

DAL DECRETO-LEGGE ALLE ORDINANZE DI PROTEZIONE CIVILE, AMPIEZZA E LIMITI COSTITUZIONALI DEL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUL POTERE *EXTRA ORDINEM* DEL GOVERNO*

SOMMARIO: 1. Modello costituzionale e modello legislativo. 2. Diversità di controlli e garanzie tra decreto-legge e ordinanze di protezione civile. 3. Limiti all'esercizio del potere d'ordinanza. 4. Il sindacato della Corte costituzionale sui presupposti del decreto-legge e del giudice amministrativo su quelli delle ordinanze di protezione civile. 5. Limiti del sindacato politico per la Corte costituzionale e per il giudice amministrativo.

1. Modello costituzionale e modello legislativo

Il Costituente, lungi dall'ignorare l'esigenza di disciplinare l'emergenza e il conseguente stato di necessità da questa determinato, ha predisposto un vero e proprio modello costituzionale per farvi fronte. Questo riposa sulle previsioni contenute negli artt. 77, 78 e 126 della Carta fondamentale. In particolare gli artt. 78 e 126 Cost. rappresenterebbero delle situazioni straordinarie speciali e quindi meritevoli di una disciplina *ad hoc*. Mentre l'art. 77 Cost. assurge al rango di "centro di riferimento delle emergenze innominate"¹, mediante la previsione di una "norma attributiva della competenza straordinaria" all'esercizio provvisorio della funzione legislativa².

Il decreto-legge si pone, pertanto, come istituto emergenziale generale³ la cui disciplina, ad avviso di un' ormai classica dottrina⁴, determinerebbe una vera e propria riserva di decreto legge in casi straordinari di necessità ed urgenza. Con la conseguenza che al Governo sarebbe preclusa la facoltà di intervenire per disciplinare fatti emergenziali con strumenti diversi da quello previsto dalla citata disposizione e al contempo qualunque norma tesa ad attribuire, al Governo nella sua collegialità o all'Amministrazione, poteri *extra ordinem*, sarebbe da considerarsi costituzionalmente illegittima perché tesa ad alterare la disciplina costituzionale dell'emergenza e, di conseguenza, la forma di governo.

Se questo è il modello costituzionale di riferimento per la regolazione dell'emergenza e dello strumento tipico per fronteggiarla, allora è agevole annoverare il decreto-legge tra quegli istituti costituzionali

* Intervento programmato svolto al Convegno annuale di Copanello su *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, 1-2 Luglio 2011 e in corso di pubblicazione negli atti del convegno.

¹ In tema, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, 323 ss; ID, *Il conflitto tra autorità e regole: Il caso del potere d'ordinanza*, in www.forumcostituzionale.it.

² C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1962, 835; L. PALADIN, *Commento all'articolo 77*, in *Commentario alla Costituzione (artt.)*, a cura di Branca, Bologna, 1994, 52 ss; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, vol. I, 704 ss.

³ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, *op. cit.*, 835; L. CIAURRO, voce *Decreto-legge* in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, 1ss, P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 205; PACE, *Divagazioni sui decreti legge non convertiti*, in *Pol. Dir.*, 1995, 402, il quale considera il decreto legge "l'unico strumento costituzionalmente previsto per affrontare tutte le situazioni straordinarie di necessità ed urgenza, quale che ne sia il grado e l'intensità".

⁴ Così L. PALADIN, *Le fonti del Diritto italiano*, Bologna, 1996, 235 ss., il quale riteneva che, sulla base dell'art.77, comma 2, Cost. si potesse sostenere l'illegittimità costituzionale o, addirittura, l'avvenuta abrogazione delle disposizioni di legge attributive del potere di emanare ordinanze derogatorie ad ogni organo diverso dal Governo; Cfr., anche, C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, *op. cit.*, 866 ss., G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Noviss. Dig.*, XII, Torino 1965, 94 ss; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 331 ss; ID, *Il conflitto tra autorità e regole: Il caso del potere d'ordinanza*, in www.forumcostituzionale.it.

che nella prassi applicativa hanno registrato una più vistosa deviazione rispetto alla loro costruzione teorica⁵. Già molti anni addietro la dottrina si era premurata di evidenziare la doppia natura che aveva assunto il decreto-legge, da un lato procedura di abbreviazione del procedimento legislativo, e dall'altro vera e propria normazione d'urgenza con istituto straordinario⁶. Oggi, però, questa seconda caratteristica, che coincide con l'originaria configurazione della fonte di produzione del diritto in questione, sembra essere scomparsa del tutto in ragione di una previsione normativa (la l. n. 225/1992 e le sue successive modifiche) che ha dato vita ad un modello legislativo dell'emergenza di gran lunga differente rispetto a quello delineato dal Costituente. Infatti, si è determinato un trasferimento della normazione *extra ordinem* dal livello legislativo a quello dei poteri normativi dell'Amministrazione, deviando dal disegno costituzionale e dando vita, al contempo, ad un sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario⁷.

Ciò è avvenuto attraverso una serie di previsioni legislative che disciplinano in modo eterogeneo e sporadico il potere di emanare ordinanze di necessità ed urgenza, cioè di una serie di provvedimenti di dubbia collocazione nel sistema delle fonti e che segnano una deroga ai principi di tipicità e nominatività degli atti amministrativi, connotandosi invece per una peculiare atipicità contenutistica⁸.

Tra questi assumono una posizione del tutto peculiare, per la loro entità quantitativa e qualitativa, le ordinanze di protezione civile disciplinate dalla legge n. 225/1992 il cui art. 5, comma 1, com'è noto, attribuisce al presidente del Consiglio dei Ministri il potere di emanare ordinanze, anche in deroga alle disposizioni di legge vigenti, in presenza di un presupposto formale rappresentato dalla deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri e di un presupposto sostanziale consistente nel verificarsi dei casi di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), cioè "calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari". Il comma 4 del medesimo articolo attribuisce, inoltre, al Presidente del Consiglio la possibilità di avvalersi di Commissari delegati per l'emanazione delle citate ordinanze previa delega che circoscriva il contenuto dell'incarico, i tempi ed i modi del suo esercizio.

Già le poche norme citate sono un indizio della volontà di creare un sistema di regolazione dell'emergenza alternativo rispetto a quello delineato dal Costituente. Basti solo riflettere sulla singolarità di affidare al Governo (*rectius* al Presidente del Consiglio previa delibera dello stato d'emergenza da parte del Consiglio dei Ministri) l'emanazione delle ordinanze in questione. Ossia allo stesso organo a cui la Costituzione attribuisce lo strumento del decreto-legge, il quale, sin dalle sue origini⁹ è stato ideato per far fronte in modo tempestivo agli stessi eventi che la legge n. 225/1992 individua (genericamente) quali condizioni necessarie per l'esercizio dei poteri in materia di protezione civile.

⁵ La più vistosa deviazione rispetto al modello costituzionale delineato dall'art. 77 Cost., e cioè l'emanazione di decreti-legge al di fuori dei requisiti di necessità ed urgenza, si è realizzata con la "condiscendenza di tutti gli attori istituzionali", compresi gli organi di garanzia, come sottolineato da A. CELOTTO, *Ormai è crollato anche il requisito costituzionale della "immediata presentazione" del decreto-legge alle Camere per la conversione (prendendo spunto dal D. L. n. 98 del 2011)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, il quale denuncia la recente prassi di presentare il decreto-legge alle Camere con 5-7 giorni di ritardo rispetto alla sua approvazione da parte del Consiglio dei Ministri, in spregio all'art. 77, comma 2, Cost. che impone al Governo di sottoporre il decreto all'esame del Parlamento lo stesso giorno della sua adozione.

⁶ L. CIAURRO, *op. cit.*, 5; A. PREDIERI, voce *Parlamento*, in AA. VV., *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, a cura di A. PREDIERI, MILANO, 1975, 80, il quale ha coniato la celebre espressione che definisce il decreto-legge quale "disegno di legge rinforzato ad urgenza garantita"; ID, *Il Governo colegislatore*, in AA.VV., *Il decreto-legge tra Governo e Parlamento*, a cura di F. Cazzola- A. Predieri- G. Priulla, Milano, 1975, parla di una funzione "colegislativa" dell'esecutivo attraverso lo strumento del decreto-legge.

⁷ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pub.* 2007, 377.

⁸ R. GAROFOLI-G.FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Roma, 2010, 62, i quali giustificano la deroga al principio di tipicità in ragione dell' "elasticità di manovra" che l'ordinamento riconosce alla P.A. al fine di permetterle di fronteggiare in modo adeguato situazioni eccezionali non predeterminabili normativamente; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. Mazzaroli-G. Pericu-A. Romano-F. A. Roversi Monaco-F. G. Scoca, Bologna, 2001, 58, riconosce nella mancanza di un contenuto predeterminato il dato comune dei provvedimenti di ordinanza, che trovano nella legge autorizzativa unicamente l'indicazione dei presupposti di necessità ed urgenza e del fine perseguito; CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Milano, 1990, 402 ss., afferma che la norma attributiva del potere di ordinanza assolve al compito di individuare in un unico organo tutti i poteri che la legge ha attribuito alla P. A. "depurandoli di tutti gli enunciati che attengono all'esercizio del potere". In tal modo l'organo in questione può definirsi titolare di un potere "dittatorio", nel senso che in situazioni di necessità ed urgenza tali poteri si concentrano nel soggetto pubblico che è stato ritenuto il più adatto a "valutare" e "ponderare" gli interessi in conflitto; ID, voce *Ordinanze (Diritto amministrativo)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. IV, Milano, 3981 ss.

⁹ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, I, 1909, ora in *Scritti minori*, Milano, vol. I, 1990, 349 ss.

