

LIBERA UNIVERSITA' DEGLI STUDI SOCIALI GUIDO CARLI

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

XXIII CICLO

IL POTERE DI ORDINANZA NELLA LEGGE 225/1992

TUTOR

CHIAR.MO PROF. GUIDO MELONI

DOTTORANDA

CECILIA CAVACEPPI

## **CAPITOLO I**

### **IL POTERE DI ORDINANZA DI NECESSITA' ED URGENZA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

1. La necessità e l'urgenza come fonte del diritto. La teoria dell'effettività come fonte del diritto ed il mutamento dei valori *extra ordinem*
  - 1.2 Efficacia derogatoria del potere di ordinanza e principio di legalità
  - 1.3 Le S.U. della Cassazione (n. 2068 del 1958) e la tesi della *salus rei publicae*
  - 1.4 L'articolo 97 della Costituzione, il principio di legalità e le norme di legge attributive del potere di ordinanza. Bisogni sociali insoddisfatti e loro rilevanza per l'ordinamento generale: la *ratio* normativa del potere di ordinanza.
2. Il potere di ordinanza come potere normativo o potere amministrativo: le ordinanze di necessità ed urgenza ed atti amministrativi necessitati.
  - 2.2 La temporaneità del contenuto dell'ordine e la negazione della natura normativa del potere di ordinanza. La distinzione dal decreto legge.
  - 2.3 Analisi e ricognizione normativa delle ordinanze di necessità ed urgenza: la distinzione dagli altri provvedimenti a presupposto necessitato.
3. Potere derogatorio e normativa comunitaria primaria e derivata.

## **CAPITOLO II**

### **LE ORDINANZE DELLA LEGGE N. 225/92 SULLA PROTEZIONE CIVILE**

1. Breve excursus sull'organizzazione della protezione civile nel XX secolo.

2. I presupposti per l'esercizio del potere. La dichiarazione dello stato di emergenza: la nozione di stato di emergenza e gli abusi dell'autorità amministrativa in materia (rinvio).
  - 2.1 L'art.5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401 e la nozione di grande evento idoneo a legittimare l'esercizio del potere di ordinanza: i "*grandi eventi che determinino situazioni di grave rischio*".
  - 2.2 Gli organi legittimati all'esercizio del potere di ordinanza e riparto di competenza nella Legge n.225/1992. 2.3 Natura normativa o amministrativa delle ordinanze in materia di protezione civile: la pubblicazione.
3. Ancora sui principi di legalità e di tipicità delle ordinanze di protezione civile. Eventuali limiti posti dalle norme cd. "superprimarie" all'efficacia derogatoria ed integrativa.
  - 3.1 L'obbligo di motivazione e la durata a tempo determinato delle prescrizioni derogatorie imposte dall'ordinanza di protezione civile.
4. Il sistema delle deleghe e le ordinanze preventive.

### **CAPITOLO III**

#### STATO DI EMERGENZA E ORDINANZE ADOTTATE AI SENSI DELL'ARTICOLO 5 DELLA LEGGE N.225/1992

1. Le ordinanze di necessità ed urgenza adottate per esigenze di protezione civile: lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti. Deleghe, subdeleghe, commissariamento ed altri abusi dell'autorità amministrativa. Violazione della Legge n. 225/1992?
2. L'invalidità dell'ordinanza di necessità ed urgenza. Il sindacato di legittimità del potere e l'intervento giurisdizionale: recenti pronunce giurisdizionali in materia. Problemi di giurisdizione e deroghe.
3. L'invalidità dell'ordinanza di necessità ed urgenza. Il sindacato di legittimità del potere e l'intervento giurisdizionale: recenti pronunce giurisdizionali in materia.

4. La violazione delle Direttive comunitarie in materia di gestione dei rifiuti.
5. Considerazioni finali.

## CAPITOLO I

### IL POTERE DI ORDINANZA DI NECESSITA' ED URGENZA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. La necessità e l'urgenza come fonte del diritto. La teoria dell'effettività come fonte del diritto ed il mutamento dei valori *extra ordinem*; 1.2 Efficacia derogatoria del potere di ordinanza e principio di legalità; 1.3 Le S.U. della Cassazione (n. 2068 del 1958) e la tesi della *salus rei publicae*; 1.4 L'articolo 97 della Costituzione, il principio di legalità e le norme di legge attributive del potere di ordinanza. Bisogni sociali insoddisfatti e loro rilevanza per l'ordinamento generale: la *ratio* normativa del potere di ordinanza. Il potere di ordinanza come potere normativo o potere amministrativo: le ordinanze di necessità ed urgenza ed atti amministrativi necessitati. 2.2 La temporaneità del contenuto dell'ordine e la negazione della natura normativa del potere di ordinanza. La distinzione dal decreto legge. 2.3 Analisi e ricognizione normativa delle ordinanze di necessità ed urgenza: la distinzione dagli altri provvedimenti a presupposto necessitato. Potere derogatorio e normativa comunitaria primaria e derivata

#### **1. La necessità e l'urgenza come fonte del diritto. La teoria dell'effettività come fonte del diritto ed il mutamento dei valori *extra ordinem*.**

Nel XIX secolo il termine ordinanza indicava un atto particolare e segnatamente quell'atto urgente adottato dal potere regio in deroga alla legislazione vigente (poiché le camere sono chiuse ed occorre provvedere).<sup>1</sup>

L'ordinanza così intesa è confluita, successivamente, nella c.d. decretazione d'urgenza (c.d. ordinanze legislative) per poi essere, invece, separata dagli atti aventi valore di legge.

---

<sup>1</sup> R. CAVALLO PERIN, Voce ordinanza (Dir. Amm.), *Enc. Dir.*, p. 3981 ss

Secondo una risalente dottrina, le ordinanze legislative sono manifestazione di un potere legislativo attribuito in via eccezionale ad organi individuali del potere esecutivo: di conseguenza pongono in essere norme giuridiche con forza di legge costitutive dell'ordinamento statale.<sup>2</sup> Con l'entrata in vigore della Costituzione ci si è interrogati, tuttavia, sulla sorte di tali ordinanze.

Una interpretazione che sia conforme al dettato costituzionale non può che giungere ad affermare l'abrogazione di tale specie di ordinanze e più in generale la loro anticostituzionalità.

La nostra Costituzione "la cui funzione essenziale consiste nel regolare gli organi e il procedimento generale della produzione giuridica, cioè della legislazione"<sup>3</sup> non contiene, almeno come regola generale, alcuna norma che consenta ad organi amministrativi individuali, per attribuzione di competenza o in forza di delega del Parlamento, l'esercizio del potere legislativo in situazioni di necessità e urgenza.<sup>4</sup>

La nostra Costituzione, infatti, attribuisce la funzione legislativa al solo Parlamento e non anche ad organi individuali del potere esecutivo. Soltanto in due casi eccezionali, previsti agli artt. 76 e 77, è consentito al Governo (organo collegiale e non individuale) l'esercizio di un potere legislativo primario sottoposto al controllo preventivo o successivo del Parlamento: tali atti, tuttavia, non possono essere ricondotti nella categoria delle ordinanze legislative per la diversità dell'organo competente ad emanarle – collegiale nel primo caso, individuale nel secondo – nonché per la diversità del procedimento che nel caso delle ordinanze legislative non contempla l'intervento del Parlamento<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza: le ordinanze*, Giuffrè, 1953, p. 31 secondo il quale "nella gerarchia delle fonti le ordinanze legislative hanno valore di norme sub-primari in quanto pur potendo incidere in materia di diritti fondamentali di cittadini e di organizzazione dei pubblici poteri sono vincolate nel loro contenuto all'osservanza dei principi della normazione statale. Nella categoria degli atti suddetti possono, in base al nostro ordinamento positivo, comprendersi: i bandi militari in tempo e nelle zone di guerra, emanati dal comandante in capo o il comandante di un corpo d'esercito che non sia in comunicazione col primo (art. 17 R. D. 8-7-1938, n. 1415 che approva testi della legge di guerra e della legge di neutralità; art. 17 e segg. Del codice penale militare di guerra); le ordinanze emesse dal Ministro dell'Interno durante lo stato di pericolo pubblico e le ordinanze dell'autorità militare durante lo stato di guerra interna, in materie che abbiano attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza Pubblica (art. 216 e 217 T. U. 18-6-1931, n. 773 delle leggi di pubblica sicurezza) e forse le ordinanze speciali del Ministro dell'Interno in occasione di malattie infettive a carattere epidemico (art. 261 T. U. 27-7-1934, n. 1265 delle leggi sanitarie)".

<sup>3</sup> Kelsen, *la dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1952, p. 81.

<sup>4</sup> L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi*, *op.cit.*, p. 35.

<sup>5</sup> Sul punto si ritornerà in prosieguo nel paragrafo 2 del presente capitolo.

Ciò brevemente premesso, il potere di ordinanza oggi designa particolari atti giurisdizionali e, per quel che interessa ai fini del presente studio, alcuni atti amministrativi.

Pare necessario alla scrivente attenersi alla classificazione già operata da alcuni studiosi della materia. Pur non disconoscendo il valore spesso relativo delle classificazioni, essa tuttavia appare necessaria in considerazione della complessità della materia. Ed invero le ordinanze nel diritto amministrativo coprono una vasta area nella quale rientrano molti atti amministrativi: *in primis* vi rientrano molti atti amministrativi generali e regolamenti adottati da organi monocratici. Nel *genus* rientrano, altresì, atti a presupposto necessitato<sup>6</sup> nonché le ordinanze di necessità ed urgenza.<sup>7</sup>

In via generale può affermarsi che le ordinanze di necessità, oggetto del presente studio, sono dei provvedimenti amministrativi innominati che si adottano in caso di necessità quando le norme non contemplanò altro strumento d'urgenza per provvedere ad un interesse pubblico, generale o locale.<sup>8</sup>

Il potere di ordinanza di necessità ed urgenza, del quale sono titolari alcuni organi dell'amministrazione pubblica, costituisce ipotesi che pone in crisi i principi e le teorie che sono alla base del nostro ordinamento giuridico, ed in particolare il principio di legalità<sup>9</sup> che informa tutta o gran parte dell'azione amministrativa autoritativa.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Gli atti c.d. necessitati sono quelli previsti da norme eccezionali che conferiscono la competenza ad adottarli a specifici organi prevedendo, in ossequio al principio di legalità che governa l'attività amministrativa *iure imperii*, non solo i presupposti eccezionali al ricorrere dei quali l'organo competente può adottarli ma altresì il contenuto del provvedimento medesimo.

<sup>7</sup> Di tale classificazione e della diversità tra i tipi di atti menzionati si tratterà più diffusamente nel par. 2 del presente capitolo.

