordare che il comma 1 dello stesso art. 48 della *Weimar Verfassung* prevedeva un istituto simile alla *Diktaturkompetenz*, anch'esso capace di portare deroghe ai diritti e alle libertà fondamentali e, soprattutto, alle competenze degli Enti Territoriali. Era la cosiddetta *Reichsexecution*, la sostituzione federale, che rappresenta l'archetipo dell'odierno potere sostitutivo, come tale postulante l'inadempimento dei propri obblighi da parte dell'ente territoriale sostituito. Il Presidente del *Reich*, appellandosi al fatto che i presupposti materiali dei due istituti, *Reichsexecution* e *Diktaturkompetenz*, erano gli stessi, commissariò il Governo di Prussia sostenendo che il mancato rispetto, da parte di un *Land*, di un obbligo posto dalla normativa federale, creasse già di per sé un attentato all'unità statale: lo Stato è fatto dalle norme, l'ordinamento è unico e, se non si rispettano gli obblighi federali, per ciò stesso si attenta all'unità statale e, quindi, si giustifica il commissariamento. Ne scaturì, a fronte del ricorso promosso dalla Prussia per vedere tutelata la propria autonomia costituzionale, il “processo storico” del 1932, in cui il *Land* di Prussia venne difeso da Hans Kelsen, ed il *Bund*, lo Stato federale, da Carl Schmitt e da una schiera dei suoi assistenti, fra cui l'avvocato Belfinger, che sostenne la discussione finale della causa<sup>51</sup>.

Questa vicenda dovette influenzare non poco i Costituenti. E la ragione non meraviglia se si tiene presente il suo esito. Nella storica sentenza del 25 ottobre del 1932, infatti, lo *Staatsgerichtshof*, da un lato, predicò l'autonomia concettuale e normativa della disciplina della *Reichsexecution* rispetto a quella della “dittatura commissaria”, dall'altro, però, nel separare la sorte dei due istituti, affermò solo in relazione al primo la possibilità di un sindacato giurisdizionale sull'esistenza del presupposto costituzionalmente previsto (l'inadempimento del *Land*), mentre in relazione al secondo negò di potere e dovere verificare la costituzionalità dell'ordinanza

---

<sup>50</sup> G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, 165 ss.

<sup>51</sup> Per approfondimenti su queste vicende ID., *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 104 ss.

# Osservatorio sulle fonti

presidenziale, sia con riguardo all'esistenza dei presupposti sia con riferimento all'adeguatezza e proporzionalità delle misure adottate rispetto alla situazione concreta.

Il rischio che si dovette paventare ai Costituenti fu, dunque, quello di aprire la via ad un'esperienza analoga a quella che si era consumata nella Repubblica di Weimar, in cui la deferenza del giudice amministrativo nei confronti dell'effettività politica aveva non solo reso inutile la disciplina costituzionale dei limiti e dei presupposti dello stato d'eccezione assoluto, ma addirittura, per una infausta eterogenesi dei fini, aveva propiziato l'abuso del relativo potere. E il rischio dovette apparire concreto perché anche l'ordinamento giuridico italiano aveva conosciuto una simile deferenza dei giudici. La giurisprudenza del periodo statutario, infatti, propendette largamente per la tesi della legittimità dei decreti-legge e dei decreti sullo stato di assedio. È al riguardo sufficiente ricordare che in giurisprudenza dominò a lungo la tendenza a fondare la legittimità della decretazione d'urgenza (decreto-legge e ordinanze d'urgenza) sullo "stato di necessità", talora riguardato come "una invincibile necessità di fatto" che "diventa suprema ragione di diritto", talaltra come "salus rei publicae suprema lex". Fin dalla sentenza del 19 marzo 1894, la Corte di Cassazione, Sez. I, dichiarò la competenza parlamentare a sindacare l'esercizio dei poteri formali di stato di assedio in quanto adottati sotto la responsabilità ministeriale, di talché "illegittimità non si saprebbe vedere in un conflitto che sarebbe stato creato ingiustamente dai cittadini stessi e al quale lo Stato si oppone per necessità di tutela della propria esistenza". Lo stesso Consiglio di Stato, Sez. IV, nella decisione del 18 maggio 1895, rifiutò di sindacare la legittimità dei decreti-legge ed, in particolare, la necessità del provvedimento di eccezione perché invasivo delle prerogative parlamentari.