La dottrina, già nei primi anni di vigenza della disciplina, quando il fenomeno delle ordinanze di protezione civile era ancora ben lungi dall'assumere le attuali proporzioni¹⁰, aveva sottolineato come l'elusione dell'art 77 Cost. si realizzasse attraverso il conseguimento di quattro risultati sul piano giuridico-istituzionale. E cioè, a) demandare ad un'autorità diversa dall'organo di vertice dell'indirizzo politico-amministrativo la predisposizione della disciplina per far fronte all'emergenza; b) sottrarre al sindacato della Corte costituzionale le norme poste mediante ordinanze di protezione civile, poiché prive del requisito della forza di legge; c) eludere il controllo parlamentare; d) escludere totalmente il Presidente della Repubblica dalla vicenda¹¹.

Su questi argomenti, ed in particolare sui differenti controlli a cui sono sottoposti il decreto-legge e le ordinanze, si tornerà tra breve. Qui preme sottolineare, invece, come un'ulteriore conferma del carattere alternativo che le ordinanze in parola hanno assunto rispetto allo strumento del d.l. sia rappresentato dalla "destrutturazione della forma amministrativa del potere contingibile e urgente"¹²ⁿ e da un loro contenuto sempre più improntato alla presenza di norme generali e astratte che mal si conciliano con la loro natura non normativa.

A quanto detto, si aggiunge quello che forse è il più evidente indice sintomatico di un modello legislativo alternativo a quello costituzionale che si radica nell'interpretazione estensiva dei presupposti di fatto che legittimano il ricorso al potere di ordinanza e nella relativa prassi attuativa. Infatti, a fronte di un'individuazione legislativa alquanto generica ("calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari") che lascia un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione, si è registrata una proliferazione delle ordinanze di protezione civile nei settori più disparati del diritto pubblico interessando la materia degli appalti, della pianificazione territoriale, il pubblico impiego, la disciplina ambientale e i procedimenti di espropriazione, senza che fosse sempre riscontrabile una vera e propria situazione di emergenza caratterizzata da imprevedibilità e temporaneità¹³. Molto spesso intervenendo per rimediare ad inefficienze causate da una cattiva amministrazione o per fronteggiare fatti di amministrazione che non si riesce a gestire con metodi e poteri ordinari¹⁴. Con il risultato di dare vita, così, ad un modello di amministrazione dell'emergenza permanente¹⁵.

Come se ciò non bastasse si è anche registrato un ampliamento legislativo dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere d'ordinanza. Infatti, il d.l. n. 343/2001 convertito con la legge n. 401/2001 ha stabilito che "le disposizioni di cui al presente art. 5 si applichino anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza". Si è così introdotta una diversa ipotesi, non ricompresa nella nozione di "altri eventi" di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), che ha determinato il ricorso al regime d'eccezione e al potere necessitato d'ordinanza in una molteplicità di situazioni, spesso molto eterogenee tra loro, tra cui spiccano l'organizzazione di vertici internazionali, eventi religiosi e sportivi¹⁶.

¹⁰ Per una recentissima ed efficace disamina dell'impatto quantitativo e qualitativo assunto dalle ordinanze di protezione civile derogatorie di disposizioni legislative si rinvia ad A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2011.

¹¹ G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1995, 2189, il quale, pur denunciando l'elusione della disciplina costituzionale da parte delle ordinanze di protezione civile, riconosce che la previsione legislativa contenuta nella legge n. 225/1992 rappresenti il tentativo più ambizioso per razionalizzare casi e procedure dell'emergenza tenendo in considerazione i principi e i criteri enunciati dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni in materia di ordinanze di necessità ed urgenza.

¹² A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, a cura di P. CARETTI, Torino, 2007, 236.

¹³ Sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 365 ss., nello specifico nota 20, il quale individua in particolare quattro principali settori normativi oggetto di deroga: quello degli "appalti di lavori, servizi e forniture e altri contratti pubblici", quello della "conformazione e pianificazione di beni immobili o del territorio", quello del "rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni" e quello residuale delle "altre discipline generali e di settore"; A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura*, cit., 1 ss., il quale indica i principali casi di deroga alla disciplina vigente operati con le ordinanze di protezione civile; A. CARAPPELLUCCI, *Il Potere d'ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento "extra ordinem"*, in *Foro amm.*, T. A. R., 2010, 328 ss.

¹⁴ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 367

¹⁵ A. FIORITTO, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2011.

¹⁶ Per una più approfondita disamina dei casi ved. G. MARAZZITA, *conflitto tra autorità e regole: Il caso del potere d'ordinanza*, in www.forumcostituzionale.it

Non si può tacere, inoltre, la singolarità di una norma introdotta con gli artt. 2 e 3, comma 1, del d.l. n. 245/2002 che autorizza il Capo del Dipartimento della protezione civile a ricorrere al potere di ordinanza “anche prima della dichiarazione dello stato di emergenza di cui all’art.5, comma 1,” della l. n. 225/1995, “qualora per l’eccezionalità della situazione emergenziale da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione dell’integrità della vita [...] il Presidente del Consiglio dei Ministri disponga, con proprio decreto, su proposta del Capo del Dipartimento della protezione civile, sentito il presidente della Regione interessata, il coinvolgimento delle strutture operative nazionali del Servizio nazionale della protezione civile per fronteggiare l’emergenza”. Dalla lettera della norma si evince la previsione di una procedura di intervento ancor più celere rispetto a quella della l. n. 225/1992 in situazioni che determinino emergenze eccezionali, insomma una sorta di emergenza rinforzata meritevole di una disciplina ancor più tempestiva e “snella” di presupposti formali.

Sino a questo momento, nella succinta disamina che si è condotta sul potere di ordinanza in materia di protezione civile, si è detto come queste si pongano in una posizione alternativa rispetto al decreto-legge. Ma, invero, è possibile argomentare come rappresentino un momento di forte tensione per l’intero sistema delle fonti e per i principi costituzionali su cui esso si fonda. Al riguardo è sufficiente soffermarsi su come la legge n. 225/1995 abbia determinato la creazione di un sistema delle fonti parallelo a quello delineato in costituzione ed assistito da una propria gerarchia interna al vertice del quale si pongono le norme costituzionali, quelle comunitarie e i principi generali dell’ordinamento (che rappresentano l’unico limite alla capacità derogatoria delle ordinanze in questione). In posizione immediatamente inferiore, in luogo di leggi, regolamenti e atti amministrativi generali, si trova l’ordinanza collegiale sullo stato d’emergenza, sulla quale si radica quella monocratica del Presidente del Consiglio che a sua volta sarà presupposto di legittimità delle ordinanze poste in essere dai Commissari straordinari, nominati ex art. 5, comma 4, l. n. 225/1995, che questi saranno delegati ad emanare sulla base dell’ordinanza madre del Capo del Governo¹⁷.

L’ultimo fenomeno, in ordine cronologico, di snaturamento del ruolo delle ordinanze è però rappresentato dalla prassi, invalsa nel corso della XVI legislatura, di utilizzarle per dare attuazione ai decreti-legge. In genere sempre per disciplinare settori estranei all’emergenza e con una finalità attuativa che non appartiene loro¹⁸. In questo caso sembrerebbe che le ordinanze in parola divengano uno strumento alternativo, non più solo al decreto legge, ma anche ai regolamenti d’esecuzione o di attuazione-integrazione. Ciò a motivo delle minori garanzie formali e sostanziali che assistono i provvedimenti contingibili e urgenti rispetto alle fonti regolamentari. Le ordinanze, infatti, sono caratterizzate dall’assenza di una predeterminazione legislativa del loro contenuto, che invece non può mancare, anche solo nelle vesti della legalità formale, per le fonti emanate ex art 17, comma 1, lett. a) e b), della legge n. 400/1988. Se questo è, per così dire, lo stato dell’arte con cui si trova ad operare il giurista, cioè con una disciplina legislativa di dubbia costituzionalità, benché fatta salva dalla Consulta, e una prassi applicativa ancor più costituzionalmente sospetta, allora risulta importante indagare i controlli in materia, soffermandosi sulle diverse garanzie di cui è assistita l’adozione dei decreti-legge rispetto alle ordinanze di protezione civile.

2. Diversità di controlli e garanzie tra decreto-legge e ordinanze di protezione civile

Una siffatta disciplina, oltre a destare perplessità per i punti di rottura che essa sembra determinare nei confronti della Costituzione e della regolazione dell’emergenza tracciata dal Costituente, si pone in antitesi anche rispetto al disegno del legislatore costituzionale che ha voluto circondare di numerose

¹⁷ S. AGOSTA, *Il potere d’ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in www.gruppodipisa.it, e ora in corso di pubblicazione negli atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa” su “Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici”, svoltosi a Milano- Università Bicocca il 10-11 Giugno 2011, il quale parla di un rapporto del tipo ordinanza-madre e ordinanze-figlie esistente tra l’ordinanza del Presidente del Consiglio e le ordinanze emanate dai Commissari straordinari che traggono la loro legittimazione dalla prima, che si limita ad indicare le norme derogabili, mentre le seconde operano in concreto la deroga alla legislazione vigente; A. CARAPPELLUCCI, *Il Potere d’ordinanza oltre l’emergenza: i problemi dell’impiego ordinario di uno strumento “extra ordinem”*, cit., 331 ss; F. SATTÀ, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXII, 1990, 3.

¹⁸ Più diffusamente al riguardo ved. E. ALBANESI-E. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile “per l’attuazione dei decreti legge”(ed altri scostamenti dalla L. n. 225/1992)*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2245.

garanzie il potere del Governo di emanare atti aventi forza di legge¹⁹. La diffidenza dei Costituenti si fondava sull'uso abnorme che il Governo fascista aveva fatto dei "decreti reali" i quali avevano rivestito un ruolo decisivo nella progressiva modifica della forma di Stato realizzata senza intaccare formalmente lo Statuto ma introducendo numerose deroghe legislative al suo contenuto. Per questi motivi il legislatore costituzionale ha previsto l'emanazione da parte del Presidente della Repubblica, la delibera del Consiglio dei Ministri chiamato ad approvare il contenuto del decreto e soprattutto il controllo successivo del Parlamento al quale spetta di convertire il decreto nel breve lasso di tempo di sessanta giorni. Insomma una serie di specifiche garanzie a cui si aggiunge il sindacato della Corte costituzionale sul decreto-legge e sulla legge di conversione.