<sup>8</sup> Come spiega il Giannini in origine "Nel XIX secolo le ordinanze di necessità erano atti di attribuzione dei sindaci, dei prefetti e del ministro dell'interno in materia di ordine pubblico. Le norme dicevano, più o meno, che in caso d'urgenza o di grave necessità, questi organi potessero adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica"

<sup>9</sup> Ridotto nei suoi termini essenziali che l'atto autoritativo di un pubblico potere deve avere alla sua base una norma che ne disciplina il contenuto e gli effetti giuridici. Il principio di legalità rappresenta il principio regolatore del contrastato rapporto tra le potestà pubbliche da un lato e i diritti dei singoli posto che la regola base dell'attività amministrativa di diritto pubblico è che la situazione la situazione di cui è titolare il privato è cedevole di fronte all'atto di esercizio della potestà. Il principio di legalità ha il compito fondamentale di regolare il rapporto tra le libertà dei privati e l'esercizio di poteri autoritativi. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, 1970, p. 525 ss.

<sup>10</sup> R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 1

A fronte dell'importanza di tale principio che invero supporta tutta l'attività *iure imperii* dei pubblici poteri, si è cercato in dottrina di ricostruire non solo una sistematica del potere di ordinanza che fosse rispettosa di tale principio ma anche di ricercare una *ratio* fondante di tale potere che fosse il più possibile coerente con il principio di legalità.

Il problema del fondamento e della natura del potere di ordinanza costituisce poi un aspetto del più generale problema della completezza o meno dell'ordinamento giuridico.

Secondo un orientamento, che ha ricevuto larghi consensi in dottrina, si dovrebbe affermare la compiutezza del nostro ordinamento giuridico non già nel senso però che esso non presenti lacune ma nel senso che esso appresta gli strumenti per farvi fronte.<sup>11</sup>

La compiutezza dell'ordinamento giuridico si raggiunge attraverso due operazioni: il procedimento di auto-integrazione e il procedimento di etero-integrazione. Il primo procedimento si sostanzia nell'analogia *legis* e *iuris* secondo il disposto dell'art. 12 delle disp. Prel. al cod. civ.; il secondo procedimento si presenta, invece, come uno strumento eccezionale in quanto le lacune non vengono colmate dalla legge, ma attraverso l'attività, necessariamente creativa, dello stesso soggetto tenuto a risolvere un conflitto di interessi non risolto dalla norma.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> In Trattato di Diritto civile, diretto da N. LIPARI-P. RESCIGNO con il coordinamento di A. Zoppini, Giuffrè, 2010, vol. I;

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, XIII edizione p. 50 secondo il quale "Poiché l'ordinamento giuridico non può non essere completo ed offrire così una regolamentazione esaustiva di tutte le possibili situazioni conflittuali e poiché, d'altra parte, il giudice non può in materia di procedimenti civili non emettere una sentenza che risolva la controversia in base ad una norma deve necessariamente esistere una c.d. norma di chiusura alla cui stregua il conflitto è risolto ogniqualvolta una regola non sia individuabile nemmeno con il ricorso alla analogia legis. La norma di chiusura del nostro ordinamento è quella contenuta al secondo comma dell'art. 12 disp. Prel. che rinvia ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato."

<sup>12</sup> Secondo il BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 51 "L'esigenza di una decisione secondo giustizia può essere avvertita dallo stesso ordine giuridico anche al di là di tali limiti; e allora essa si presenta come una esigenza di etero-integrazione, che, muovendo dall'ordine giuridico come *jus conditum*, porta l'interprete ad attingere ad altre fonti diverse da quelle ufficiali (legge e consuetudine), situate al margine del *jus conditum* e quindi tale che sotto questo profilo, possono dirsi ad esso estranee (certamente, non fonti di diritto). Un'etero integrazione siffatta è ammessa in via eccezionale nella ipotesi in cui sia deferita ad organi giudicanti una giurisdizione di equità o venga loro rimesso un apprezzamento equitativo: cod. proc. Civ. it. 113, 114, 409 (abrog.) 822; cod. civ. it. (cfr. 1371), 912, 2047 capv. (anche 1349; 2264). Orbene, in tale ipotesi può dirsi che il giudice venga sollevato sul piano del legislatore "sempre però .. limitatamente al caso singolo sottoposto alla sua decisione".



Quando il soggetto tenuto a risolvere un conflitto di interessi non sia il giudice ma, come nel caso che qui interessa, la pubblica amministrazione il procedimento eccezionale di etero-integrazione comporta che l'organo amministrativo, competente nello specifico, caso non possa applicare nell'esplicazione della propria attività amministrativa una norma preconstituita, in ossequio al principio di legalità, ma debba al contrario risolvere il predetto conflitto non più quindi "attraverso l'attuazione di una norma posta dal legislatore, ma attraverso una normazione particolare, originaria, diretta, occasionale posta dallo stesso amministratore".<sup>13</sup>

L'attività amministrativa assurge, in questo caso, ad attività dispositiva, nel senso che l'organo amministrativo non esegue, non attua una norma preesistente ma dispone; "in altri termini il regolamento giuridico del conflitto materiale di interessi non é predeterminato dalla legge ma è affidato altro organo amministrativo"<sup>14</sup>.

Dunque il potere di ordinanza sarebbe lo strumento previsto dalla legge per consentire il predetto procedimento di etero-integrazione dell'ordinamento giuridico; esso è, quindi, espressione di una attività dispositiva dell'organo amministrativo competente ad adottarla con l'effetto di dover considerare tale potere straordinario in quanto presupponente sia una lacuna non colmata dell'ordinamento; sia una espressa previsione di legge e soprattutto perché derogatorio del principio della riserva di legge che, viceversa, prevede che l'Amministrazione non disponga ma esegua quanto dalla legge stabilito.

Tale potere eccezionale può essere esercitato dagli organi amministrativi solamente nei casi tassativamente previsti dall'ordinamento positivo coincidenti con quelli per i quali il legislatore ha tassativamente attribuito ad alcuni organi amministrativi la competenza di creare il diritto per il caso singolo, limitatamente a quelle situazioni di necessità e urgenza per le quali nessuna norma può provvedere.

---

<sup>13</sup> L. GALATERIA, *I provvedimenti*, op. cit., pag. 17 secondo il quale poi "al contrario di quanto avviene nell'attività vincolata e discrezionale, l'organo amministrativo non svolge la funzione che gli è propria di perseguire i fini di pubblico interesse attraverso l'attuazione della norma amministrativa, ma svolge una funzione di creazione del diritto.

<sup>14</sup> GALATERIA-STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, Utet, Torino, p. 53.

Secondo autorevole dottrina “il fondamento logico dell’attribuzione di tale potere è evidente: l’ordinamento positivo prevede e regola moltissime situazioni di necessità e urgenza; tuttavia non è raro il caso che ricorrano situazioni urgenti non coperte da alcuna norma giuridica (lacune ordinarie mentali).

In tali situazioni ove l’autorità non fosse dotata del potere di ordinanza si troverebbe nella necessità di non agire per non violare il principio della legalità ovvero di agire illegittimamente per ovviare alle situazioni medesime...Il potere di ordinanza è un potere eccezionale attraverso il cui esercizio la pubblica amministrazione incide spesso gravemente nella sfera giuridica del cittadino anche al di là di ciò che dispone la legge, e pertanto esso può essere esercitato solo da quegli organi a cui l’ordinamento positivo tassativamente lo attribuisce”<sup>15</sup>.

Se, dunque, l’esercizio del potere di ordinanza presuppone l’assenza di una norma giuridica preesistente in cui ricondurre, attraverso un procedimento logico deduttivo, la fattispecie concreta nonché la necessità e l’urgenza di provvedere allora si potrebbe affermare, come è stato affermato, che la necessità può essere considerata una fonte del diritto. L’adesione a tale tesi indurrebbe ad affermare poi la natura normativa delle singole ordinanze eventualmente emesse.

La questione che in primo luogo si è posta ai giuristi è se la necessità politica e sociale possa divenire fonte del diritto, a prescindere dalle manifestazioni di volontà pubbliche ovvero attraverso una coercizione della medesima volontà pubblicistica.

Ci si è chiesti per es. se, in nome della necessità, possano avere cittadinanza nell’ordinamento istituti che, come lo stato di assedio o il decreto-legge sotto l’impero dello Statuto albertino, sono stati annoverati tra quelli innominati, non contemplati da atti e norme validamente sgorgati dalla volontà pubblicistica e statale.

Uno dei pochi elementi dati per pacifici dalla dottrina giuridica, è infatti quello per cui la “necessità può assolvere, nel diritto costituzionale e amministrativo, un ruolo più vasto di quello che lo stato di necessità o il diritto di difesa assolvono nel diritto civile o nel diritto penale...Lungo questa direttrice, la nozione di necessità del diritto pubblico, si allarga in confronto a quella propria di altri rami del

---

<sup>15</sup> L. GALATERIA, *I provvedimenti...*, op.cit., p. 19

sistema giuridico. Il fatto necessitato è per i giuspubblicisti quello che imponendo un'alterazione del sistema delle fonti e dell'ordinamento giuridico, per definizione non può essere disciplinato compiutamente dal diritto normalmente vigente, non può trarre la propria forma ed i propri contenuti da manifestazioni di volontà pertinenti la gerarchia ordinaria degli atti e delle norme".<sup>16</sup>

Il *proprium* della teoria della necessità come fonte del diritto è stato nella considerazione dell'impossibilità "assoluta di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove .. con sostituzione, sia pur provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obbiettivo al diritto obbiettivo già esistente"<sup>17</sup>

Il dibattito sulla necessità come fonte del diritto ripropone la disputa tra la c.d. concezione istituzionalista e normativista del diritto. Secondo alcuni la necessità può persino arrivare a coincidere con la fondazione sociale e politica dell'ordinamento giuridico: è questa la tesi di Santi Romano che ha messo l'accento sull'inscindibilità del rapporto tra l'ordinamento giuridico e organizzazione sociale concludendo che la necessità possa in sé produrre diritto; ogni fatto politico e sociale, purché necessario, purché dotato di sufficiente vitalità per affermarsi, potrebbe divenire giuridico.

Chi, invece, ha messo l'accento sulla sottomissione della società al diritto prodotto dalle manifestazioni di volontà dello Stato ha, viceversa, negato alla necessità ogni accesso nel sistema delle fonti di produzione giuridica.<sup>18</sup>

Tale dialettica va comunque stemperata. Si è concordi nel constatare infatti che, in taluni casi, il sistema di diritto costituito dalla gerarchia degli atti e delle norme non può resistere alle spinte dei fatti sociali e politici e subisce necessariamente, per tale tramite, delle modifiche.