Ai Costituenti che avevano dinanzi l'immagine del conservatorismo giudiziario l'esperienza di Weimar dovette risuonare profetica, tanto che l'On. Tosato ebbe a dire, proprio a proposito del potere sospensivo illegale, che un solo ordinamento l'aveva conosciuto e che l'esito era a tutti tristemente noto<sup>52</sup>.

Alla luce di queste considerazioni non risulta privo di senso sostenere che il silenzio della Costituente non può essere considerato significativo della volontà di escludere la legittimità costituzionale del potere d'ordinanza, ma che esso fu piuttosto il frutto, non solo dei timori suscitati dall'esperienza di Weimar, ma anche della presa d'atto dell'esistenza di un intimo legame tra il potere di ordinanza ed altri due istituti su cui, invece, i Costituenti, dopo un fervente dibattito, erano giunti ad avere le idee molto chiare: l'opzione di fondo per la liberaldemocrazia, e quindi per il sistema parlamentare, e l'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale accentrata.

A bene vedere, infatti, questi tre elementi sono, non a caso, i pilastri della teorizzazione che Carl Schmitt fa della *Diktaturkompetenz*, considerato il moderno archetipo della dittatura commissaria: strame della liberaldemocrazia, garanzia costituzionale affidata al Presidente del Reich e non ad una Corte costituzionale (da dove la celeberrima polemica sul custode della Costituzione con Hans Kelsen),

---

<sup>52</sup> Sulle posizioni dei Costituenti in materia di stato d'assedio cfr. B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1108 ss.

# Osservatorio sulle fonti

riconoscimento al Presidente della Repubblica del potere sospensivo illegale. Ai Padri Costituenti, e a chi di loro si era nutrito del dibattito costituzionale del ventennio precedente, questo dovette sembrare un trinomio inscindibile: era impensabile distinguere la giustizia costituzionale dal parlamentarismo ed era altrettanto impensabile pensare di poter scindere il potere sospensivo illegale dalla giustizia costituzionale e dalla liberaldemocrazia. Quindi, una volta optato per i primi due, il silenzio sul terzo venne quasi da solo.

## 5.2 (Segue): il fondamento costituzionale delle ordinanze contingibili e urgenti

È possibile adesso, pur con tutte le “strozzature” che la riflessione deve subire per la sede in cui la si sviluppa, provare a tracciare qualche conclusione.

Innanzitutto, è il caso di dire espressamente che, alla luce dei paragrafi precedenti, dovrebbe risultare chiaro che, per come si deve interpretare la prassi e per come si devono leggere i lavori dell’Assemblea Costituente, la tesi dell’incostituzionalità del potere di ordinanza, fondata sulla “riserva di decreto-legge” di cui all’art. 77 Cost., non può essere condivisa.

Si può, invece, tentare di prospettare una tesi alternativa, provando a reimpostare la questione del fondamento costituzionale del potere di ordinanza<sup>53</sup>. A modo di vedere di chi scrive, questo tentativo non può prescindere dall’essere contestualizzato nell’orizzonte della forma di stato attuale, che è quella comunemente definita “costituzionale pluralista”. Con tale espressione si fa qui riferimento alla forma di stato in cui, per effetto del pluralismo fattuale, si afferma il principio della superiore prescrittività della Costituzione, in forza del quale la Costituzione non solo è norma superiore ma, come sosteneva già Paolo Barile, è anche norma direttamente regolativa – a discapito di quelle inferiori confliggenti – delle fattispecie concrete, non solo nei rapporti fra individuo e pubblico potere, ma anche nei rapporti tra individui (è la cosiddetta *Drittwirkung* di cui parla la dottrina tedesca)<sup>54</sup>.