Nel caso delle ordinanze di protezione civile, pur trattandosi di provvedimenti idonei a derogare alla legislazione vigente (indicando le principali norme a cui si intende derogare e ottemperando all'obbligo di motivazione) l'unica forma di controllo è rappresentata dalla possibilità di impugnazione davanti al giudice amministrativo²⁰. Infatti, il decreto-legge n. 90/2008, convertito con la legge n. 123/2008, ha persino sottratto i provvedimenti in parola al sindacato della Corte dei Conti in sede di controllo preventivo di legittimità²¹. Ma ciò che preme evidenziare in questa sede è la totale marginalizzazione del ruolo del Parlamento che, pur potendo attivare i tradizionali strumenti di informazione e controllo, è totalmente estraneo alla determinazione del contenuto dell'ordinanza che potrà derogare a qualunque norma legislativa (con i soli limiti dei principi generali dell'ordinamento) senza che le Camere siano in alcun modo chiamate, in via preventiva o successiva, a rivestire un qualche ruolo in merito alla verifica della sussistenza dei presupposti per emanarla o rispetto all'individuazione delle norme da questa derogate. Da questo punto di vista le minori garanzie rispetto alla disciplina decreto legge sono evidenti.

Ma anche sul versante dell'approvazione del Governo e del loro procedimento di adozione si riscontra una *deminutio* di controlli rispetto alla disciplina dell'art. 77 Cost. Infatti, come si è già detto, il Consiglio dei Ministri si limita a dichiarare lo stato d'emergenza e i suoi limiti spaziali e temporali, mentre spetterà al Presidente del Consiglio (o nello specifico caso di cui agli artt. 2 e 3, comma 1, del d.l. n. 245/2002, al Capo Dipartimento della protezione Civile) e quindi ad un organo monocratico, l'adozione delle ordinanze e soprattutto l'individuazione delle norme da derogare o derogabili. Si tratta, quindi, di una funzione amministrativa affidata ad un organo di natura politica, in deroga al principio di separazione tra attività di indirizzo politico e amministrazione sancito dall'art. 4 del dlgs n. 165/2001. Deroga che, invero,

¹⁹ Ciò emerge palesemente dalle parole dell' on. Ruini, secondo cui occorre limitare l'arbitrio "con freni e prescrizioni così rigorosi, che il Governo non adotti l'inevitabile male dei decreti-legge, se non in casi di vera e assoluta necessità" ved. *seduta* del 17 Ottobre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. IV, Roma, 1970, 3341.

²⁰ Il giudice, in primo grado, è il Tar del Lazio alla cui competenza funzionale inderogabile va ascritto il sindacato sulle ordinanze di protezione civile e sui consequenziali provvedimenti commissariali secondo quanto già previsto dall'art. 3, comma 2bis, del d. l. 30 Novembre 2005 n. 245 e ora dagli artt. 14 e 135 c. p. a. Invero questa scelta del legislatore di accentrare il sindacato sui provvedimenti *extra ordinem* del Governo presso il giudice laziale ha destato non poche perplessità negli stessi giudici amministrativi che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 24, 25, 125 e 111 Cost. ed anche rispetto all'art. 23 dello Statuto Siciliano. La Consulta, con la sent. n. 237/2007, ha dichiarato infondate le censure mosse nei confronti delle norme indubiate affermando che la *ratio* della disciplina derogatoria vada ricercata nella peculiarità del regime che caratterizza le situazioni emergenziali, nonché nel carattere ultraregionale delle misure chiamate a fronteggiarle prescindendo dal loro ambito geografico di incidenza. Nonostante ciò, la competenza del Tar Lazio continua a destare qualche perplessità soprattutto in relazione al sindacato sulle ordinanze di protezione civile emesse dai Commissari nominati ex legge 225/1992. In questi casi, infatti, non sempre è possibile affermare che la gestione dell'emergenza abbia carattere nazionale come sostiene, invece, la Corte costituzionale con la pronuncia poc'anzi citata. Al riguardo ved. F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale accresce la competenza territoriale del Tar Lazio: verso un nuovo giudice centrale dell'emergenza?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 491 ss., il quale propone di operare, nei casi di situazioni emergenziali, una "valutazione in concreto mediante ragionevolezza" della competenza in considerazione del rilievo territoriale dell'interesse, cioè a seconda che questi abbia o meno base nazionale.

²¹ Si tratta di una scelta che oltre a destare delle remore circa la sua opportunità, poiché attenua ulteriormente le garanzie di cui è rivestito il potere contingibile ed urgente del Governo in ossequio alla tempestività con cui fronteggiare le emergenze, presenta, anche, seri dubbi di legittimità costituzionale rispetto all' art. 100, comma 2, Cost. Invero, la Corte dei conti, con la deliberazione n. 5/2010/P, ha avuto modo di affermare come indipendentemente dal *nomen iuris* del provvedimento governativo, essa sia chiamata ad esercitare il proprio potere-dovere di controllo. Nel caso di specie il giudice contabile ha ravvisato che il D.P.C.M. in parola non fosse stato emanato nel rispetto dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge n. 225/1992 e non potesse essere ricompreso tra le ordinanze di protezione civile sottratte al controllo preventivo di legittimità ex art. 14 D. L. 90/2008, bensì tra le "direttive generali per lo svolgimento dell'azione amministrativa" di cui alla let. b dell'art. 1, comma 3, della legge n. 20/1994. Al riguardo cfr. anche Corte Conti, Sez. contr., 20 maggio 2010, n. 9; Id., 4 agosto 2010, n. 16.

investe un po' tutto il sistema dell'emergenza e la relativa struttura della protezione civile anche in ragione della sua collocazione presso la sede del coordinamento politico del Governo²².

Ulteriore punto controverso in ordine alle garanzie, o meglio all'assenza di garanzie, in tema di ordinanze e che, forse, recentemente è stato il più esaminato dalla dottrina costituzionalistica per evidenziare il *deficit* di controlli in materia, è quello della totale esclusione del Presidente della Repubblica dal circuito del potere contingibile e urgente²³.

Si tratta certamente di una scelta discutibile rispetto all'impianto della Carta fondamentale che, attraverso gli artt. 76 e 77 Cost. e la più generale previsione dell'art. 87, comma 5, Cost., ha attribuito al Presidente, mediante il potere di emanazione, una forma di controllo sull'esercizio dei poteri normativi da parte del Governo. Poco importa, in questa sede, indagare le diverse tesi che si sono succedute in dottrina circa l'ampiezza e l'oggetto di un simile sindacato²⁴. È invece più importante sottolineare quanto sia inopportuno sul piano della coerenza dell'ordinamento sottrarre atti tanto importanti al vaglio del Capo dello Stato. Detta coerenza appare compromessa anche guardando alla legislazione ordinaria, oltre che al disegno costituzionale. Infatti, la legge n. 400/1988 prescrive per la nomina dei Commissari del Governo il decreto presidenziale così come, più in generale, per tutti gli atti emanati su delibera del Consiglio dei Ministri²⁵.

Ciò detto, è poco credibile che la previsione di un potere presidenziale di emanazione delle ordinanze o di dichiarazione dello stato d'emergenza, sia in grado di arginare l'alluvione dei provvedimenti contingibili e urgenti di protezione civile. Infatti, anche se il legislatore, *melius re perpensa*, modificasse la legge n. 225/1995 nel senso di prevedere una siffatta competenza del Quirinale, si tratterebbe, comunque, di un'altra delle numerose funzioni amministrative attribuite al Capo dello Stato, e in quanto tale, totalmente attratta nell'area degli atti sostanzialmente governativi. Di conseguenza, anche in questo caso il Presidente si limiterebbe ad esercitare il ruolo che gli è proprio in relazione alla funzione amministrativa, ossia quello di "massimo organo di esternazione della volontà dell'amministrazione centrale dello Stato [...] e con possibilità [...] di rinvio con richiesta di riesame degli atti stessi all'organo governativo di provenienza"²⁶, fermo restando che in caso di resistenza alle valutazioni presidenziali da parte del Governo, che dell'atto si assume la responsabilità, il Capo dello Stato non potrebbe rifiutarsi di emanarlo.

D'altronde al riguardo è paradigmatica l'esperienza delle decretazione d'urgenza, il cui abuso non è stato certamente arginato dal potere presidenziale di emanazione, pur costituzionalmente previsto²⁷.

²² A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 243, il quale giustifica la deroga al principio di separazione tra politica e amministrazione con la necessità di prendere decisioni rapide, e soprattutto con il fatto che l'amministrazione dell'emergenza, caratterizzata dall'esercizio di poteri con un forte contenuto autoritario, non può che impegnare la P. A. in tutte le sue componenti, tanto quelle politiche quanto quelle amministrative.

²³ A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura*, cit., 18; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 47, ritengono entrambi opportuno che la dichiarazione sullo stato d'emergenza, deliberata dal Consiglio dei Ministri, sia poi adottata con D. P. R. piuttosto che con D. P. C. M.; S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, cit., 41 ss., ID., *Ruolo del Presidente della Repubblica e ordinanze contingibili ed urgenti del Governo*, in *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Atti di un incontro di studio, Messina-Siracusa, 19-20 Novembre 2010, a cura di A. Ruggeri, Torino, 387 ss., ipotizza, invece, un possibile controllo del Capo dello Stato sulle singole ordinanze, immaginando un intervento del Presidente di intensità diversa a seconda che il suo sindacato investa i presupposti oppure il contenuto dell'atto. Mentre per quel che concerne la possibile emanazione della dichiarazione sullo stato d'emergenza da parte del Quirinale, questa dottrina prospetta, *de iure condendo*, un crescendo delle forme di intervento, dalla meno invasiva *moral suation* sino al diniego assoluto di firma nei casi più gravi.