Infatti la necessità come fonte si riconnette strettamente ad un fatto (o ad una situazione di fatto) che ha la forza di imporsi di per se stesso come normativo. In altri termini, la necessità diviene fonte del diritto quando occorre far fronte a

---

<sup>16</sup> Così V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, 1986, p. 102

<sup>17</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il potere di ordinanza*, Giuffrè, 1990, p. 461

<sup>18</sup> La disputa semisecolare tra la c.d. concezione Istituzionalista e la c.d. concezione normativista del diritto (se nell'esperienza giuridica un ruolo primario spetta all'istituzione o alla norma giuridica), oggi caduta perché i tre elementi ordinamentali non sono esistenzialmente separabili. Così M.S. GIANNINI, *Istituzioni di dir. amm., op.cit.*, p. XX.

situazioni eccezionali, non previste né prevedibili, al fine di salvaguardare i valori essenziali dell'ordinamento. Appare evidente secondo alcuni autorevoli autori<sup>19</sup> che "il giudizio sulla sussistenza di queste situazioni e, di conseguenza, sulla necessità di farvi fronte ricorrendo a strumenti extra-legali finisce con l'essere eminentemente politico e contingente".

Bisogna tuttavia significare come la necessità non sia un concetto del tutto sconosciuto ai sostenitori della teoria normativistica: per loro, infatti, la necessità, può avere effetti rilevanti per il diritto e, quindi, può comportare anche l'adozione di atti non previsti dall'ordinamento statale nel novero degli atti normativi. Questi ultimi, tuttavia, non saranno validi ma antiggiuridici finché non interverrà una manifestazione di volontà pubblica idonea a conferire loro conformità all'ordinamento giuridico.

D'altro canto è pur vero che la necessità come fonte del diritto, anche per chi la annovera tra le fonti, è rimasta una fonte anomala e *sui generis* in un sistema che, nel suo funzionamento fisiologico e normale, è retto da atti di volontà pubblici.<sup>20</sup>

Ed infatti autorevole dottrina ha affermato che "...sotto il profilo dommatico e cioè alla stregua di un ordinamento dato, per accertare se determinate norme esistano come norme di diritto oggettivo, è necessario previamente accertare se siano state poste da fatti legittimati dalla costituzione quali fonti del diritto stesso. Fonti e norme si determinano, cioè, in base ad un criterio formale e legalistico: sono o non sono tali, a secondo che così risulti disposto dalle norme costituzionali vigenti. Perciò quanto più un ordinamento è progredito e organizzativamente sviluppato, come avviene nei moderni ordinamenti statali, tanto più sarà agevole identificarne le fonti positivamente ammesse, le fonti formali..Tuttavia i più moderni ordinamenti statali non hanno un sistema assolutamente chiuso di fonti normative, né offrono elementi formali suscettibili di identificare sempre ed a

---

<sup>19</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 1994, p. 67

<sup>20</sup> Secondo V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, op. cit., p. 107 "...Nessuno è riuscito insomma a cancellare del tutto la necessità sociale e politica dal campo di azione del diritto pubblico; si è dovuto prendere coscienza che fatti sociali e politici necessitati tramutano o sovvertono, inevitabilmente e talvolta totalmente, l'assetto dell'ordinamento giuridico, come sistema di atti e di norme. Così come nessuno ha abbandonato la visione dell'ordinamento giuridico legata al sistema delle manifestazioni pubbliche di volontà e nessuno è riuscito, quindi, d'incastonare armonicamente la necessità nel medesimo sistema di diritto. Sia essa parificata ad un fatto giuridico, sia essa bollata come atto antiggiuridico, la necessità è rimasta alquanto estraneo al diritto ordinario, alla vita normale dell'ordinamento come sistema di atti giuridici.

colpo sicuro quando ci si trovi in presenza di una fonte « formale, quindi di norme di diritto oggettivo.” In questo senso fonte normativa che l’esperienza storica e comparatistica mostra affermarsi anche laddove il relativo potere non sia riconosciuto nei testi positivi, o sia da essi addirittura escluso, è rappresentata dalla decretazione d’urgenza.<sup>21</sup>

A questo punto del discorso si possono trarre alcune importanti conclusioni. In primo luogo la diversità delle costruzioni dogmatiche fatte proprie dalle teorie esaminate sulla necessità come fonte del diritto appare destinata ad attutirsi se è vero che la necessità è considerata dalla stessa teoria istituzionalistica come fonte anomala e *sui generis*. Inoltre “esse approdano alla medesima conclusione circa il fondamento della giuridicità ovvero l’essenza stessa del fenomeno giuridico”. Ed invero per la teoria istituzionalistica il fondamento della giuridicità è da ravvisarsi nella istituzione quale fenomeno sociale in quanto corpo sociale organizzato. Per quanto riguarda la teoria normativistica, se è vero che il fondamento del diritto è da ravvisarsi nella *Grundnorm* considerata inizialmente come ipotesi logica e realtà metafisica, la stessa teoria nella fase più matura della sua elaborazione ravviserà tale fondamento in una costituzione effettivamente statuita e condizionata ad un ordinamento giuridico effettivo.<sup>22</sup>

Ecco allora che la caratteristica dell’effettività del diritto trova riconoscimento tanto nell’una quanto nell’altra concezione. Per utilizzare le parole di un insigne giurista si può affermare che il diritto nella sua effettività va ravvisato “in quel complesso ordinato di situazioni e di rapporti che si raccoglie in un centro di autorità, e costituisce il diritto vivente, valevole come tale anche se contrastante con quello legale, allorché l’osservazione documenti la sua avvenuta stabilizzazione”.<sup>23</sup> Sotto questo profilo si può allora affermare, a mio modesto parere, che la necessità come fonte del diritto intanto possa essere ammessa se ed in quanto manifestazione di un ordinamento non già dato, ma che in concreto si impone perché effettivo, vigente e reale. Se si collega il diritto all’effettività, anche la necessità può essere fonte del diritto nella misura in cui un dato ordinamento le riconosca, anche implicitamente, attraverso la sua applicazione, tale natura.

---

<sup>21</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Cedam, 1970, p. 48.

<sup>22</sup> Così T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, p.23

<sup>23</sup> C. MORTATI, *Istituzioni*, I, p. 34

Il nostro ordinamento costituzionale riconosce che la necessità e l'urgenza possano essere fonti del diritto all'art. 77, quindi con solo riferimento alla decretazione d'urgenza.

Ciò non esclude, tuttavia, che anche in altri casi la necessità e l'urgenza possa essere fonte del diritto qualora si tratti di ipotesi che, benché non previste e consacrate nel testo della nostra Costituzione, possano trovare riconoscimento in quella che è stata definita la c.d. costituzione materiale.

Secondo il noto giurista cui si deve la teorizzazione di questo concetto "diritto non è l'insieme delle statuizioni consacrate in un testo di legge ed operanti per solo fatto di tale consacrazione, ma quel complesso ordinato di situazioni e di rapporti che si raccoglie in un centro di autorità, e costituisce il diritto "vivente", valevole come tale anche se contrastante con quello legale, allorché l'osservazione documenti l'avvenuta sua stabilizzazione".<sup>24</sup>

In conclusione, fermo restando che, in sede dommatica, "fonti e norme si determinano secondo un criterio legalistico e prescrittivo, bisogna sempre aver presente che non tutto il diritto oggettivo deriva dalle fonti formali previamente riconosciute e che neppure negli ordinamenti di tipo chiuso la disciplina positiva delle fonti è così rigida ed esaustiva da non lasciare qualche varco aperto alla creatività dell'esperienza giuridica ed al conseguente affermarsi ora stabile ora episodico, di fenomeni normativi *extra ordinem*, in forza dei quali lo stesso sistema di partenza può risultare – provvisoriamente o permanentemente – modificato. In tali ipotesi, naturalmente poiché manca per definizione una preesistente norma di legittimazione, l'idoneità di determinati fatti a creare nuovo diritto oggettivo non può affermarsi che retroattivamente, alla stregua della "effettività" delle norme *extra ordinem natae*"<sup>25</sup>.

## **1.2 Efficacia derogatoria del potere di ordinanza e principio di legalità.**

---

<sup>24</sup> C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 34.

<sup>25</sup> Così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, p. 47 "In conclusione, sotto il profilo "dommatico" e cioè alla stregua di un ordinamento dato, per accertare se determinate norme esistano come norme di diritto oggettivo, è necessario previamente accertare le siano state poste da fatti legittimati dalla costituzione quali fonti del diritto stesso. Fonti e norme si determinano, cioè, in base ad un criterio formale e legalistico".

Gli enunciati delle disposizioni attributive del potere di ordinanza che definiscono i presupposti d'esercizio di necessità e urgenza (ovvero contingibile ed urgente) hanno come principale effetto giuridico quello di contribuire a stabilire le regole di legittimità delle ordinanze, ma ancor prima, di derogare le disposizioni che l'ordinamento ha posto per il normale esercizio dei poteri pubblici dell'amministrazione.

L'efficacia derogatoria<sup>26</sup> della disposizione attributiva del potere di ordinanza nel nostro ordinamento si esprime in una pluralità di direzioni che in parte possono trovare spiegazione nella presenza degli enunciati che definiscono i presupposti di esercizio (necessità e urgenza, ecc.), per altri casi nella indicazione del fine di interesse pubblico che la norma attributiva del potere di ordinanza può delimitare *ex ante* con i riferimenti ai motivi e alla materie, ma che trova normalmente esauriente spiegazione nel congiunto operare di tutti questi elementi.

Il presupposto della necessità ed urgenza svolge anzitutto la funzione di derogare a tutti i corrispondenti presupposti d'esercizio di ogni singolo potere d'autorità con la conseguenza che i singoli poteri tipici a contenuto, quindi, predeterminato possono essere sganciati dai presupposti stabiliti per il loro esercizio. I poteri a contenuto predeterminato potranno quindi essere esercitati anche al di fuori dei presupposti per essi previsti dalle norme attributive ed essere esercitati in casi diversi purché rientranti nella necessità ed urgenza.

Secondo alcuni autori “..il potere di ordinanza (*sarebbe*) diverso dai poteri a contenuto predeterminato solo per quanto è strettamente utile alle urgenti necessità del momento, mantenendo di questi tutti gli enunciati che la rispettiva legge ha stabilito per l'ordinario esercizio del potere e pur tuttavia idonei a consentire al potere in esame di accordare tutela agli interessi pubblici in pericolo. Il rapporto derogatorio è così graduato in ragione dell'urgente necessità e può spingersi sino a depurare tutti gli enunciati delle disposizioni di legge che conferiscono poteri a contenuto predeterminato, con la sola eccezione di quanto è dalle stesse posto come definizione del contenuto (di esistenza) nella relazione fra potere pubblico e diritti soggettivi, o poteri diversi dal primo”<sup>27</sup>.

---

2626

<sup>27</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il potere di ordinanza*, Giuffrè, 1990, p.521.

Questo significa che l'organo titolare del potere di ordinanza – individuato dalla norma attributiva del relativo potere - è titolare di tutti i poteri che la legge attribuisce alla pubblica amministrazione ma il cui esercizio è sganciato dagli specifici presupposti previsti dalle singole norme attributive del potere per essere, invece, sottoposto solo a quello della necessità e dell'urgenza.