Se si concepisce la nostra Costituzione come una fonte direttamente regolativa della fattispecie concreta, ci si accorge che a pretendere di essere applicate al caso concreto sono, innanzitutto, le norme che hanno maggiore portata prescrittiva, cioè sono le norme sui diritti e sulle libertà fondamentali, le quali reclamano di essere direttamente applicate alla realtà sostanziale, per conformarla, anche senza la previa intermediazione del legislatore. Ma, soprattutto, ci si accorge che le norme sui diritti e le libertà fondamentali, poiché sono il tratto distintivo della forma di convivenza civile e politica

---

<sup>53</sup> Sviluppo questo ragionamento in maniera più articolata di quanto non possibile in questa sede nel mio già citato *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., 347 ss., cui sia consentito un rinvio anche per colmare i limitati approfondimenti e riferimenti bibliografici sul pensiero degli autori citati nelle pagine che seguono.

<sup>54</sup> P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, Barbèra, 1951, *passim*; sulla dottrina tedesca in proposito si veda il contributo di O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*. *Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino, 2002.

# Osservatorio sulle fonti

che la Costituzione delinea, pretendono di essere applicate sempre, cioè anche nelle condizioni di emergenza. Detto altrimenti, esse pretendono di essere applicate anche durante la vigenza dello stato di eccezione.

Se ci si muove nella prospettiva dello Stato costituzionale pluralista, delle due l'una: o si accetta, *rectius* si arriva ad accettare, che la Costituzione abdichi alla disciplina della propria portata precettiva in condizioni di emergenza e, quindi, tolleri che in contesti emergenziali la volontà sovrana non si formi più secondo i circuiti della Costituzione (ossia che la sovranità non appartenga più al popolo nelle forme della Costituzione, come invece richiederebbe l'art. 1 Cost.), ma risieda altrove (nella necessità, nel diritto naturale, nella legge del più forte, etc...); oppure si deve arrivare a concludere che la Costituzione disciplina anche gli stati d'eccezione e, quindi, pretende l'effettività dei suoi diritti e delle sue libertà anche nelle condizioni di emergenza.

Ora, se ci si pone in questa prospettiva, ci si rende conto che le ordinanze di necessità ed urgenza non sono nient'altro che uno strumento attraverso cui si attuano, nelle condizioni di emergenza, i fini dell'ordinamento costituzionale, ossia quei fini che sono positivizzati dai principi costituzionali. Il potere di ordinanza è, cioè, uno strumento, o si può concepire come uno strumento, che può rendersi necessario quando l'attuazione dei diritti e delle libertà fondamentali pretende di avvenire, non solo in condizioni di emergenza, ma anche nel conflitto con gli altri diritti e le altre libertà. Solo se si muove da questa premessa assume un senso non meramente retorico l'affermazione della Corte costituzionale secondo la quale il fatto che le ordinanze possono limitare i diritti e le libertà rappresenta il frutto del dimensionamento in concreto che il contenuto del diritto assume nello stato d'emergenza per il fatto di dover concorrere con altre posizioni soggettive costituzionalmente tutelate (cfr., tra le altre, sentt. nn. 4 del 1977, 100 e 201 del 1987). Se si affronta la questione nell'ottica della norma costituzionale direttamente regolativa del caso concreto, infatti, si può fondatamente concludere che le ordinanze non vivono in un ordinamento libero da vincoli, ma che i limiti del relativo potere, non espressi dal legislatore, sono il frutto della portata precettiva dei diritti delle libertà fondamentali, nel bilanciamento che l'amministrazione di essi deve fare secondo il canone della ragionevolezza.

Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza chiama, dunque, in causa un altro concetto che nasce dalla diretta prescrittività della Costituzione, che è quello della cosiddetta "doppia coestensività fra amministrazione e costituzione"<sup>55</sup>, il quale vale ad esprimere l'idea che la cura degli interessi pubblici concreti, affidata all'amministrazione, presuppone che vi sia una perfetta coincidenza fra l'agire amministrativo ed il perseguimento dei fini costituzionali, perché, da un lato, tutta l'azione amministrativa deve trovare fondamento nella Costituzione, dall'altro, tutte le

---

<sup>55</sup> Su cui si vedano C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La costituzione italiana: saggi*, Cedam, Padova, 1954; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, III, Giuffrè, Milano, 1987, 385 ss. e, soprattutto, U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, 72 ss.; ID., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano, 2009, 2 ss.