²⁴ Ved. Per tutti G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana. Note preliminari*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1951, 959; P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 295 ss.; S. CALZOLAIO, *Il rinvio delle leggi nella prassi*, in *Quad. Cost.*, 2006, 864 ss.

²⁵ Insiste su quest'aspetto di incoerenza rispetto alla legge n. 400/1988 G. MARAZZITA, *confitto tra autorità e regole: Il caso del potere d'ordinanza*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁶ G. MOTZO - E. DE MARCO - M. FRANCHINI - U. ROSSI MERIGHI, *Le competenze amministrative del Presidente della Repubblica*, in *Trattato di Diritto amministrativo* a cura di G. Santaniello, Padova, 1990, 106.

²⁷ R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in www.astrid-online.it, sottolinea come la Corte abbia dichiarato privi in "maniera evidente" dei presupposti di necessità ed urgenza decreti-legge firmati dal Capo dello Stato. Sui poteri del Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti aventi forza di legge adottati dal Governo ved. Per tutti, S. M. CICONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Diritto e società*, 1980, 559 ss.; S. GALEOTTI - B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. Pubbl*, XI, Torino, 1996, 466; F. SORRENTINO, *Lefonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, 157;

Semmai, attraverso il controllo del Presidente si è riuscito ad evitare, invero non sempre²⁸, che venissero adottati decreti aventi forza di legge palesemente in contrasto con la Carta²⁹. Parimenti, per quel che concerne le delegificazioni, il controllo operato dal Capo dello Stato in sede di promulgazione non ha impedito che entrassero in vigore leggi il cui contenuto, ben lungi dal rispettare quanto previsto dall'art. 17, comma 2, legge n. 400/1988, è assimilabile a "giudiziose manifestazioni di buona volontà [...] nelle quali non solo manca lo schizzo sommario del quadro ma manca anche la cornice; viene indicato soltanto il muro dove in futuro il quadro dovrà essere appeso"³⁰.

Ecco che, allora, il controllo più efficace (oltre a quello politico del Parlamento da recuperare) non può che essere radicato intorno al binomio Corte costituzionale/giudici amministrativi. Nello specifico, risulta particolarmente importante, accanto al ruolo rivestito dal giudice delle leggi, il sindacato del giudice amministrativo. Questi, però, come si cercherà di argomentare, soffre di alcuni limiti dovuti alla peculiarità delle attribuzioni emergenziali di protezione civile, che si collocano a metà tra il potere politico e quello amministrativo.

3. Limiti all'esercizio del potere d'ordinanza

Il sindacato del giudice naturale della legittimità del potere pubblico si radica in un quadro generale di presupposti e limiti al potere d'ordinanza individuato dalla legge n. 225/1992 e soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale che, principalmente in sede di conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni, si è più volte pronunciata in materia³¹ dando, così, la possibilità al giudice amministrativo di riprendere ed applicare i principi da essa enucleati.

Nello specifico è possibile individuare una serie di limiti sostanziali e procedurali al potere di ordinanza. Tra questi, alcuni possono considerarsi esterni ad esso, e sono quelli rinvenibili nei principi generali dell'ordinamento giuridico e, a maggior ragione, nel rispetto dei principi costituzionali e del diritto comunitario. I primi si pongono come una vera e propria cornice³² entro cui può legittimamente esercitarsi il potere contingibile ed urgente, ma al contempo risentono della loro indeterminatezza che lascia all'interprete di turno, con amplissima discrezionalità ermeneutica, il compito di individuarli e, quindi, di stabilire, con evidenti margini di incertezza, quando il potere sia stato esercitato nel rispetto o meno di detti principi. A dimostrazione di ciò è sufficiente argomentare, come fa autorevole dottrina³³, che l'applicazione concreta che si è fatta dei poteri d'ordinanza e delle deroghe alla disciplina vigente, ha investito principi generali, anche di rango costituzionale.

Un'importanza del tutto peculiare riveste invece il limite rappresentato dal diritto comunitario³⁴. Al riguardo basti solo pensare che gran parte delle ordinanze investe materie oggetto di disciplina europea, primo tra tutti il settore degli appalti di opere e servizi pubblici. La giurisprudenza, dopo qualche prima ed isolata pronuncia di segno contrario³⁵, ha riconosciuto l'inderogabilità della normativa comunitaria ad opera

²⁸ Il riferimento è al noto caso del decreto-legge n. 29/2010 c.d. "salva liste" con il quale si è consumata una vicenda ai margini del c.d. "caso di scuola", poichè il Governo ha fatto uso dei propri poteri normativi per modificare le regole del gioco politico in "corso d'opera" attraverso una norma che, dietro il paravento dell'interpretazione autentica, in realtà modificava le regole elettorali concernenti l'ammissione delle liste elettorali per le elezioni regionali. Sull'argomento cfr. A. RUGGERI, *L'irragionevole decreto "salva-liste" e la ragion di Stato, ovvero la problematica "bilanciamento" tra il primato della politica e il primato della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁹ A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*; U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*; S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, tutti in www.astrid-online.it.

³⁰ Con questa efficace metafora si esprime G. SILVESTRI, "Questa o quella per me pari sono...". *Disinvoltura e inquietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in www.costituzionalismo.it, 2009, 13.

³¹ *Ex multis* sentt. C. Cost. n. 418/1992, n. 335/1993, n. 116/1994, n. 127/1995, n. 284/2006.

³² G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità ed urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, IV, Napoli, 2008, 1993, che assimila il rapporto intercorrente tra ordinanze e principi generali a quello esistente, in materia di potestà concorrente, tra legge cornice statale e legge regionale. Questa, infatti, è libera di esprimersi ma solo nel rispetto del quadro dei principi generali della materia posti dall'atto statale di normazione.

³³ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., 380.

³⁴ Su cui ved. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *op. cit.*, 63, che sottolineano come nel settore delle procedure per l'affidamento di contratti la disciplina di cui agli artt. 57 e 58 d.lgs n. 163/2006 dia la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata qualora lo richiedano situazioni di urgenza; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 479.

³⁵ Cfr. sent. T.A.R. Puglia, Bari, n. 208/1997, ove si riteneva legittima la deroga alla disciplina comunitaria operata con ordinanze emanate ex art. 5 legge 225/1992.

delle ordinanze di protezione civile. Del resto un diverso orientamento, che desse facoltà alla P.A. di derogare alle norme di derivazione europea, si porrebbe in netto contrasto con il principio di primazia dell'ordinamento comunitario, da cui consegue la disapplicazione, da parte del giudice, delle norme interne in contrasto con esso, secondo l'ormai consolidato insegnamento impartito dalla Corte costituzionale³⁶.

Invero le frequenti eccezioni alla normativa comunitaria hanno indotto la Commissione europea ad avviare numerose procedure di infrazione contro l'Italia argomentando che "solo situazioni caratterizzate da imprevedibilità e non imputabilità allo Stato membro" facoltizzino interventi in deroga³⁷ al diritto europeo. A fronte della posizione della Commissione, il Presidente del Consiglio si è limitato ad intervenire con un atto di indirizzo nel quale si afferma come le ordinanze di protezione civile non "debbono contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie" tranne che "in ipotesi di assoluta eccezionalità dell'emergenza". La direttiva in parola, quindi, non aggiunge nulla rispetto a quanto già affermato dalla Commissione e non fornisce indirizzi utili ad evitare il perpetuarsi di interventi derogatori del diritto comunitario oltre l'emergenza³⁸.

Per quel che concerne, invece, quelli che possono definirsi i limiti sostanziali e procedurali interni al potere contingibile ed urgente, qui è possibile operare solamente una breve rassegna dei principi enucleati dalla giurisprudenza e rinvenibili nella disciplina posta dalla legge n. 225/1992. Tra questi spiccano l'efficacia limitata nel tempo delle ordinanze in considerazione della necessità e dell'urgenza, l'obbligo di motivazione ed il rispetto del principio di proporzionalità.

In relazione alla limitata efficacia temporale, questa si evince già dalla lettera dell'art.5, comma 1, l. n. 225/1992, là dove prescrive che la dichiarazione dello stato d'emergenza indichi durata ed estensione territoriale della stessa ma anche dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa che esplicitamente lo ribadisce³⁹. A ciò si aggiunge l'orientamento tradizionale che vuole che tutte le ordinanze (quindi non unicamente quelle di protezione civile) siano "costitutivamente temporanee"⁴⁰. Da qui discende che, venuta meno l'urgenza e la contingibilità, non si giustifichi più la sussistenza di provvedimenti emergenziali.

Tra i limiti procedurali, uno su tutti si impone alla P.A. ed è l'obbligo della motivazione. Questo non discende semplicemente dalla previsione generale di cui all'art. 3 legge n. 241/1990, ma trova uno specifico fondamento nell'art.5, comma 5, legge n. 225/1992 ove prescrive che "le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti devono contenere le principali norme a cui si intende derogare e devono essere motivate". Si tratta, invero, di una disposizione molto carente dal punto di vista del *drafting* legislativo. Infatti non è ben chiaro se l'obbligo di motivazione si riferisca alle sole ordinanze che prevedano astrattamente la possibilità di operare la deroga, oppure a quelle effettivamente derogatorie o ad entrambe⁴¹. A prescindere da ciò, la disposizione in questione risulta particolarmente significativa perché chiarisce come questi provvedimenti d'urgenza, anche quando presentino un contenuto generale ed astratto e abbiano quindi una natura sostanzialmente normativa, obblighino la P.A. a motivare. Si tratta di una previsione che non necessariamente sarebbe gravata in capo all'amministrazione se vi fosse stato quale parametro di riferimento il solo art. 3 legge n. 241/1992 poiché questi, com'è noto, esclude dall'obbligo di motivazione proprio gli atti amministrativi a contenuto normativo. Di converso, la portata dell'obbligo in parola risulterebbe limitata se interpretata nel senso di imporre alla P.A. di motivare esclusivamente le deroghe operate nei confronti delle norme aventi forza di legge e non delle disposizioni di natura secondaria⁴².