La conseguenza è anche allora che il potere di ordinanza perviene così a definire un nuovo riparto delle competenze fra gli organi della pubblica amministrazione con derivante inammissibilità delle eccezioni di difetto di attribuzione ovvero di incompetenza relativa che normalmente inficerebbero la legittimità dell'esercizio dei poteri.

Il terzo elemento individuato dalla norma attributiva del potere è il fine di pubblico interesse, locale e/o generale. Siffatta ampiezza contribuisce ad allargare le maglie dell'efficacia derogatoria della norma attributiva.

L'efficacia derogatoria della norma attributiva del potere di ordinanza<sup>28</sup> si rivela infine anche in ordine ad altri due elementi che sono il procedimento e la forma<sup>29</sup>.

La necessità e l'urgenza non possono conciliarsi con quei limiti che sono posti dal legislatore per i tempi ordinari, ma soprattutto è il bilanciamento degli interessi che è stabilita dalle norme sul procedimento ad essere posta in discussione dal mutato rilievo degli interessi in conflitto, dalla diversa qualificazione che gli stessi ricevono in situazioni d'eccezione.

Il procedimento previsto per l'esercizio dei poteri amministrativi a contenuto predeterminato diviene, dunque, più flessibile. Sarà la corretta correlazione fra i presupposti concreti che l'amministrazione avrà indicato nell'ordinanza, il concreto contenuto che la stessa avrà prescelto ed il fine di interesse pubblico

---

<sup>28</sup> Come si vedrà nel prosieguo l'ordinanza di necessità ed urgenza è atto derogatorio rispetto agli altri atti amministrativi e tale deroga, che rinviene la sua causa nella norma attributiva del potere di ordinanza, si esplica su più fronti: competenza, contenuto del potere, fine pubblico perseguito. Autorevole dottrina distingue tra la deroga in senso logico quale rapporto tra norme e la deroga quale effetto giuridico. Premesso che per deroga deve intendersi quel rapporto tra norme in virtù del quale l'una sta all'altra come l'eccezione alla regola, nel primo senso la deroga è fenomeno normale e costante e non costituisce effetto giuridico; nella seconda accezione il concetto di deroga presuppone l'intervento del fattore tempo e cioè si prende "in considerazione il fenomeno sopravvenienza di nuova norma derogante". Così G.U. RESCIGNO, *Voce deroga* (atto legislativo), in *EdD*, p. 303 e ss.

<sup>29</sup> Fermo rimanendo come sarà più ampiamente illustrato in prosieguo l'obbligo di motivazione, di comunicazione del provvedimento adottato, l'istruttoria che sarà più sintetica e flessibile rispetto ad una ordinaria istruttoria.



dichiarato nell'atto, a consentire un controllo ravvicinato della legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza.

In alcuni casi il rapporto con le disposizioni di legge che attribuiscono poteri a contenuto predeterminato (c.d. « tipici ») non è di deroga ma di rottura per cui il contenuto di esistenza del potere di ordinanza non è ravvisabile nelle norme attributive di poteri tipici.

Il conflitto sorge quando le norme con cui vengono in rapporto quelle attributive del potere di ordinanza definiscono il noto rapporto autorità-libertà<sup>30</sup>. In siffatte ipotesi non si instaurerà un rapporto derogatorio tra norme. Si rinverrà, invece, una lacuna legislativa che troverà soluzione attraverso il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico. Per questo come poi si esaminerà nel prossimo paragrafo la norma attributiva del potere di ordinanza non può derogare ai principi dell'ordinamento giuridico: manca infatti nel principio generale la disciplina generale astratta di un potere che può essere derogato, in caso di necessità ed urgenza, dalla norma attributiva del potere di ordinanza. Non c'è infatti in tali ipotesi un rapporto tra norme per cui una si pone rispetto all'altra come l'eccezione rispetto alla regola. La norma generale non definisce i contenuti di esistenza dello specifico potere definendo, invece, i rapporti tra autorità e libertà.

Se una norma, dunque, che attribuisce un potere tipico disciplina anche il rapporto fra autorità e libertà la norma attributiva del potere di ordinanza non può rinvenire in quella le sue condizioni di esistenza poiché quella norma risolve solo conflitti intersoggettivi. Si avrà allora una lacuna di talché le condizioni di esistenza e di legittimità dell'esercizio del potere si potranno rinvenire soltanto nella loro conformità ai principi generali del nostro ordinamento.

---

<sup>30</sup> Sul rapporto dialettico tra autorità e libertà cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di dir. Amm.*, op.cit., p. 253 e ss. Secondo l'insigne Autore la nascita del provvedimento amministrativo va ricollegato al riconoscimento ai soggetti privati di situazioni giuridiche da far valere anche nei confronti dell'esercizio di atti di autorità. Tale riconoscimento e l'affermazione che solo per volontà della legge l'atto di autorità possa incidere su tali situazioni giuridiche private sono alla base della configurazione del provvedimento amministrativo quale atto di autorità regolato dalla legge e dalla legge provvisto della forza di incidere nelle situazioni giuridiche soggettive dei privati.

Tali principi sono rinvenibili nella legislazione ordinaria<sup>31</sup>, nella carta costituzionale nella quale sono contenuti sia i principi costituzionali in senso forte nonché i principi in essa espressi o comunque in essa risultanti. Bisogna sottolineare però che con l'avvento della Costituzione i principi generali non svolgono più una funzione soltanto sussidiaria come quella stabilita all'art. 12 delle disp. Prel. al cod. civ.;<sup>32</sup> essi hanno, infatti, e sempre in misura maggiore, anche una funzione integrativa, interpretativa e normogenetica.<sup>33</sup>

In quest'ultima ipotesi i principi sono fonti (fatto) di norme dell'ordinamento giuridico attraverso un procedimento logico deduttivo – ricostruttivo che potrà avere carattere relativo o stabile a seconda che siffatta operazione avvenga ad opera del giudice o del legislatore.

Riassumendo. Se, dunque, i principi generali dell'ordinamento assurgono a fonti fatto di produzione di norme giuridiche ed in quanto tali si pongono logicamente su un piano superiore ed antecedente rispetto alle altre norme che non sono fonti di produzione; inoltre se quelli costituzionali hanno un valore superiore, secondo il criterio della gerarchia, rispetto ai principi generali risultanti dalla legislazione ordinaria è evidente che anche per le suddette ragioni l'ordinanza di necessità ed

---

<sup>31</sup> Sia statale che regionale. Per essere generali essi devono avere l'attitudine a tracciare le linee di svolgimento dell'ordinamento giuridico e quindi avere funzione programmatica. Rispetto agli altri principi che non sono generali perché limitati ad un particolare settore o materia, i principi generali trascendono il settore o la materia in cui eventualmente sono enunciati per caratterizzare l'ordinamento tutto o una sua parte essenziale. Essi secondo le tradizionali classificazioni possono essere espressi o inespressi (impliciti). Il principio è espresso quando è ricavabile dal singolo enunciato normativo; è inespresso quando è ricavabile da più enunciati o dall'ordinamento nel suo complesso. In entrambi i casi è comunque necessario un giudizio di valore da parte dell'interprete atteso, secondo autorevole dottrina, il c.d. l'eccezione di contenuto assiologico o deontologico che comunque caratterizza in entrambi i casi gli enunciati normativi che li contengono. Questo significa che le norme che li contengono esprimono un *quid pluris* rispetto alle altre norme dell'ordinamento giuridico, *quid pluris* che per essere scoperto richiede la valutazione necessaria ed indispensabile dell'interprete. Cfr. F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in Enciclopedia giuridica Treccani,

<sup>32</sup> La dottrina costituzionalistica ha argutamente osservato che con l'entrata in vigore della Costituzione i principi generali dell'ordinamento tra cui rientrano in primis quelli costituzionali, non possono essere più relegati ad un ruolo interstiziale rispetto alle disposizioni legislative e quindi venire in rilievo solo a fronte di una lacuna legis. Essi, in un ordinamento come il nostro a costituzione rigida, hanno una potenzialità applicativa più ampia rispetto a quella prevista dall'art. 12 delle preleggi poiché possono influire ed orientare l'interpretazione.. "essi sono oggi destinati a realizzare un sistema di regole potenzialmente (anche se non necessariamente) capaci di disciplinare qualsiasi materia che debba essere assoggettata al diritto dello Stato italiano". Così A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988.

<sup>33</sup> La funzione nome genetica si distingue a seconda che venga operata dal giudice o dal legislatore: nel primo caso la norma che se ne ricava è relativa ed ha una funzione integrativa con specifico riferimento alla fattispecie affrontata; nel secondo caso la funzione è, invece, stabilmente normogenetica.

urgenza non possa ad essi derogare. Infatti non sono ravvisabili le condizioni perché possa dirsi esistente un rapporto derogatorio. Inoltre la funzione normogenetica dei principi e di conseguenza la loro diretta applicabilità impone che il potere di ordinanza sia loro conforme pena la sua illegittimità sub specie incostituzionalità.

### **1.3 Le S.U. della Cassazione (n. 2068 del 1958) e la tesi della *salus rei publicae***

Si è già acquisito all'analisi che la norma attributiva del potere di ordinanza consente di derogare alle norme poste dall'amministrazione, come i regolamenti nonché alle norme di legge che regolano l'esercizio dei poteri attribuiti all'amministrazione pubblica.

Tale deroga non può aversi, tuttavia, se la norma anziché essere una norma di azione è invece di relazione, atteso che quest'ultima non contiene le condizioni di esistenza del potere<sup>34</sup>. In tali casi si è visto al paragrafo precedente che i contenuti di esistenza del potere non si rinvencono nella norma che risolve conflitti intersoggettivi tra autorità e libertà ma nei principi generali dell'ordinamento.

Tali principi - si è detto - assolvono, per i contenuti di esistenza del potere, ad una funzione di limite ulteriore della norma attributiva del potere di ordinanza. Poiché secondo alcuni autori "si potrebbe affermare che il potere di ordinanza esaurisce i suoi effetti all'interno delle vicende giuridiche che appartengono all'ordinamento amministrativo", i principi assumerebbero la garanzia della permanenza del potere di ordinanza nell'orbita assegnata al potere amministrativo.<sup>35</sup>

Tra i principi generali dell'ordinamento spiccano *in primis* quelli costituzionali che si caratterizzano perché imm modificabili, condizionanti, primari e pervasivi dell'intero ordinamento giuridico e dunque anche dell'azione amministrativa in cui ricade il potere di ordinanza.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Sono norme di azione quelle che hanno ad oggetto l'azione dell'amministrazione, e non l'individuazione di assetti intersoggettivi come quelle di relazione. Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2008, p. 358

<sup>35</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il potere di ordinanza...*, op. cit., p. 235

<sup>36</sup> In questi tratti si coglie la differenza anche rispetto alle altre norme costituzionali che invece a differenza dei principi sono soggette al procedimento di revisione costituzionale.