# Osservatorio sulle fonti

norme costituzionali presuppongono un'attuazione amministrativa (anche la proprietà presuppone un'attuazione amministrativa, ad esempio attraverso il rilascio del permesso di costruire, per non parlare dei diritti sociali, che richiedono tutti una prestazione dei pubblici poteri).

Il potere di ordinanza, quindi, può trovare fondamento diretto nella Costituzione, purché la si concepisca come una Costituzione pluralista e come una Costituzione direttamente applicabile al caso concreto, che esprime la propria potestà precettiva attraverso le regole ordinarie del bilanciamento e della ragionevolezza.

Il principale pregio di questa diversa ricostruzione risiede nella circostanza che, riportando il discorso costituzionale al livello in cui si muovevano le vecchie teorie della necessità, ossia sul piano della validità normativa, e più in particolare della validità costituzionale (rispetto alla quale il funzionamento del sistema delle fonti deve essere una conseguenza, armonica, ma pur sempre una conseguenza), si riducono drasticamente i problemi legati alla compatibilità del potere d'ordinanza con il principio di legalità. Anzi, diviene possibile dimostrare come le esigenze sottese al necessario rispetto del principio di legalità nell'ideologia dello stato liberale di diritto possano comunque trovare adeguato soddisfacimento.

Sinteticamente, pare di poter dire che il principio di legalità viene in considerazione in una duplice veste. Diffusamente, infatti, si ragiona di valenza garantistica e di valenza democratica del principio di legalità.

Come noto, la valenza garantistica del principio di legalità è quella che si tematizza attraverso il concetto della "conformità alla previa legge", secondo cui l'atto amministrativo deve essere conforme alla legge, perché la legge esprime il suo schema legale tipico, con la conseguenza che, se il privato risulta leso in un suo diritto o interesse legittimo dall'atto che si discosta da tale schema, può rivolgersi ad un giudice ed ottenere tutela. Se, però, l'atto amministrativo non ha uno schema legale tipico, l'individuo non ha alcuna di forma di garanzia contro di esso, perché non può chiedere al giudice di "confrontarlo" con nessuna fonte. Ecco la valenza garantistica della "conformità alla previa legge", che tradizionalmente riposa sul principio di legalità: l'individuo ottiene tutela dal sindacato del giudice sul rispetto da parte dell'atto dello schema previsto dalla legge.

Ora, ciò che preme mettere in evidenza in questa sede è che, se si percorre la strada di fondare il potere d'ordinanza direttamente in Costituzione, l'esigenza sottesa alla valenza garantistica del principio di legalità non rimane insoddisfatta, ma semplicemente si trasferisce di piano, al livello della legge fondamentale, la quale contiene le regole ed i limiti di quel potere. Quest'ultimo, infatti, non è illimitato per la sola ragione che la legge non ne disciplina il contenuto, perché i suoi limiti derivano dal fatto che le libertà costituzionali - quelle che pretendono di essere attuate nel contesto emergenziale e quelle che con le prime vengono a confliggere - devono essere bilanciate in concreto secondo ragionevolezza. Un esempio, peraltro tratto dalla prassi, può rilevarsi utile. Se per fronteggiare l'emergenza derivante dal terremoto di L'Aquila il Governo pone dei limiti alla libertà di circolazione, vietando l'accesso in alcuni luoghi e con esso l'esercizio delle libertà costituzionali collegate, ha l'obbligo di motivare il

# Osservatorio sulle fonti

perché di tale divieto. E se lo stesso Governo, nel vietare le libertà di circolazione e di riunione, pone in essere misure non funzionali alla tutela della salute e della sicurezza dei cittadini, limita il diritto fondamentale concorrente antagonista più di quanto è strettamente necessario per perseguire il superamento dello stato d'emergenza, violando conseguentemente il principio di proporzionalità e quello di ragionevolezza. E tali principi possono fungere da parametro per il controllo giurisdizionale e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che si assumono lesi. L'esigenza garantista è così soddisfatta attraverso la sua trasposizione al livello della Costituzione, rendendo questo profilo di attrito con il principio di legalità più tollerabile dal punto di vista costituzionale.