La motivazione, nonostante l'urgenza di provvedere, deve rendere conto sia dei presupposti per il legittimo esercizio del potere sia degli elementi istruttori che hanno portato l'amministrazione ad adottare l'atto. Come riconosciuto dalla giurisprudenza, in capo alla P.A. grava l'obbligo di condurre, quantomeno,

³⁶ *Ex plurimis* sent. C. cost. n. 80/2011.

³⁷ Ved. Direttiva Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 Ottobre 2004 recante "Indirizzi in materia di protezione civile in relazione all'attività contrattuale riguardante gli appalti pubblici di lavori, di servizi e forniture di rilievo comunitario" in G. U. 21 Dicembre 2004 n. 298.

³⁸ A. CARAPELLUCCI, *Il Potere d'ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento "extra ordinem"*, cit., 329.

³⁹ Cfr. Sent. C. Cost. n. 127/1995; Cons. St., 18 Ottobre 2002, IV, n. 5721; *Contra* però Cons. St., 13 Ottobre 2003, V, n. 6169, che ritiene la temporaneità della misura adottata non coerente con la necessaria "elasticità" del potere *extra ordinem*, per cui, qualora la fattispecie concreta richieda misure prive di provvisorietà, sarà legittimo ricorrere ad ordinanze prive di limite temporale.

⁴⁰ G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., 2192.

⁴¹ S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, cit., 52, nota 129.

⁴² G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., 2197.

quegli accertamenti che siano strettamente necessari a verificare se sussistano i rischi paventati⁴³. Ciò si realizzerà attraverso un'adeguata istruttoria⁴⁴ i cui risultati verranno trasfusi nella motivazione, il cui scopo precipuo sarà quello di giustificare l'esistenza di un nesso di proporzionalità tra la situazione emergenziale paventata e le misure concretamente adottate⁴⁵.

E proprio il controllo di proporzionalità riveste un ruolo centrale quale limite al potere di ordinanza, e al contempo quale strumento, in capo al giudice amministrativo, per valutare il legittimo esercizio del potere contingibile ed urgente. Esso assurge al rango di principio generale dell'ordinamento giuridico⁴⁶ e presuppone l'esistenza di un nesso ragionevole e controllabile tra le misure adottate e l'evento da fronteggiare. Un siffatto scrutinio si atteggia in modo assai più penetrante rispetto al semplice sindacato sull'eccesso di potere⁴⁷, poiché non si limita a valutare la logicità-congruità delle scelte compiute dall'amministrazione nell'esercizio dei poteri che le sono attribuiti dalla legge per la cura di interessi determinati ma, attraverso un'indagine trifasica⁴⁸, si spinge a sindacare "l'idoneità" della misura rispetto allo scopo da raggiungere, "la necessità" della misura, cioè la sua minore invasività rispetto agli interessi coinvolti e la sua "adeguatezza", la quale è intesa in termini di proporzionalità rispetto al fine, ossia proporzionalità tra situazione, atto e interesse perseguito. Facendo applicazione del principio in parola, dunque, è possibile individuare un nesso, scrutinabile in termini di ragionevolezza, tra le misure adottate e gli eventi che queste sono chiamate a fronteggiare. Siffatta operazione presuppone in capo all'Amministrazione un bilanciamento e un giusto contemperamento tra valori contrapposti. Spetterà, poi, al giudice, chiamato a pronunciarsi sul corretto esercizio della discrezionalità, valutare se il bilanciamento e l'eventuale sacrificio di uno di essi sia ragionevole in considerazione dei molteplici valori in gioco. Nel compiere questa operazione egli, non solo dovrà guardare al rispetto dallo scarno quadro normativo che disciplina il potere *extra ordinem* del Governo, ma dovrà anche concentrarsi sulla concreta situazione fattuale in modo da valutare l'idoneità della misura rispetto ad essa e la sua capacità di arrecare il minor sacrificio possibile al cittadino⁴⁹.

In questo modo si evitano limitazioni alla sfera privata che non siano imposte da una stretta necessità, coerentemente con il fine cui è rivolto il principio di proporzionalità nel diritto comunitario ed, ora, anche in quello interno, in virtù del richiamo operato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990⁵⁰.

⁴³ Cfr. sent. T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 392/2006.

⁴⁴ Al riguardo, occorre segnalare la direttiva P. C. M. del 14 Marzo 2011 con la quale sono state istituzionalizzate alcune prassi concernenti l'istruttoria in tema di interventi derogatori di protezione civile e, al contempo, si sono introdotte alcune significative procedure, appena percepite in via di prassi, per quel che concerne l'iniziativa delle Regioni interessate nell'attivazione dei poteri emergenziali. In tema ved. 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 www.Osservatoriosullefonti.it, n. 2/2011.

⁴⁵ G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza*, cit., 2197.

⁴⁶ Cfr. Cons. St., 14 Aprile 2006, V, n. 2087; T. A. R. Lazio, Roma, sez. III, n. 8614/2006; T. A. R. Lazio, Roma, sez. III bis, n. 7259/2007.

⁴⁷ Sull'eccesso di potere e le tecniche di sindacato ved. M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 917 ss.

⁴⁸ A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 1035; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2005, 677 ss, per il quale il principio di proporzionalità svolge la funzione di consentire ulteriori deroghe a quelle norme che, poiché emanate per disciplinare o prevenire situazioni emergenziali, non dovrebbero consentire ulteriori margini per una loro derogabilità; GALLETTA D. U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 4 ss.

⁴⁹ Ne consegue che anche l'ampissima discrezionalità che caratterizza l'esercizio dei poteri di protezione civile da parte dell'esecutivo risulta soggetta ad un doppio vincolo, di cui uno è l'elemento normativo e l'altro quello fattuale. Sull' "attitudine parametrica" della sfera fattuale rispetto alla discrezionalità amministrativa ved. L. D'ANDREA, *La discrezionalità amministrativa come doppio vincolo*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., 624 ss; ID, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, in www.gruppodipisa.it e ora in corso di pubblicazione negli *atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa"* su "Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici", svoltosi a Milano- Università Bicocca il 10-11 Giugno 2011, ove sottolinea il rapporto di proporzionalità esistente tra le dimensioni dell'evento emergenziale e l'ampiezza del potere derogatorio riconosciuto alle ordinanze, chiarendo che tanto più è ampio questo potere tanto più si fa pressante l'esigenza di bilanciarlo rispetto alle "istanze" concretamente manifestate dal fatto.

⁵⁰ V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. 241/1990*, in www.giustamm.it.

4. Il sindacato della Corte costituzionale sui presupposti del decreto-legge e del giudice amministrativo su quelli delle ordinanze di protezione civile.

Come si è detto, il principio di proporzionalità consente al giudice amministrativo di valutare il corretto esercizio del generale potere d'urgenza in modo che questo venga esercitato con il minor sacrificio dell'interesse privato.

Occorre, però, verificare quali siano i margini del controllo del giudice in relazione ai presupposti che legittimano l'esercizio del potere *extra ordinem*, così come individuati dalla legge n. 225/1992, e nei confronti della dichiarazione dello stato di emergenza deliberata dal Consiglio dei Ministri. Al riguardo, si registra un consolidato orientamento giurisprudenziale che qualifica le ordinanze in parola e la previa delibera del massimo organo di indirizzo politico-amministrativo, quali atti ampiamente discrezionali che rinvergono il loro unico limite "nell'effettiva esistenza di una situazione di fatto da cui derivi un pericolo in atto o possa derivare un pericolo all'integrità della persona ovvero ai beni, agli insediamenti e all'ambiente e nella sua ragionevolezza, oltre che evidentemente nella impossibilità di poter altrimenti fronteggiare la situazione"⁵¹.

La giurisprudenza, è incline, quindi, ad ammettere un sindacato basato su un "canone di razionalità operativa"⁵² teso ad evitare decisioni arbitrarie e irrazionali e la cui violazione è indice sintomatico dell'eccesso di potere. Si tratta, invero, di un controllo che radicandosi nella corrispondenza dell'azione amministrativa ai fini indicati dalla legge e nella logicità della decisione amministrativa, non si estende al merito della stessa e pertanto esclude qualsiasi valutazione circa l'opportunità o la convenienza del provvedimento impugnato.

A fronte di un siffatto sindacato, i margini per un controllo del giudice amministrativo sull'esistenza dei presupposti previsti dalla legge n. 225/1992 risultano piuttosto angusti e certamente non permettono di arginare in modo efficace il fenomeno delle ordinanze oltre l'emergenza. A ciò contribuisce una giurisprudenza sempre più incline a sostituire il criterio dell'imprevedibilità degli eventi con quello della loro pericolosità⁵³. Infatti il primo criterio rappresenta un più sicuro indice per assimilare gli eventi di volta in volta esaminati alle calamità naturali o alle catastrofi di cui all'art. 2 let c) della l. 225/1992, mentre il secondo "può protrarsi per lungo tempo senza cagionare il fatto temuto"⁵⁴.

Di fronte agli evidenti limiti di cui soffre il sindacato del giudice dell'amministrazione in materia, non resta che ritornare alle origini di questo intervento e spaziare verso i c.d. "piani alti del diritto pubblico" per vedere se le novità in materia di controllo sui presupposti del decreto-legge possano, in qualche modo, attagliarsi alle ordinanze di protezione civile.