Questi principi, anche detti supremi, sono ravvisati dalla giurisprudenza costituzionale nei diritti inviolabili. Questi ultimi oltre a svolgere la già funzione integrativa, interpretativa e programmatica “sono rivolti a costituire i limiti invalicabili e quindi a porre le istanze irrinunciabili e caratterizzanti in sommo grado l’ordinamento positivo”.<sup>37</sup>

Sui limiti che i principi costituzionali pongono all’esercizio del potere di ordinanza si sono in particolare espresse sia la Corte Costituzionale che la giurisprudenza di legittimità che hanno individuato gli stringenti ambiti entro i quali il potere di necessità e urgenza può essere legittimamente esercitato.

In particolare secondo la Corte Costituzionale<sup>38</sup> le ordinanze di necessità ed urgenza sono provvedimenti amministrativi “che se talvolta valgono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono da confondersi né con le leggi, né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti”. Inoltre sempre nella già citata sentenza n. 8 del 1956 sono espressi i canoni, derivanti principalmente dal riconosciuto carattere amministrativo ed estensibili, per comune riconoscimento, a tutte le ordinanze di necessità, cui le ordinanze stesse secondo la Corte devono attenersi: “efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell’urgenza, adeguata motivazione, efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale, conformità del provvedimento stesso ai principi dell’ordinamento giuridico”.

Dalla affermata natura amministrativa delle ordinanze di necessità ed urgenza discendono, secondo l’orientamento prevalente, ulteriori limiti del potere *de quo* “che non solo non può violare norme costituzionali, siano esse norme sostanziali (art. 21, 41, 42, 32, cost.), norme sulla produzione (riserve di legge) ma neppure emanare ordinanze in deroga ai principi dell’ordinamento giuridico”.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, in Enciclopedia giuridica, p. 11.

<sup>38</sup> Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8 in *Giur. Cost.*, 1956. La vicenda trae origine dalla inosservanza delle ordinanze prefettizie ex art. 2 del R. d., n. 773 del 1931 che vietarono lo strillonaggio di giornali nelle pubbliche vie e nelle piazze e la vendita degli stessi a domicilio, cui seguì imputazione di cui all’articolo 650 del cod. pen. La difesa sollevò sia la questione di illegittimità costituzionale dell’art. 650 cod. pen., sia quella dell’art. 2 del R. d. n. 773 del 1931 per contrasto con gli articoli 1, 76 e 77 Cost.

<sup>39</sup> R. CAVALLO PERIN, *Voce Ordinanze*, in *Trattato di dir. Amm.*, a cura di S. Cassese, p. 3982

Sull'invalidità del limite rappresentato dai diritti garantiti dalla Costituzione si è espresso seppure non chiaramente<sup>40</sup> il Giudice delle leggi il quale ha affermato (con riferimento alle ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S.) che “provvedimenti emanati sulla base dell'art. 2 possono, in ipotesi, toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini, garantiti dalla Costituzione (libertà di pensiero, di religione, di circolazione, ecc.) . Ma il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta in volta dal giudice, ordinario o amministrativo, competente”.<sup>41</sup>

Come è stato osservato la negazione di un potere di ordinanza capace di incidere sui diritti costituzionalmente garantiti non discende con linearità dalla summenzionata pronuncia della Corte ma “si ottiene solo dopo un tentativo della Corte di Cassazione<sup>42</sup> di riaffermare una interpretazione del potere di ordinanza capace di incidere, senza limiti diversi da quelli di esercizio del potere (vizi di illegittimità), anche sui diritti costituzionalmente garantiti” .<sup>43</sup>

Per comprendere appieno la problematica e la sua soluzione pare opportuno alla scrivente prendere le mosse dalla citata sentenza a Sezioni Unite della Cassazione.<sup>44</sup>

La Corte di Cassazione investita della questione di giurisdizione<sup>45</sup> osserva che l'art. 2 del t.u. delle leggi di pubblica sicurezza autorizza il Prefetto, nel concorso di

---

<sup>40</sup> Secondo C. MORTATI, *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, p. 552 e ss. “Nella specie decisa con la sentenza n. 8 era la stessa formulazione data dalla Corte alla sua pronuncia suscettibile di prestarsi alle applicazioni anche le più aberranti. La Corte aveva creduto di poter porre in armonia l'art. 2 del T.U. delle leggi sulla P.S. con i principi costituzionali che regolano la produzione delle leggi, sulla base dell'affermazione che le ordinanze prefettizie non sono né leggi, né decreti legge, possedendo carattere amministrativo, che le fa restare nella legittima sfera delle attribuzioni proprie delle autorità locali. Essa però aggiungeva che le ordinanze stesse « possano toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione, senza perdere tali diritti, il che sembra dovesse conseguirsi, oltre che con il rispetto di certe modalità formali (limite di tempo, motivazione, pubblicazione) con la conformità delle medesime ai « principi dell'ordinamento giuridico ».

<sup>41</sup> Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, cit.

<sup>42</sup> Corte di Cass., S.U., 16 giugno 1958, n. 2068, in *Giur. Cost.*, 1959, 550; cfr. nota 22.

<sup>43</sup> R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, 1990, p. 92

<sup>44</sup> La controversia nasce dal fatto che il proprietario di un giornale murale si vede notificare un'ordinanza prefettizia, emessa ai sensi dell'art. 2 del t.u. delle leggi di P.S., con la quale viene disposto il sequestro del numero del giornale stesso. Ne segue un giudizio in cui sia il Tribunale che la Corte d'Appello escludono la legittimità dell'ordinanza.

<sup>45</sup> Se si sostiene infatti che l'ordinanza prefettizia emessa in violazione dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti sia nulla e/o inesistente perché in tal caso emessa in carenza di potere la giurisdizione spetta al giudice ordinario in quanto giudice dei diritti soggettivi non affievoliti da provvedimenti amministrativi nulli; viceversa se si sostiene che l'ordinanza possa anche incidere su tali diritti il giudice sarà tenuto a verificare solamente il corretto esercizio del

determinati presupposti, ad emettere provvedimenti che possono “riguardare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione e quindi anche la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero a mezzo della stampa come la Corte Costituzionale ha riconosciuto con la sentenza 2 luglio 1956, n. 8”.<sup>46</sup>

Quanto alla compatibilità del potere ex art. 2 T.U.L.P.S. con le leggi sulla stampa la Corte nega l'esistenza di un contrasto tra le due normative essendo la norma di cui al T.U.L.P.S. eccezionale rispetto alla legge sulla stampa (in particolare rispetto all'art. 1 del r.d.l. 31 maggio 1946 n. 561).

Quanto invece al rapporto con l'art. 21 Cost. la Corte di Cassazione ne afferma la piena compatibilità ma, come già anticipato, travisando il principio affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 8 del 1956.

Ciò induce la Corte di cassazione ad affermare che “il Prefetto ha il potere di disporre dei diritti soggettivi dei cittadini garantiti dalla Costituzione, compreso quello della libertà di stampa, sempre che ricorrano i presupposti stabiliti dall'art. 2 del t.u. delle leggi di pubblica sicurezza, interpretato nei sensi anzidetti<sup>47</sup>. In questo caso, ed in questo soltanto, il diritto soggettivo è degradato ad interesse legittimo e quindi deve trovare tutela avanti al giudice amministrativo, anziché avanti al giudice ordinario”.

La tesi affermata di un potere di ordinanza libero di autodeterminare qualsivoglia contenuto normativo, anche in pregiudizio dei diritti costituzionalmente garantiti,

---

potere amministrativo. In tal caso il diritto degrada ad interesse legittimo con la conseguenza che la giurisdizione sarà quella del giudice amministrativo chiamato a riscontrare l'esistenza dei tradizionali vizi di legittimità che possono inficiare l'esercizio del potere (art. 103 Cost.).

<sup>46</sup> Come è stato osservato in dottrina cfr. C. MORTATI, *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte Costituzionale, op. cit.*, la Corte di cassazione non avrebbe considerato quell'inciso in cui la Corte costituzionale ha affermato che benché le ordinanze “potevano toccare tutti i campi nei quali si esercitano i diritti dei cittadini garantiti dalla costituzione” senza però ledere tali diritti. Afferma l'insigne giurista quanto sia “ben difficile poter intendere in che modo provvedimenti destinati a fronteggiare situazioni di emergenza possano mantenere tale conformità. Se conformità deve significare rispetto dell'ordine legale non si sa vedere come questo possa verificarsi da parte di atti che hanno la loro ragion d'essere nell'apportare deroghe alla legge. Nè basta per mutare la situazione ricorrere l'espedito verbale di chiamarli atti amministrativi e di differenziarli decreti legge, senza prendersi il fastidio di dimostrare in che cosa la differenza debba farsi consistere.

<sup>47</sup> Vale a dire “efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicità nel caso di provvedimento non avente carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico”.

“è assunta sin dall’inizio come ipotesi ricostruttiva preferenziale del modo di operare del potere di ordinanza nel nostro ordinamento giuridico”.<sup>48</sup>

Questa interpretazione costringe, tuttavia, la Corte Costituzionale ad intervenire negando la via della deroga al dettato costituzionale. In particolare nella sentenza n. 26 del 27 maggio del 1961 la Corte “dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 2 t. u. leggi di P. S., approvato con regio decreto 18 giugno 1931 n. 778, nei sensi e nei limiti indicati nella motivazione” cioè in quanto da esso derivino i poteri prefettizi normativi, dei quali ampiamente tratta la detta motivazione, escludendone la compatibilità con la Carta fondamentale.<sup>49</sup>

In tale pronuncia la Corte afferma che in nessun modo i poteri conferiti al Prefetto possono considerarsi a carattere legislativo.

Secondo alcuni autori rimaneva tuttavia da dimostrare come ed in forza di quali limiti il potere di ordinanza non avrebbe potuto assumere in via autonoma contenuti propri di scelte riservate al legislatore (le limitazioni dei diritti soggettivi).<sup>50</sup>

La risposta può rinvenirsi, nel caso di specie, nel c.d. principio personalistico che costituisce un principio generale del nostro ordinamento ed, in particolare, uno dei principi fondamentali della Costituzione repubblicana.

Poiché esso attiene ai diritti inviolabili della persona rientra, come già accennato, in quella particolare categoria dei c.d. principi supremi. Tali principi come detto sono inderogabili. Semmai il problema della derogabilità si pone rispetto alle norme che da essi si ricavano in sede di normogenesi ad es. legislativa. Dunque, le norme poste in essere dal legislatore (ed eventualmente anche dal giudice in sede interpretativa) che sono espressione di principi costituzionali possono essere derogate solo da norme costituzionali (principio di gerarchia) ovvero da altre norme legislative frutto del bilanciamento tra diversi interessi ovvero da altre norme deducibili da altri principi supremi (principio cronologico e di specificità).

---

<sup>48</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il potere di ordinanza.., op. cit.*, p. 215.