Come altrettanto noto, l'altra esigenza fondamentale sottesa al principio di legalità è quella che si esprime attraverso la cosiddetta valenza democratica. Tale diversa accezione si può tematizzare attraverso il concetto di "presupposizione legislativa", il quale vale ad esprimere l'idea che tutti gli atti amministrativi presuppongono una legge che attribuisce all'amministrazione il potere esercitato. E ciò perché l'agire amministrativo può essere considerato democratico, nel senso di legittimamente fondato sulla sovranità popolare, solo se il potere in concreto esercitato deriva dalla legge, che lo autorizza trasferendogli il necessario collegamento con la sovranità popolare, che la medesima ricava, a sua volta, dal meccanismo della rappresentanza. È la legge parlamentare che trasferisce all'atto amministrativo, adottato in esercizio del potere che essa stessa ha attribuito all'amministrazione, la legittimazione democratica. Viceversa, l'atto amministrativo che non si fonda sulla "legge democratica" è un atto autoritario, che si colloca al di fuori del circuito della sovranità popolare.

Quando si ragiona di valenza democratica del principio di legalità, dunque, si fa riferimento alla legge in senso formale, perché è solo la legge adottata dalle Camere che può trasferire il *surplus* di legittimazione democratica che le deriva dall'essere espressione della volontà dell'organo eletto democraticamente e mimeticamente integrato con il popolo sovrano attraverso la rappresentanza. Quando si discute di valenza garantistica, invece, si fa riferimento al principio di legalità in senso sostanziale, cioè al complesso di limiti che possono essere utilizzati nel sindacato giurisdizionale dell'atto amministrativo, non importa se derivanti da legge, decreto-legge, decreto legislativo o da norma secondaria o da fonte non scritta.

Per cercare di comprendere come le esigenze sottese al principio di legalità come "presupposizione legislativa" possano essere soddisfatte, anche nel caso di un potere atipico come quello di ordinanza, è necessario tenere presente che la storia del pensiero costituzionale mostra che le forme di legittimazione democratica dell'agire amministrativo possono trovare un circuito anche diverso da quello della rappresentanza. E se, ormai da decenni, la dottrina mette in evidenza che la rappresentanza è in crisi, che la legge generale ed astratta del Parlamento ha perso sia la sua capacità di sintesi delle istanze provenienti dalla società civile (come diceva Leibholz<sup>56</sup>), sia la capacità

---

<sup>56</sup> G. LEIBHOLZ, *Die Repräsentation in der Demokratie*, trad. it. S. FORTI, *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, Milano, 1989, 109 ss.

# Osservatorio sulle fonti

mimetica del popolo sovrano, ossia non rappresenta più l'identità fra governanti e governati (come si predicava, anche se con diversità di accenti, nel pensiero di Madison<sup>57</sup>, Stuart Mill<sup>58</sup>, Friedrich<sup>59</sup> e Kelsen<sup>60</sup>), allora è forse possibile superare le difficoltà che tradizionalmente si incontrano a trarre da questa crisi le necessarie conseguenze ricostruttive.

In estrema sintesi, vale la pena chiedersi perché, se siamo disposti a constatare che la legge parlamentare non è più in grado di trasferire legittimazione democratica, né in termini di mimesi fra governanti e governati, né in termini di sintesi delle istanze sociali, poi troviamo difficilmente accettabile ridiscutere l'idea che l'atto amministrativo che non si basa su di essa sia autoritario. La capacità di legittimazione democratica della legge negli ordinamenti pluralisti, infatti, si è ridotta a ben poca cosa, perché il pluralismo è così estremo che non può più essere rappresentato o sintetizzato dalle forze del Parlamento.

Da qui deriva l'idea, ampiamente percorsa nel pensiero costituzionale (da Schumpeter a Popper), che nello stato costituzionale pluralista la legittimazione democratica vada ricercata altrove, non nel tratto ascendente della legittimazione democratica, cioè nell'investitura popolare, ma nel tratto discendente del rapporto governanti-governati, ossia nel controllo democratico attraverso cui si fa valere la responsabilità politica. Nella diversa prospettiva caldeggiata dalle cosiddette "teorie democratiche della responsabilità", infatti, la democraticità dell'atto governativo non si collega più al dato che esso è il frutto dell'esercizio di un potere attribuito dalla legge parlamentare, ma riposa nella circostanza che l'adozione di quell'atto genera responsabilità politica ed è sottoponibile al controllo che il corpo elettorale esercita in occasione delle periodiche revisioni del consenso che si realizzano attraverso le elezioni.