Al riguardo è necessario soffermarsi sulla recente evoluzione del sindacato della Corte costituzionale sui presupposti dei decreti di necessità ed urgenza. È noto che la Consulta, dopo più di mezzo secolo di granitica giurisprudenza di segno opposto, con l'ormai famosa sent. n. 29/1995, ha dichiarato la propria competenza a conoscere della pre-esistenza dei presupposti di necessità ed urgenza dei decreti-legge. Successivamente, con le sentt. n. 171/2007 e n. 128/2008 per la prima volta, dopo vistose oscillazioni giurisprudenziali, Essa ha annullato una norma contenuta in un decreto-legge per "l'evidente mancanza"⁵⁵ dei presupposti che legittimano il ricorso alla decretazione d'urgenza. In particolare, il giudice delle leggi ha superato il suo precedente orientamento che sosteneva la sanabilità dei vizi del decreto in sede di legge di conversione, chiarendo come i vizi in questione si trasmettano all'atto normativo di

⁵¹ Così Cons. St., 19 Aprile 2000, IV, n. 2361/2000, in *Rassegna Cons. St.*, 2000, I, 1027; dello stesso tenore Cons. St., 28 Gennaio 2011, IV, n. 654; Cons. St., 8 Giugno 2011, VI, n. 3502.

⁵² R. GAROFOLI-G. FERRARI, *op. cit.*, 487.

⁵³ C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵⁴ Così Cons. St., 2 Aprile 2001, V, n. 1904; Cons. St., 16 Ottobre 2009, V, n. 6353; Cons. St., 12 Giugno 2009, sez. V, n. 3765.

⁵⁵ Invero non si può non condividere quanto affermato dalla più autorevole dottrina circa il requisito "dell'evidente mancanza" il quale determina la sanzionabilità delle sole violazioni "palesi" della Costituzione e lascia impunte le violazioni non evidenti. Trascurando, in tal modo, come la Corte sia stata istituita non per reprimere violazioni certe della Carta fondamentale, sottoponibili al vaglio di qualunque operatore del diritto ed *in primis* del giudice comune, ma al fine di dirimere "controversie" di diritto costituzionale. Cfr. sul punto A. RUGGERI, *La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti)*, in www.giurcost.org.

conversione e rilevino quali *errores in procedendo* dello stesso⁵⁶. In questo modo la Corte ha posto le basi per il sindacato dei decreti-legge adottati in difetto dei requisiti previsti dall'art. 77, comma 2, Cost.

Al riguardo appare particolarmente interessante la tecnica per mezzo della quale la Corte ha ricostruito il proprio scrutinio sulla sussistenza dei presupposti del decreto. Ossia mediante un vero e proprio *test* indicativo dell' "evidente mancanza" dei requisiti dell'atto normativo del Governo, operato attraverso la valutazione del preambolo del decreto legge, della relazione governativa di accompagnamento del disegno di legge di conversione e del contesto normativo in cui va ad inserirsi. Si tratta di una vera e propria istanza *lato sensu* motivazionale che deve discendere dal preambolo del decreto oppure, in difetto di questo, la necessità e l'urgenza di provvedere dovranno risultare dalla "motivazione parlamentare"⁵⁷.

Se questo è lo stato dell'arte in materia di decretazione d'urgenza, pur con il permanere di oscillazioni giurisprudenziali⁵⁸, non si può non prendere in considerazione quella dottrina che, sulla base dell'esperienza maturata a livello costituzionale, ritiene praticabile un sindacato del giudice amministrativo, alla stregua di quello operato dal giudice delle leggi, sull' "evidente mancanza" della necessità di "fronteggiare con mezzi e poteri straordinari" eventi che la delibera del Consiglio dei Ministri, adottata ex art. 5 legge n. 225/1992, abbia equiparato alle calamità naturali o alle catastrofi di cui all'art. 2, let. c) della legge n. 225/1992⁵⁹.

Del resto, le ragioni che hanno indotto la Corte a mutare il proprio consolidato orientamento sono da essa stessa rinvenute *in primis* nel rispetto del principio della separazione dei poteri e nella soggezione della giurisdizione e dell'amministrazione alla legge. Ma anche in riferimento al corretto assetto del sistema delle fonti il quale è definito, dalla Consulta, "funzionale alla tutela dei diritti" e caratterizzante il sistema costituzionale nel suo complesso. È facile argomentare come le medesime ragioni si pongano alla base di un controllo del giudice amministrativo sui presupposti del potere contingibile ed urgente che in maniera sempre più evidente si pone in contrasto con il sistema della separazione dei poteri e con la funzione tipica assegnata a ciascuna fonte governativa.

5. Limiti del sindacato politico per la Corte costituzionale e per il giudice amministrativo

La praticabilità di una siffatta soluzione si scontra, però, con i limiti, necessariamente diversi, cui vanno incontro la Corte costituzionale ed il giudice amministrativo nel rapportarsi con il potere politico⁶⁰. O meglio con la discrezionalità del legislatore e con quella dell'amministrazione.

Limiti che risultano particolarmente degni di indagine soprattutto se si guarda al fenomeno delle ordinanze di protezione civile dall'angolazione, sin qui proposta, del progressivo passaggio dal decreto-legge

⁵⁶ Per una sintetica ed efficace disamina della giurisprudenza costituzionale in materia di decretazione d'urgenza ved. A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in www.giustamm.it; R. DIKMANN, *Il decreto-legge come fonte del diritto e strumento di governo*, in www.federalismi.it; F. PATERNITI, *Dalla astratta sindacabilità al concreto sindacato del decreto-legge privo dei presupposti costituzionali: la Corte costituzionale passa alle vie di fatto*, in www.forumcostituzionale.it; A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi invero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171/2007)*, in www.forumcostituzionale.it; ID, *"Evidente mancanza" dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte costituzionale n. 128 del 2008)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵⁷ F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*, in *Giur. cost.*, 2007, 1678.

⁵⁸ Si vedano al riguardo le sentt. C. Cost. n. 335 e n. 367 in materia di decretazione d'urgenza con nota critica di A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero sia di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di C. Cost. nn. 335 e 367 del 2010)*, in www.forumcostituzionale.it e ora in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, 549 ss, il quale sottolinea come l'orientamento da ultimo espresso dalla Corte, secondo la quale il sindacato sull'evidente mancanza dei presupposti del decreto può aversi sulle norme eventualmente aggiunte nella sede parlamentare che non siano "del tutto estranee al contenuto della decretazione d'urgenza" avalla la prassi che vede il decreto-legge assumere la qualifica di disegno di legge "motorizzato" e determina, anche in questo caso, il prevalere della politica e delle sue ragioni rispetto a quelle della Costituzione;

⁵⁹ C. PINELLI, *op. cit.*, 8; S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, cit., 55.

⁶⁰ Come sottolineato da A. SAIITA, *Distorsioni e fratture nell'uso degli atti normativi del Governo: qualche riflessione di ortopedia costituzionale*, in www.gruppodipisa.it e ora in corso di pubblicazione negli atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa" su *"Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici"*, svoltosi a Milano- Università Bicocca il 10-11 Giugno 2011, il quale evidenzia come l'abuso della normazione governativa primaria e delle ordinanze di protezione civile, unito alla prassi dei maxi-emendamenti e al continuo ricorso alla questione di fiducia nella cornice rappresentata dalla legge elettorale, abbia portato alla soglie della frattura del disegno costituzionale.

al potere contingibile ed urgente dell'Esecutivo finalizzato alla regolazione dell'emergenza. Fenomeno che, inevitabilmente, determina un conseguente passaggio delle sedi di controllo dalla Corte al giudice comune, che viene gravato, così, del sindacato su atti espressione di un potere che si colloca al confine tra politico e amministrativo⁶¹.

In particolare l'evanescenza del sindacato da parte del giudice amministrativo non investe certo tutti gli atti di protezione civile emanati ex l. n. 225/1992, ma solo quelli che, a monte, si pongono, nel peculiare microsistema delle fonti in questione, come presupposto di legittimità delle successive ordinanze. Il riferimento è alla dichiarazione dello stato di emergenza ad opera del Consiglio dei Ministri, il cui presupposto legittimante è rappresentato da "calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità o estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari"⁶². Si tratta di una norma dalla generica formulazione, che lascia ampia discrezionalità all'amministrazione e dalla quale emerge chiaramente come l'unico criterio direttivo sia rappresentato dalla valutazione politica, per sua stessa natura contingente e mutevole⁶³.

Trattandosi di un atto ad alto contenuto di politicità, per di più proveniente dal massimo organo di indirizzo politico-amministrativo, la mente del giurista corre alla controversa ed affascinante categoria dell'atto politico⁶⁴, a maggior ragione se si considera come questa si sia recentemente riproposta sulla scena del diritto pubblico. Da prima, in via giurisprudenziale, con le note vicende della revoca dell'Assessore comunale, di alcuni vertici militari e di *Manager* pubblici⁶⁵ nonché con la famosa controversia concernente l'ampliamento della base americana di Vicenza, e ancor più recentemente, sul piano legislativo, con l'art. 7 del c. p. a. il cui ultimo inciso riproduce il contenuto dell'art. 31 T.U. 1054/1924. Pur ammettendo l'esistenza di un rinnovato dibattito intorno alla configurazione degli atti in questione, solo un'interpretazione restrittiva del nuovo art. 7 c p a. risulta coerente con gli artt. 24 e 113 Cost.

Nel caso di specie, poi, mancano in capo alla dichiarazione dello stato d'emergenza alcuni degli elementi che tradizionalmente dottrina e giurisprudenza rinvergono nell'atto politico. Infatti pur essendo presente l'elemento soggettivo della provenienza da un organo costituzionale o di governo, qui dal vertice dell'Esecutivo, risulta carente l'elemento oggettivo consistente "nell'aver riguardo alla costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione"⁶⁶. Qualche dubbio può sorgere invece in relazione al consolidato orientamento che giustifica l'insindacabilità dell'atto politico in ragione della sua inidoneità ad incidere in via diretta ed immediata su situazioni soggettive⁶⁷. Infatti, la dichiarazione dello stato di emergenza, quale atto presupposto rispetto all'adozione dell'ordinanza di protezione civile da parte del Presidente del Consiglio, non si presta a ledere direttamente la sfera giuridica del singolo, cosa che invece si realizza mediante le susseguenti ordinanze presidenziali o commissariali autonomamente impugnabili.