<sup>49</sup> La dichiarazione di incostituzionalità si giustifica in ciò che “la omessa prescrizione, nel testo dell’art. 2, del rispetto dei principi dell’ordinamento giuridico renderebbe possibile – ed in realtà ha reso, di recente, possibile – un’applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomarne la tutela giurisdizionale” Cfr. L. MONTESANO, *I provvedimenti prefettizi d’urgenza e il giudizio costituzionale sui testi legislativi ambigui*, in *Foro it.*, 1961, I, p. 1283 ss..

<sup>50</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il potere di ordinanza.., op. cit.*, p. 93.

Ecco allora spiegato perché l'ordinanza non possa limitare quei diritti soggettivi inviolabili affermati dalla Costituzione ed attuati dal legislatore ordinario: il potere di ordinanza di necessità e urgenza non è formalmente espresso in alcuna norma costituzionale poiché non c'è alcuna norma che attribuisce tale potere alla P.A.; non può dirsi che esso discenda da norme legislative derivate dai principi costituzionali né che sia espressione di un principio supremo della nostra Costituzione. Il potere di necessità e urgenza si pone al di fuori dell'ordine costituito dalla Carta costituzionale. Esso semmai è potere costituente ed in questo senso illegale rispetto all'ordine precostituito.

Nel nostro ordinamento (costituito) esso può considerarsi legittimo solo quale potere amministrativo previsto e prefigurato da una previa norma di legge. Come potere amministrativo è sottomesso ai principi che governano quel potere *in primis* il principio (generale) di legalità ex art. 97 Cost. che impone alla norma attributiva del potere di ordinanza di rispettare le scelte di bilanciamento, operate dal legislatore, nella soluzione dei conflitti tra autorità e libertà e, quindi, le eventuali limitazioni dei diritti soggettivi.

Rispetto alle norme che risolvono tali conflitti soggettivi la norma attributiva del potere di ordinanza non può intervenire in via derogatoria perché non c'è un rapporto di regola /eccezione sul quale si può intervenire ma una lacuna rispetto alla quale non ha senso parlare di deroga. Le norme che risolvono conflitti intersoggettivi si limitano a definire ciò che appartiene al potere amministrativo e ciò che ad esso è sottratto perché afferente al diritto soggettivo. A fortiori tale potere derogatorio non si può rinvenire nella ordinanza quale singolo atto di esercizio di quel potere.

### **1.3. L'articolo 97 della Costituzione, il principio di legalità e le norme di legge attributive del potere di ordinanza. Bisogni sociali insoddisfatti e loro rilevanza per l'ordinamento generale: la *ratio* normativa del potere di ordinanza.**

Uno dei principi generali del nostro ordinamento giuridico, cui per le ragioni anzidette il potere di ordinanza deve necessariamente conformarsi, è il principio



di legalità<sup>51</sup>. Esso, in particolare, è un principio che riceve nella costituzione impulso e potenziamento anche se non trova espressa affermazione nella stessa<sup>52</sup>; è un principio dello Stato moderno (Stato di diritto) che implica che tutti i pubblici poteri autoritativi<sup>53</sup> trovano affermazione e limite negativo in una previa norma.

Se questa norma deve essere espressa in una legge ovvero in un atto ad essa equiparato allora il principio di legalità è rafforzato dalla riserva di legge.<sup>54</sup>

Si è detto che il principio di legalità non trova affermazione nella Carta costituzionale; tutt'al più può affermarsi che abbia un suo riconoscimento implicito.<sup>55</sup>

Secondo quest'ultimo orientamento la norma costituzionale dalla quale si pretenderebbe, almeno secondo la tesi dominante, desumere in via implicita il principio di legalità è l'art. 97 Cost. ai sensi del quale "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". Da tale precetto si è soliti ricavare la legalità come necessaria distinzione tra il "disporre" (da parte della legge) ed il "provvedere" (da parte dell'amministrazione), e ciò in base all'argomento per cui se alla legge fosse consentito farsi concreto provvedimento, ne risulterebbe più o meno gravemente pregiudicato il rispetto dell'obbligo

---

<sup>51</sup> Come è noto il principio di legalità può essere inteso in senso formale e sostanziale. Nella prima accezione il principio significa che la P.A. può agire nei limiti fissati da una previa norma ma è libera poi di effettuare le proprie scelte; in senso sostanziale vuol dire che la P.A. deve agire conformemente alla legge.

<sup>52</sup> Secondo alcuni autori il principio de quo sarebbe implicitamente costituzionalizzato; secondo la Corte Costituzionale (sent. n. 13 del 1962, in *Giur. Cost.*, 1962) il principio di cui trattasi non sarebbe invece costituzionalizzato. In questo ultimo senso anche F. MODUGNO, *Principi generali.*, *op. cit.*, p. 5

<sup>53</sup> Secondo M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 261 "Ridotto ai suoi termini più semplici, il principio di legalità significa che l'atto autoritativo di un pubblico potere deve avere come supporto una norma, la quale ne regoli il possibile contenuto e gli effetti giuridici. quando la dottrina lo elaborò, nel XIX secolo (nei paesi del mondo inglese si ebbe una nozione più ampia: rule of the law), volle mettere in evidenza che mentre per il soggetto privato le norme di legge segnano dei limiti entro i quali egli può liberamente agire, per l'amministrazione pubblica che agisca come autorità la legge è un vincolo che regola ogni elemento dell'azione".

<sup>54</sup> La riserva di legge invece esige molto di più e cioè "che la legge regoli essa stessa in tutto in pare ma comunque in modo sufficientemente preciso così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che ne sono oggetto". Secondo questa impostazione quindi il principio di legalità è vincolo rispetto al potere esecutivo; quello di riserva di legge è un vincolo di contenuto per il legislatore. Essa esige che la legge regoli essa stessa, in tutto o in parte, ma comunque in modo sufficientemente preciso così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che ne sono oggetto". V. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, Cedam, 1993, p. 64

<sup>55</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni*, *op. cit.*, p. 66.

dell'amministrazione di agire con imparzialità. Infatti di fronte alla legge-provvedimento, l'amministrazione sarebbe vincolata alla sua più rigida esecuzione senza poter valutare se l'esecuzione della legge provvedimento nel caso concreto comporti o meno una manifesta ingiustizia cui, invece, potrebbe ovviare mediante l'esercizio di un potere discrezionale.<sup>56</sup>

La riserva di legge è un principio distinto da quello di legalità, se questo attiene alla azione amministrativa il primo riguarda l'esercizio del potere legislativo.

Il principio di legalità consente l'esercizio di quei poteri che hanno riconoscimento nella legge ovvero in un atto ad essa equiparato con l'effetto di considerare inesistente ogni potere della pubblica amministrazione "che non trovi nella legge stessa la previsione del tipo di prestazione imposta".

Per analizzare il rapporto che intercorre tra le disposizioni di legge, in cui si esplicano i principi suddetti, con i principi generali dell'ordinamento, tra i quali rientra anche quello di legalità, c'è da dire che essi attengono ad un contemperamento fra posizioni soggettive alle quali l'ordinamento riconosce in sede legislativa (generale e astratta) pari dignità, ma di cui occorre nel caso di conflitto offrire una soluzione che, non essendo stata posta dal legislatore in via astratta, è dall'ordinamento definita in concreto, in ragione della sua complessità (unità)".<sup>57</sup>

Riserva di legge e principi generali dell'ordinamento contribuiscono a definire le condizioni per l'ammissibilità del potere di ordinanza nel nostro ordinamento.

Come si è già avuto modo di anticipare in precedenza, quando manca una norma legislativa che disciplini le condizioni di esistenza di un potere tipico cui la norma attributiva del potere di ordinanza possa derogare dando così forma e contenuto al potere di ordinanza, sovengono i principi generali dell'ordinamento per colmare tale lacuna *legis*.

---

<sup>56</sup> Secondo la tesi del FOIS qui rappresentata la tesi che pretende di agganciare il principio di legalità all'art. 97 Cost. è suscettibile di varie critiche. In primis molti pretendono di basare su di esso anche la c.d. riserva dell'amministrazione non solo con riferimento al concreto provvedere ma anche alla potestà regolamentare il che porrebbe in crisi la distinzione affermata nel testo tra il disporre ed il provvedere. Tale rigida distinzione ad avviso dell'Autore sarebbe altresì messa in crisi dall'esistenza di leggi provvedimento. Sul punto S. Fois, *Legalità (principio di)*, in EdD, Giuffrè, p. 679.

<sup>57</sup> R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, op. cit., p. 427.

Questo meccanismo sembra contraddire il principio di legalità ed il principio di riserva di legge sebbene non sempre ma solo quando la norma legislativa che dovrebbe disciplinare le condizioni di esistenza e di esercizio di un potere predeterminato – e che si pone come norma derogata rispetto alla norma attributiva del potere di ordinanza – manchi ovvero disciplini, in tutto o in parte, il noto rapporto tra autorità e libertà.

Come si è già detto il principio di riserva di legge significa che la legge regoli essa stessa in maniera sufficientemente precisa le materie che ne sono oggetto così da arginare la discrezionalità amministrativa.

E' evidente che nell'ipotesi sopra riferita sia il principio di legalità che il suo corollario della riserva di legge riceverebbero un *vulnus*.

Tuttavia la ricomposizione della frattura che avviene in seno all'unità del sistema per effetto della violazione dei suddetti principi, potrebbe essere offerta dalla conformità del potere di ordinanza ai principi dell'ordinamento sulla base del presupposto che principio di legalità significhi anche conformità ai principi medesimi.

Non c'è dubbio che a parte la ricostruzione sopra prospettata che cerca di ricomporre ad unità il sistema la frattura al principio di legalità che il potere di ordinanza comporta può essere a prima vista evidente ma essa va comunque riportata nei giusti limiti.

In principio di legalità viene rispettato innanzitutto se si considera che deve esservi una norma di legge che legittimi un organo specifico della P.A. ad esercitare un potere *extra ordinem* in casi di necessità ed urgenza (presupposti del potere) per il raggiungimento di un dato fine. Il *vulnus* al principio di legalità piuttosto si rinviene ogniqualvolta la norma derogata invece di contemplare un potere tipico e le condizioni del suo esercizio abbia un contenuto più generico (ciò ad es. può accadere come si è visto quando la norma disciplina conflitti intersoggettivi) con ciò rendendo più incerti i limiti di esercizio del potere di ordinanza.

Si è visto che l'organo titolare del potere di ordinanza può derogare la norma che disciplina il potere tipico e predeterminato in maniera più o meno ampia a seconda dell'intensità dei presupposti di necessità ed urgenza.

Tuttavia se la norma da derogare ha già di per sé un contenuto poco determinato, difficilmente il potere di ordinanza potrà trovare in quella norma i suoi limiti e le condizioni di esistenza. Il rischio sarà che il principio di legalità può non essere rispettato neanche sotto il profilo formale con la probabilità di esercizi arbitrari del potere di ordinanza nonché di lesione degli interessi privati coinvolti nell'azione amministrativa.