Per quanto sia radicale il ribaltamento di prospettiva che questa diversa lettura propone, proprio la limitata ma significativa vicenda di cui il potere governativo d'ordinanza in materia di protezione civile è stato protagonista nella storia più recente del nostro ordinamento testimonia che il controllo democratico-sociale sul modo in cui il Governo esercita determinati poteri non è estraneo alle dinamiche della realtà italiana contemporanea. La semplice esperienza di cittadini, oltre che naturalmente quella più specifica di giuristi, infatti, mostra come l'uso di questo potere si collochi ormai diffusamente al centro di un intenso dibattito, non solo nell'ambito della riflessione giuspubblicistica, ma anche in campo giornalistico, politico e più ampiamente culturale e se, per un verso, sarebbe certamente ingenuo pensare che il giudizio degli elettori italiani, in occasione della prossima verifica elettorale, si appunterà sulle modalità di

---

<sup>57</sup> J. MADISON, *The Federalist n. 14*, trad. it. L. LEVI in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista*, Il Mulino, Bologna, 1997, 215 ss.

<sup>58</sup> J.S. MILL, *Considerations on representative government*, trad. it. P. CRESPI, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Bompiani, Milano, 1946, 82 ss.

<sup>59</sup> C. J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, trad. it. M. GREGO, *Governo costituzionale e democrazia*, Neri Pozza Editore, Vicenza, 1950, 375.

<sup>60</sup> H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, trad. it. G. MELLONI, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, 74.

# Osservatorio sulle fonti

esercizio del potere *extra ordinem* della protezione civile, per altro verso, è difficilmente negabile che sull'aspetto, particolarmente sensibile, della gestione delle emergenze e della deroga ai diritti e alle libertà fondamentali, esiste ormai un controllo diffuso dell'opinione pubblica e che tale controllo contribuisce a trasferire una legittimazione democratica che si affianca a quella sempre più precaria della rappresentanza partitica, facendo avvertire ai governanti il "peso" della loro responsabilità.

## 6. Un "capitolo a parte"

In definitiva ed in estrema sintesi, pare di poter dire che il rapporto tra ordinanze del Governo e decreti-legge si è evoluto, alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere *extra ordinem*, secondo alcune linee di tendenza costanti che non risultano integralmente assorbite dalle dinamiche che la normazione ha maturato nel contesto della crisi economica. Quella del potere contingibile e urgente del Governo è, infatti, una storia che viene da molto più lontano e che ha sviluppato e mantenuto percorsi teorici e pratici propri rispetto a quelli legati alla più recente rimodulazione dei "rapporti normativi" tra legislativo ed esecutivo, all'interno della quale, però, è sempre bene tenerlo a mente, l'enfatizzazione del ruolo normativo del Governo derivante dalla necessità di fronteggiare l'instabilità della situazione economica si inquadra, a sua volta, in una più generale tendenza allo spostamento verso l'esecutivo del baricentro delle forme di governo parlamentari.

Ciò che, dunque, sembra potersi concludere è che, nella "storia" dell'allocatione del potere normativo tra Parlamento e Governo, quello del potere di ordinanza rappresenta un "capitolo a parte" rispetto a quello della crisi economico-finanziaria non solo per i diversi percorsi attraverso cui si è dipanato, ma anche per gli esiti che sembra aver prodotto, i quali vanno verso una progressiva "normalizzazione" del potere *extra ordinem* nel contesto degli sviluppi dell'ordinamento costituzionale pluralista e non nella direzione di aggiungere "storture" ad un impianto di produzione normativa già fortemente deviato dall'originario paradigma costituzionale.

In questo senso depongono, come visto, non solo le ormai non più recentissime e studiate tendenze alla "amministrativizzazione" del potere contingibile ed urgente del Governo, ma anche il ripristino della separazione tra politica e amministrazione nella titolarità del potere di ordinanza.