Da questo punto di vista, apparentemente, sembrerebbe possibile annoverare la dichiarazione in parola tra quella schiera di atti, anche a carattere puntuale e concreto, produttivi di effetti giuridici in ordine ad alcuni soggetti ma appartenenti alla sfera costituzionale e quindi, inidonei ad incidere su posizioni di diritto soggettivo o interesse legittimo. Tra questi sono facilmente annoverabili la nomina dei membri del Governo, dei Senatori a vita, dei Giudici costituzionali ed anche dei membri delle giunte regionali, provinciali

⁶¹ A. FIORITTO, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, cit., 4.

⁶² A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 165 ss, sostiene la natura costitutiva, e non meramente dichiarativa, della deliberazione del Consiglio dei Ministri, il quale non si limiterebbe a dichiarare lo stato d'emergenza al ricorrere di alcuni presupposti materiali previsti dalla l. n. 225/1992 ma qualificerebbe la situazione di fatto al fine di determinare la produzione degli effetti previsti dall'ordinamento (*in primis* l'adottabilità delle ordinanze emergenziali).

⁶³ M. DI RAIMONDO, voce *Protezione civile*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 507 ss.

⁶⁴ E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937, 311 ss.; O. RANELLETTI- A. AMORTH, voce *Atti politici (o di governo)*, in *Nss. Dig. It.*, vol. I, 1957, 1511 ss.; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983, 4 ss.; G. B. GARRONE, voce *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubblic.*, vol. I, 1987, 544 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 16 ss.

⁶⁵ Ved. C. CARUSO, *I casi "speciale", "Petroni", "Sgarbi", sindacabilità dell'atto politico?*, in *Quad. cost.*, 2009, 381 ss.; P. SANDRO, "Democrazia dell'alternanza" e atto politico: il T. a. r. annulla la revoca del consigliere Petroni, in *Foro amm. - T. A. R.*, 2007, 3134 ss.

⁶⁶ Cons. St., 12 Marzo 2001, IV, sent. n. 1397; Cons. St., 22 Gennaio 2002, VI, n. 360; Cons. St., 23 Gennaio 2007, V, n. 209; Cons. St., 13 Marzo 2008, IV, n. 1053; T. A. R. Lazio, sez II, sent. 13361/2007; T. A. R. Lazio, sez III, sent. 11271/2007, ove è ripresa la tradizionale dottrina della c.d. causa oggettiva in base alla quale è politico l'atto che sia emanato allo scopo di provvedere ai supremi interessi dello Stato, e su cui ved. P. BARILE, voce *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 221.

⁶⁷ R. GAROFOLI- G. FERRARI, *op. cit.*, 789; G. PEPPE, *Atti politici, atti di alta amministrazione, leggi-provvedimento: forme di controllo e tutela del cittadino*, in www.giustamm.it.

e comunali⁶⁸ (nonostante le attuali oscillazioni giurisprudenziali in materia) nonché gli atti espressione del potere estero dell'esecutivo⁶⁹. Tutti accomunati dal fatto di rinvenire la propria disciplina nella Carta fondamentale, in consuetudini e convenzioni costituzionali oppure in leggi ordinarie che si pongono quale immediata attuazione-integrazione di norme costituzionali circa l'organizzazione e la configurazione del Governo (è il caso della nomina dei Viceministri e dei Sottosegretari di Stato).

Alla luce di queste riflessioni, il vero argomento risolutore della controversia potrebbe essere rappresentato dalla considerazione che gli atti politici sono adottati nel esercizio di un potere diverso da quello amministrativo, ossia il potere politico, direttamente riconducibile a funzioni disciplinate dalla Carta fondamentale⁷⁰. Essi, in quanto diretta espressione di una funzione di governo, sono privi di parametri giuridici alla cui stregua verificarne la legittimità ad eccezione delle norme costituzionali che ne rappresentano, quindi, l'unica limitazione⁷¹. La dichiarazione dello stato di emergenza, invece, trova il proprio limite nel rispetto dei presupposti, seppur generici, di cui all'art. 2, comma 1, let. c) e nell'art. 5, comma 1, della legge n. 225/1992, ossia nella legislazione ordinaria.

Pertanto, una volta scartata l'ipotesi che la dichiarazione adottata dal Consiglio dei Ministri, e a maggior ragione le singole ordinanze emanate sulla base di questa, si configurino come atti politici la cui sindacabilità determinerebbe un'indebita ingerenza del giudice nei confronti di un altro potere dello Stato, occorre individuarne la reale natura. Per fare ciò è agevole richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale⁷² che qualifica la deliberazione dello stato di emergenza, così come la scelta del Presidente del Consiglio o del Ministro per il coordinamento della protezione civile di avvalersi di commissari straordinari, quali atti espressione di indirizzo politico-amministrativo, ampiamente discrezionali e che trovano il loro unico limite nel principio di ragionevolezza, il cui scrutinio è affidato al giudice amministrativo⁷³.

Una simile ricostruzione riporta agevolmente i provvedimenti in questione alla categoria degli atti di alta amministrazione⁷⁴. Questi sono tradizionalmente ascritti all'attività di indirizzo amministrativo quale funzione propria delle autorità politiche⁷⁵ e caratterizzati per una discrezionalità quasi parificabile a quella

⁶⁸ V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra "atti politici" e atti di alta amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Atti del convegno di Cassino, 26- 27 Marzo 2009, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli, 2010, I, 334; G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 53 ss.,

⁶⁹ Cfr. Cons. St., ord. 29 Luglio 2009, sez. IV, n. 3992/2008 con la quale è stata riconosciuta la natura di atto politico al provvedimento che ha autorizzato l'ampliamento della base U. S. A. di Vicenza poiché il consenso prestato dal Governo italiano, attraverso l'accordo intervenuto tra questo e il Governo degli U. S. A., rientra nell'esercizio del potere politico dell'esecutivo ed è riconducibile ad attività di carattere internazionale tra gli stati e in quanto tale è sottratto al sindacato del giudice amministrativo.

⁷⁰ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 194, per il quale, in ragione della natura costituzionale degli atti politici, non esiste nel nostro ordinamento una categoria di "atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, ma sottratti al regime tipico della funzione amministrativa, perché ordinati al perseguimento di finalità di ordine politico"; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, op. cit., 224.

⁷¹ G. PEPPE, op. cit., D. SATULLO, *Commento all'art. 7*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella, M. Proto, 2010, Lavis, 131, afferma come la giurisprudenza più recente in materia di criteri di identificazione degli atti politici abbia segnato il passaggio dalla teoria della c.d. causa oggettiva ad una concezione degli atti in parola quali "esecutivi della Costituzione o comunque aventi copertura costituzionale". Questa stessa dottrina, nel esprimere considerazioni critiche circa la riproduzione del contenuto dell'art. 31 T.U. delle disposizioni sul Consiglio di Stato nel Codice del processo amministrativo, sottolinea come una siffatta norma possa convivere con il principio della giustiziabilità di tutti gli atti della P. A., o individuando le limitazioni all'art. 113 Cost. all'interno della Costituzione stessa operando, così, un bilanciamento tra norme super-primarie, oppure ricostruendo la nozione di atto politico al di fuori della sfera di applicazione dell'art. 113 Cost.

Cfr., anche, Cass. civ., SS. UU., ord. n. 11623/2006; Cass. civ., SS. UU., n. 7075/1993, ove si afferma che il principio sancito dall'art. 113 Cost. ha portata generale e coinvolge tutte le Amministrazioni anche quelle di rango elevato e di livello costituzionale. E che le deroghe a siffatto principio debbono essere ancorate in norme di carattere costituzionale.

⁷² Cfr. Cons. St., 19 Aprile 2000, IV, n. 2361/2000.

⁷³ C. VENTIMIGLIA, *Un'emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Cons. St.*, 2004, 955.

⁷⁴ G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, definisce l'attività di alta amministrazione come una delle possibili forme di manifestazione dell'indirizzo amministrativo, accanto "alle leggi e ai regolamenti discrezionali"; M. P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa*, Napoli, 2009, 128 ss, sottolinea come l'alta amministrazione esprima al massimo grado il potere discrezionale della P. A. e sia preordinata ad indirizzare e coordinare l'apparato amministrativo risolvendosi essenzialmente in una funzione dell'amministrazione per l'amministrazione, pur ammettendo l'esistenza di poteri di alta amministrazione volti a disciplinare i rapporti intercorrenti tra privati e soggetti pubblici. In questa seconda categoria annovera, assieme ad altri, "il potere d'ordinanza attribuito ad organi politicamente responsabili".

⁷⁵ V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra "atti politici" e atti di alta amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., I, 337; Il nesso esistente tra la titolarità del potere di esprimere l'indirizzo politico e quello amministrativo e la responsabilità politica è sottolineato da L. CARLASSARRE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 35.

degli atti politici, con la rilevante differenza, però, di non essere liberi nel fine⁷⁶ e di essere sottoposti ad un sindacato di ragionevolezza di tipo “debole”⁷⁷. Si verrebbe così a creare un sistema in base al quale l’atto politico risulta espressione della funzione di indirizzo politico affidata agli organi di governo, mentre l’atto di alta amministrazione diviene espressione della funzione di indirizzo amministrativo che l’art. 95 Cost. colloca accanto alla prima distinguendola, però, da questa. Una così netta classificazione sistematica, invero, rischia di scontrarsi con l’alto tasso di politicità che ugualmente accompagna il contenuto degli atti di alta amministrazione la cui nozione controversa si appalesa come una riprova del *continuum* politica-amministrazione⁷⁸, di cui le ordinanze di protezione civile, e soprattutto gli atti che rappresentano il legittimo presupposto per la loro emanazione, sono un palese esempio.