E' stato giustamente osservato che affinché il diritto diverso da quello contenuto nelle disposizioni legislative sia conforme al principio di legalità è necessario in via primaria che sia conforme alle disposizioni legislative medesime; questo implica che non sarebbe sufficiente che il potere di ordinanza sia previsto in astratto in una norma di legge che ne autorizzi l'esercizio ma che l'esercizio del potere medesimo sia conforme alla norma (più o meno derogata) che prevede le condizioni di esistenza e di esercizio di un potere tipico (derogato). La verifica del rispetto del principio di legalità presuppone l'esistenza di un rapporto di cui sono parti, da un lato, la legge e dall'altro "qualsiasi atto dell' esecutivo-amministrazione - che possa o debba essere specificamente oggetto di giudizio in sede di risoluzione (e per la risoluzione) di una qualsiasi controversia giurisdizionale".

Che le ordinanze di necessità ed urgenza mettano in crisi il principio di legalità è opinione abbastanza diffusa in dottrina<sup>58</sup> con la precisazione, che appare doverosa alla sottoscritta, che il potere derogatorio non è un effetto dell'ordinanza medesima quanto piuttosto della norma attributiva del potere.

## **2. Il potere di ordinanza come potere normativo o potere amministrativo: le ordinanze di necessità ed urgenza e gli atti amministrativi necessitati.**

Si è già evidenziato che le ordinanze di necessità ed urgenza si configurano come provvedimenti amministrativi, a contenuto atipico e cioè non predeterminato, idonei a fronteggiare circostanze eccezionali anche in deroga alle norme vigenti.

Si è altresì evidenziato che le ordinanze straordinarie di necessità ed urgenza assolvono "alla funzione essenziale di integrare l'ordinamento colmando le lacune dello stesso" attraverso un procedimento di etero-integrazione. Tale

---

<sup>58</sup> S. FOIS, *Legalità* (principio di), op. cit., p. 700

procedimento, come è stato osservato, è eccezionale poiché le lacune non vengono colmate dalla legge ma attraverso l'attività di un organo amministrativo.<sup>59</sup>

Le ordinanze di necessità ed urgenza, proprio perché *extra ordinem*, vanno tenute distinte dai c.d. atti necessitati ordinari, secondo una locuzione ormai generalmente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Gli atti necessitati ordinari sono infatti dei comuni provvedimenti amministrativi, previsti e disciplinati da norme di diritto positivo che si caratterizzano per il presupposto della necessità e dell'urgenza. Essi, quindi, costituiscono manifestazione di un potere ordinario della P.A.<sup>60</sup>

Di qui il problema del rispetto del principio di legalità si è posto innanzitutto con riferimento all'annosa questione della natura delle predette ordinanze e segnatamente del loro annoveramento tra le fonti del diritto<sup>61</sup>.

Dalle argomentazioni appena svolte può affermarsi solo prudenzialmente e non, quindi, in via assoluta che la necessità può rientrare tra le fonti del diritto solo quale fatto *extra ordinem* anormale ed eccezionale rispetto al sistema degli atti di volontà pubblici. Essa, inoltre, darà ingresso a norme giuridiche conformi all'intero ordinamento solo quando via sia una fonte di produzione almeno di rango ordinario che legittimi l'esercizio di un potere straordinario, esplicitazione di una situazione necessitata.<sup>62</sup>

Tuttavia affinché l'esercizio di un potere straordinario in situazioni di necessità ed urgenza non sia tale da poter sovvertire un dato ordinamento giuridico ed i suoi

---

<sup>59</sup> Si è visto che in questo caso l'attività amministrativa assurge, al valore di un'attività dispositiva, nel senso che l'organo amministrativo non esegue, non attua una norma preesistente, ma dispone; in altri termini, il regolamento giuridico del conflitto materiale di interessi non è predeterminato dalla legge ma è affidato all'organo amministrativo. Cfr. STIPO- GALATERIA, *Istituzioni di diritto amministrativo*, op. cit., p. 53.

<sup>60</sup> Secondo L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, p. 29, gli atti necessitati ordinari "non costituiscono manifestazione di un potere *extra ordinem*, ma dei normali poteri discrezionali della autorità amministrativa; non hanno la natura di atti formalmente amministrativi e sostanzialmente legislativi, ma di atti formalmente e sostanzialmente amministrativi specificatamente previsti e regolati da norme di legge; non provvedono in deroga alle norme, ma in conformità ad esse. Insomma, mentre le ordinanze di urgenza provvedono a situazioni normativamente non disciplinate, gli atti necessitati ordinari si risolvono nell'attuazione di fattispecie previste in modo espresso dalla legge".

<sup>61</sup> Con la conseguenza che le disposizioni che contemplano i poteri contingibili e urgenti contengano norme sulla produzione giuridica. In questo senso A. MORRONE, *I poteri di ordinanza con tingibili e urgenti: l'integrazione del diritto 'eccezionale' nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1997, 2, 265.

<sup>62</sup> Se valori nuovi vogliono essere introdotti nell'ordinamento senza osservare il principio di legalità si va a creare una antitesi col potere costituito con la conseguente instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale.

principi fondanti, è necessario che l'esercizio di un tale potere avvenga entro certi limiti ed in presenza di dati presupposti idonei a vincolarlo.<sup>63</sup>

Si è già accennato che la locuzione "ordinanze di necessità e d'urgenza" designa un tipo di atti dell'amministrazione – che le norme affidano ad organi monocratici – volti a regolare transitoriamente casi di urgente necessità non coperti da disciplina legislativa e aventi un contenuto, ora generale ora singolare, non previamente determinato;<sup>64</sup> altrimenti detto le ordinanze di necessità e urgenza si configurano come provvedimenti amministrativi, a contenuto atipico, idonei a fronteggiare circostanze eccezionali.

I primi vincoli che l'esercizio di un tale potere incontra sono innanzitutto quelli costituzionali.

A livello costituzionale il problema che le ordinanze di necessità ed urgenza hanno innanzitutto posto afferisce alla loro collocabilità o meno tra le fonti del diritto con la conseguente possibilità di affermarne la natura normativa ovvero amministrativa. Tale problematica che si riconnette a quella più ampia dell'annoveramento della necessità tra le fonti del diritto è altresì intimamente connessa alla diversa questione del rapporto esistente fra il potere di ordinanza ed il principio di legalità.

Quanto al primo profilo l'orientamento prevalente<sup>65</sup>, avallato anche da noti interventi della Corte Costituzionale,<sup>66</sup> è nel senso di considerare le ordinanze quali atti sostanzialmente amministrativi.

---

<sup>63</sup> La dottrina a tal proposito afferma che il diritto che promana da fatti o da atti non previsti dalla Costituzione, sarebbe *contra legem* capace di negare il fondamento della legge cioè la stessa Costituzione ove "è diretto alla costruzione di un nuovo ordinamento giuridico con efficacia dunque pari o superiore alla legge ordinaria..senza seguire le norme sulla produzione che della legge rivelano la validità, senza che si possa rivendicare di tale fonte del diritto norme scritte sulla sua produzione". Così R. CAVALLO PERIN, *Il potere di ordinanza e il principio di legalità, op. cit.*, p. 453.

<sup>64</sup> F. MIGLIARESE, *Voce Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur.*,

<sup>65</sup> In dottrina sono invece per la natura normativa GALATERIA-STIPO, *Manuale di diritto amm.*, cit., pag. 59-60 che ritengono ora la natura amministrativa ora la natura normativa a livello di fonti secondarie.

<sup>66</sup> Si precisa che la forza di legge è riconosciuta solamente dalla fonte costituzionale e per determinati atti (numero chiuso) che la Carta sottopone al particolare sindacato giurisdizionale della Corte Costituzionale (art. 134 Cost.) tra i quali si è ripetutamente escluso che rientrino le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza. In questo senso si è ripetutamente espressa la Corte Costituzionale che ha stabilito (nella sentenza n. 8/1956) che le ordinanze emesse ai sensi art. 2 TULPS "I provvedimenti in questione - non i soli di questo genere previsti nel nostro ordinamento - hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei

---

*compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico.*

*Secondo questa interpretazione, che pone in risalto il significato attuale della norma, questa non appare in contrasto con i principi costituzionali che regolano la produzione delle leggi, giacché i provvedimenti amministrativi adottati dal Prefetto, anche se talvolta valgono a fronteggiare una pluralità di situazioni, non sono da confondersi né con le leggi né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti.*

*Nel quadro della esposta interpretazione, l'esercizio di queste facoltà del Prefetto non viene a sovvertire l'ordinamento dei pubblici poteri, restando tali provvedimenti nella legittima sfera delle attribuzioni dell'autorità amministrativa locale...Certo, è auspicabile che, nell'opera di revisione che è in corso presso gli organi legislativi, il testo dell'art. 2 trovi una formulazione che lo ponga, nella misura massima possibile, al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione".*

*Nella sentenza n. 26/1961 già analizzata anche in relazione alla pronuncia delle S.U. della Cassazione del 16 giugno 1958 n. 2068, la Corte Costituzionale afferma che "L'art. 2 conferisce al Prefetto poteri che non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alla attività degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione.*

*Difatti, anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo, i provvedimenti prefettizi ex art. 2, ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimi quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni esposte fin dalla precedente sentenza.*

*Per quel che si riferisce alle riserve di legge, la Corte ritiene che si debba distinguere.*

*Nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione.*

*Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta attribuito. E, pertanto, nulla vieta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere.*

*Nella sentenza n. 100 del 1987 vertente sulla legittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. 27 febbraio 1982 n. 57, come convertito in l. 29 aprile 1982 n. 187, la Corte ritiene fuor di dubbio che le norme che esprimono principi fondamentali del nostro sistema costituzionale, debbano avere, come è stato dalla Corte ripetutamente avvertito, rigorosa applicazione a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari. Tuttavia ciò non significa che il cit. art. 113, interpretato nel suo complesso, intenda assicurare in ogni caso contro l'atto amministrativo una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile, essendo invece rimesso al legislatore ordinario, per l'esplicito disposto del terzo comma, di regolare i modi e l'efficacia di detta tutela (cfr. sent. nn. 87 del 1962, 161 del 1971). È indispensabile, però, affinché il ricordato precetto costituzionale possa dirsi rispettato, che la norma, la quale si discosti dal modello accolto in via generale per l'impugnazione degli atti amministrativi, sia improntata a ragionevolezza e adeguatezza.*

*Da tale principio non si può prescindere neppure nei casi di pubbliche calamità, che non possono mai giustificare l'inosservanza dei precetti costituzionali: ciò importa, tra l'altro, che ai sensi dei citt. artt. 24 e 113 Cost., va assicurata al privato contro gli atti della pubblica amministrazione una tutela la quale, per quanto variamente strutturata in relazione all'eccezionalità degli avvenimenti, sia pur sempre idonea a fornire una congrua garanzia, indefettibile in uno Stato di diritto, contro abusi ed eccessi. Il problema presenta aspetti di particolare delicatezza quando, come nella specie, la*

Invero a sostegno della natura amministrativa sembra decisiva la considerazione che le ordinanze, “sia che prescrivano un comportamento puntuale sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, operano comunque entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare”, sicché il disporre in generale e in astratto (che peraltro è solo eventuale) viene assorbito nel provvedere, configurandosi come un modo di provvedere.