Tutto ciò è lungi dall’essere confortante, poiché lascia delle evidenti zone d’ombra sul sindacato del giudice amministrativo, in modo che proprio la valutazione circa i presupposti che integrano il sorgere dell’emergenza risulta sfornita di un adeguato controllo. Il che, indubbiamente, contribuisce al proliferare di ordinanze al di fuori dell’esigenza di fronteggiare eventi imprevedibili che necessitano di mezzi e poteri straordinari per farvi fronte.

Orbene, tutto ciò mette in evidenza come l’abbandono del modello costituzionale, oltre ad incidere sui rapporti tra esecutivo e legislativo e sul principio di separazione dei poteri, determini delle implicazioni anche in ordine al grado dei controlli. Infatti, nei riguardi del decreto-legge la Corte ha la possibilità di esercitare un sindacato più ampio rispetto a quello del giudice amministrativo sul rispetto dei presupposti delle ordinanze. Questo sia in virtù della sua nuova giurisprudenza in materia di verifica della sussistenza dei requisiti sanciti dall’art. 77 Cost., quanto in considerazione dell’ampiezza dello scrutinio di ragionevolezza, da questa operato, che tende a scivolare in un controllo sul merito, nel senso di una valutazione sui “metodi o criteri” adoperati dal legislatore per giungere alla produzione della disposizione⁷⁹.

Questo non significa che il giudice amministrativo non sia in possesso, in astratto, di idonei strumenti per sindacare la necessità del provvedere con ordinanza, oppure l’urgenza di ricorrervi o la sussistenza del pericolo che determina la risoluzione di procedere alla dichiarazione dello stato di emergenza. Egli, infatti, ha una possibilità di accesso al fatto che è preclusa alla Corte costituzionale e attraverso i suoi poteri istruttori, notevolmente ampliati, può ricorrere ora a qualunque mezzo, compresa la verifica o la nomina di consulenti tecnici. Vi è però un forte momento di politicità alla base della scelta di esercitare o meno il potere contingibile ed urgente, dovuto all’ampia discrezionalità che il legislatore ha lasciato all’amministrazione (che

⁷⁶ R. GAROFOLI- G. FERRARI, *op cit.*, 790. La libertà nel fine, che caratterizzerebbe gli atti politici a discapito di quelli di alta amministrazione, è considerata, da una parte della giurisprudenza, un terzo requisito che deve sussistere affinché si possa riconoscere la natura politica di un determinato atto che sia già provvisto dell’elemento soggettivo e di quello oggettivo; Cfr. *ex multis* T. A. R. Lazio, sez. II, sent. n. 93/2002; T. A. R. Puglia- Bari, sez. III, sent. n. 1183/2009. Critica nei confronti di questo orientamento O. RAGOZZINO, *Brevi riflessioni in tema di criteri identificativi dell’atto politico*, in *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., 701 ss, la quale osserva come l’ulteriore requisito della libertà nel fine sia di poco aiuto nel definire la controversa nozione di atto politico e rappresenti, piuttosto, un elemento di confusione tra la natura dell’atto in parola e quella che invece è una conseguenza della sua politicità. Invero, al riguardo, è facile argomentare come in un moderno Stato costituzionale non esistano atti totalmente liberi nel fine poiché qualunque espressione del pubblico potere deve essere conforme alla costituzione e, quindi, agli obiettivi e ai fini dell’agire statale individuati da questa. Del resto, neppure l’atto politico per eccellenza, ossia la legge, può dirsi del tutto libero nel fine come dimostra l’esistenza del vizio di eccesso di potere legislativo.

⁷⁷ A. ROMANO TASSONE, *Atto politico e interesse pubblico*, in *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., 317. Il quale ricostruisce l’ordinanza c.d. “Dal Molin”, e più in generale la nozione di atto politico negli ordinamenti contemporanei, guardando alla dottrina spagnola che vede gli atti in questione come espressione di autolimitazione giudiziale. Infatti, alla base della loro insindacabilità vi sarebbe una scelta del giudice che, prudentemente, ricorrerebbe alla categoria dell’atto politico qualora ritenga che l’annullamento di un determinato provvedimento possa nuocere, non tanto al Governo, ma alle istituzioni complessivamente intese. In questo modo l’atto risulterebbe politico non perché espressione di una funzione di governo ma in considerazione delle valutazioni “*Lato sensu* politiche” compiute dal giudice in riferimento all’impatto negativo sulle istituzioni che potrebbe sortire l’accoglimento del ricorso.

⁷⁸ L. CARLASSARRE, *Amministrazione e potere politico*, 172 ss.

⁷⁹ A. RUGGERI- A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 108; Per un’approfondita disamina dell’evoluzione del sindacato di ragionevolezza L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 25 ss; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. Amm.*, 2008, 545 ss, delinea una scansione triadica dei tipi di riscontro effettuabili avverso le decisioni dei pubblici poteri sulla base dell’intensità del sindacato. Al primo gradino si situa il “riscontro di mera legalità” inteso esclusivamente quale “verifica delle norme di comportamento che disciplinano l’esercizio del potere”. Sui gradini successivi si collocano, poi, il controllo di ragionevolezza e quello di merito. L’ autore insiste sulla loro differenza qualificando il primo come sindacato di natura “eminente oggettiva” e privo di “carattere eminentemente sostitutivo”, poiché il soggetto chiamato ad esercitarlo dovrà limitarsi a valutare che “la decisione assunta sia oggettivamente «ragionevole» ma non potrà sostituirvi altra decisione che appaia equivalente a quella adottata”. Di contro, il sindacato di merito assume, secondo quanto evidenziato da questa autorevole dottrina, carattere “eminente soggettivo” e “radicalmente sostitutivo dell’attività controllata” collocandosi al vertice di questa scala ideale in quanto ad invasività e penetrazione del controllo.

non a caso qui coincide con il vertice politico) e che determina in capo al giudice amministrativo un compito che trascende l'essenziale funzione di verificare il legittimo operato dei pubblici poteri e garantire la tutela del cittadino la cui sfera giuridica sia incisa dall'amministrazione e che diviene, invece, valutazione di scelte ad alto tasso di politicità espresse nelle forme di atti di alta amministrazione. E il cui sindacato, nell'ottica di una corretta applicazione del principio della separazione tra potere giurisdizionale e amministrativo (*rectius* politico), dovrebbe radicarsi intorno al binomio Corte costituzionale/Parlamento. Ma perché ciò accada, il potere per far fronte all'emergenza dovrebbe esprimersi nel rispetto del modello costituzionale, ossia nelle forme del decreto-legge, piuttosto che in quelle dell'ordinanza e degli atti che ne legittimano la sua emanazione.

Così facendo, la valutazione dell'esistenza dei presupposti per ricorrere al potere *extra ordinem* si concentrerebbe nella sede del raccordo tra esecutivo e legislativo, e cioè il Parlamento. Nel caso in cui quest'ultimo si spogliasse delle proprie prerogative costituzionali a discapito della divisione dei poteri e del sistema delle fonti, spetterà alla Corte costituzionale far "vincere" le ragioni della Costituzione a discapito di quelle della politica. Ovviamente, il presupposto perché ciò possa avvenire è che la Corte prosegua sulla via inaugurata dalla sua recente giurisprudenza in tema di decretazione d'urgenza⁸⁰ così da far prevalere il dover essere costituzionale rispetto alla discrezionalità del legislatore⁸¹.

Del resto non si può gravare il giudice amministrativo del sindacato su una scelta che, se pur espressa nelle forme dell'atto di alta amministrazione, nel caso della dichiarazione dello stato d'emergenza, assume un alto tasso di politicità e riposa su una norma attributiva del potere del tutto generica. Le conseguenze non possono essere che due: o il giudice della legittimità del potere pubblico si ritrae davanti alla scelta politica⁸² (come sovente è costretto a fare) determinando un vuoto di tutela, oppure sostituisce le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione ponendosi in attrito con il principio della divisione dei poteri.

⁸⁰ Sostiene che la Corte continuerà a riservarsi una certa "flessibilità" nell'applicazione dei suoi *test* valutativi volti a verificare la sussistenza dei presupposti che giustificano l'emanazione dei decreti-legge A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la "seconda svolta"*, in www.gruppodipisa.it e ora in corso di pubblicazione negli *atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa"* su "Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici", svoltosi a Milano- Università Bicocca il 10-11 Giugno 2011, la quale si chiede se sia possibile ritenere che l'accertamento dei presupposti da parte della Corte non si risolverà più in una clausula di stile come in passato.

⁸¹ Sulla discrezionalità del legislatore ed il suo rapporto con la giurisprudenza costituzionale ved. A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. Soc.*, 1/ 2007, 38 ss.

⁸² Il che può avvenire semplicemente per l'impossibilità del giudice di sindacare attraverso i consueti parametri di valutazione dell'attività amministrativa scelte espressioni di indirizzo politico, quanto, alle volte, per un atteggiamento di *deferenze* del giudice amministrativo nei confronti di poteri discrezionali di rilievo politico al punto che questi, con le proprie sentenze, può spingersi a legittimare *ex post* "scelte che sono il frutto di valutazioni discrezionali prive di contenimenti sul piano procedimentale, formale e sostanziale" come parte della dottrina ha potuto rilevare con specifico riferimento alle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana emanate ai sensi dell'art. 54, comma 4, del d. lgs n. 267/2000 così come novellato dall'art. 6 del d. l. n. 92/2008 convertito con la l. n. 125/2008, prima che intervenisse la pronuncia n. 115/2011 della Corte Cost. Sul punto ved. S. PELLIZZARI, *Poteri di ordinanza, sicurezza urbana e sindacato del giudice amministrativo*, in *Le Regioni*, 1- 2, 2010, 199.