Una diversa interpretazione e, cioè, l’affermazione della natura sostanzialmente normativa delle ordinanze di necessità ed urgenza, avrebbe posto tali atti in contrasto con la carta costituzionale specialmente con quella disposizione che ravvisa nel solo decreto legge l’unica forma di decretazione legislativa d’urgenza. Non solo.

Il vero *punctum pruriens* sarebbe rappresentato principalmente dal fatto che in un ordinamento come il nostro, a Costituzione rigida, le fonti del diritto sono costituite, in via generale, solamente da quelle previste dalla Carta costituzionale. Probabilmente la nascita della diatriba sulla natura legislativa ovvero amministrativa delle ordinanze di necessità ed urgenza si deve ad una erronea sovrapposizione, già denunciata in dottrina<sup>67</sup>, tra ordinanze legislative ed amministrative. Secondo questa dottrina le ordinanze legislative, costituiscono manifestazione di un vero e proprio potere legislativo attribuito in via eccezionale ad organi individuali del potere esecutivo<sup>68</sup>; le ordinanze amministrative invece

---

*legge eccezionale interviene ex post, ossia concerne atti già adottati dalla pubblica autorità. Qui, invero, il controllo di costituzionalità della norma (c.d. di sanatoria) deve essere effettuato con maggior rigore, in quanto, pur non potendosi negare in linea di principio la possibilità di un siffatto intervento legislativo, è pur sempre necessario che esso sia strettamente collegato alle specifiche peculiarità del caso, tali da escludere che possa risultare arbitraria la sostituzione della disciplina generale - originariamente applicabile - con quella eccezionale successivamente emanata: la quale, per intuitive ragioni logiche, non può non essere più restrittiva.*

*La Corte ha ritenuto che la norma in esame non fosse in contrasto con gli artt. 24 e 113 della Cost. rilevando che la tutela giurisdizionale risulta comunque assicurata relativamente agli elementi fondamentali dell'atto della pubblica amministrazione, in quanto il giudice amministrativo dovrà accertare nel giudizio principale: a) la sussistenza dell'attribuzione del potere di emettere i provvedimenti adottati; b) l'effettiva, reale coincidenza tra lo scopo tipico dell'atto (concernente l'opera di soccorso nei confronti delle persone rimaste senza tetto) e il suo concreto contenuto; c) il rispetto della proprietà privata secondo il disposto dell'art. 42, secondo comma, Cost.; d) l'insussistenza di un contrasto con i profili essenziali dei principali istituti giuridici, rimanendo in ogni caso ferma l'eventuale illiceità penale (nei lavori preparatori si parla appunto di vizi "formali").*

<sup>67</sup> L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, op. cit.

<sup>68</sup> Sarebbero esempi di ordinanze legislative le ordinanze di necessità ex art. 17 R.D. 8 luglio 1938, n. 1415; art. 17 c.p.m.g. Si tratta dei bandi militari in tempo e nelle zone di guerra, emanati dal



sono, come già anticipato, provvedimenti concreti (individuali o generali) appartenenti ad una categoria speciale di atti amministrativi, la cui funzione, come abbiamo già messo in rilievo, si risolve in una attività dispositiva dello stesso organo amministrativo.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione questa ricostruzione è stata messa, correttamente a mio avviso, in discussione atteso che il potere dell'esecutivo di emanare norme giuridiche può essere riconosciuto solo nei casi ed alle condizioni previsti dagli artt. 76 e 77 Cost.

Quindi oltre la considerazione del fatto che tra le fonti di produzione del diritto non sono annoverate le c.d. ordinanze legislative, le stesse non possono nemmeno farsi rientrare tra i decreti legge ed i decreti legislativi per due ordini di considerazioni. Il primo consiste nel fatto che questi ultimi sono emanati dal governo, mentre le prime da organi amministrativi individuali; il secondo è che sono previsti dalla Costituzione come atti aventi valore e forza di legge a differenza delle prime che non hanno riconoscimento costituzionale alcuno.

Non bisogna tralasciare di sottolineare, tuttavia, che autorevole dottrina è dell'avviso che alcune delle ordinanze in esame possano avere carattere normativo nell'ipotesi in cui contengano statuizioni generali ed astratte.<sup>69</sup> A questo proposito, a mio modesto avviso, la pretesa distinzione tra ordinanze normative ed ordinanze amministrative fondata sul differente contenuto delle medesime (l'uno generale e astratto, l'altro individuale e concreto) non è del tutto corretta.

Secondo la ricostruzione qui criticata sono ordinanze libere quelle ordinanze che hanno capacità "di incidere innovativamente in materie regolate attualmente mediante disposizioni legislative e non delegificate", capacità che accompagnata dal contenuto generale ed astratto dell'ordinanza sarebbe indice rivelatore della loro natura normativa. La natura normativa viene, quindi, dall'autore ricondotta al contenuto generale ed astratto non già all'efficacia derogatoria dell'ordinanza.

---

comandante in capo o dal comandante di un corpo dell'esercito che non sia in comunicazione col primo. Vi rientrano le ordinanze emesse dal Ministro dell'Interno durante lo stato di pericolo pubblico e le ordinanze dell'autorità militare durante lo stato di guerra interna, il materie che abbiano attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica (art. 216 e 217 T. U. 18.6.1931, n. 773 delle leggi di pubblica sicurezza) e forse le ordinanze speciali del Ministro dell'Interno in occasione di malattie infettive a carattere epidemico.

<sup>69</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I.

Solo in questo modo potrebbe ancora oggi prospettarsi l'esistenza di una categoria normativa delle ordinanze.

Secondo la scrivente, invece, il carattere normativo di un atto è da ricollegarsi non tanto alla sua generalità ed astrattezza quanto, piuttosto, alla sua capacità di innovare il tessuto ordinamentale.<sup>70</sup>

Nel caso delle ordinanze la capacità innovativa si manifesta nel momento in cui l'ordinanza deroga alla disciplina legislativa vigente introducendone una nuova. A ben vedere, però, questa efficacia derogatoria è propria anche di quelle ordinanze che si sostanziano in provvedimenti amministrativi atteso che tale efficacia, come già evidenziato, non deriva dall'ordinanza medesima bensì dalla norma attributiva del potere. Se, dunque, sia le une che le altre ordinanze hanno efficacia derogatoria derivante non già dall'ordinanza ma dalla norma a monte attributiva del relativo potere, e questo presupposto è riconosciuto anche dalla dottrina qui criticata<sup>71</sup>, non si capisce quale utilità dommatica possa avere la riportata distinzione.

Si deve allora convenire che tutte le ordinanze abbiano un carattere amministrativo, pur potendo essere differente il contenuto, e che il loro asserito carattere normativo se proprio si vuole affermare, non può che essere indiretto e riflesso, trovando esso legittimazione soltanto nella norma attributiva del potere. La falsa prospettiva può essere dovuta alla scissione tra fonte derogatoria ed

---

<sup>70</sup> Si argomenta in questo senso sulla base dell'insegnamento di T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 2007, p. 26, secondo il quale la generalità ed astrattezza quali caratteri per individuare il concetto di norma giuridica non sarebbero più determinanti in tal senso. " Da notare, però, che tale carattere è ormai controverso ritenendosi che non valga più a definire la giuridicità della norma in una società come l'attuale, sempre più frammentata in gruppi che richiedono trattamenti normativi differenziati ed adeguati alle esigenze emergenti. E, tuttavia, sia dato notare che l'aver accantonato (o, comunque, non valorizzato adeguatamente) il carattere della generalità e dell'astrattezza pregiudica, in certa misura, la stabilità dell'ordinamento e la certezza del diritto, quali elementi che dovrebbero invece connotare ogni compiuta esperienza giuridica. Esemplicative della crisi della generalità ed astrattezza sono le c.d. leggi provvedimento vale a dire di quelle leggi con le quali vengono assunti provvedimenti concreti (e quindi non astratti) con riferimento a situazioni ed a soggetti determinati (e quindi non generali) e che sono, appunto, definite leggi-provvedimento. Sembra al riguardo che agli atti legislativi in questione si debba riconoscere soltanto la forza propria della legge e degli atti che sono alla legge equiparati ma non anche natura normativa.."

<sup>71</sup> Non esplicitamente però. Il SANDULLI, *Manuale diritto amministrativo*, afferma (p. 67) che ordinanze libere sono "tutti i provvedimenti di autorità amministrative (compresi i regolamenti) suscettibili per disposizione legislativa di introdurre una disciplina derogatoria rispetto all'ordine normativo risultante dalle fonti legislative. Essa perciò comprende anche provvedimenti derogatori non normativi, in quanto tali non configurabili come fonti del diritto". Proprio in questa ultima affermazione è evidente l'equivoco denunciato nel testo.

effetto derogatorio giacché fino a quando l'ordinanza non venga adottata dall'organo competente, non si ha alcun effetto derogatorio pur essendo vigente la norma che legittima la deroga medesima<sup>72</sup>.

Una volta affermata la natura amministrativa delle ordinanze di necessità ed urgenza occorre per completezza d'indagine analizzare il rapporto che intercorre tra esse e gli atti necessitati.

Secondo autorevole dottrina le ordinanze appartengono al *genus* degli atti necessitati in quanto aventi come presupposto uno stato di necessità ed urgenza.<sup>73</sup>

Tuttavia le ordinanze di necessità ed urgenza di cui si parla devono essere tenute ben distinte dai provvedimenti necessitati che, sebbene adottati in caso di necessità ed urgenza, hanno - a differenza delle prime - un contenuto predeterminato dalla norma che ne disciplina a monte i presupposti, l'organo competente nonché il contenuto che, pertanto, è tipico<sup>74</sup>. L'autorità che adotta il provvedimento non potrà discostarsi dallo schema predisposto dalla norma attributiva del potere, pena la illegittimità del provvedimento medesimo<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> A conferma di quanto esposto nel testo si legga G.U RESCIGNO, Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo), in *Nss. D.L.*, XII, Torino, 1965, p. 89 e ss., precisa che "la irriducibile e perciò essenziale differenza tra le ordinanze e ogni altro provvedimento amministrativo va ricercata non tanto negli atti quanto nelle norme che li disciplinano. Le norme che prevedono ordinanze non derogano ad alcuna altra norma ma da un lato legittimano la pubblica Amministrazione ad emanare provvedimenti anche rispetto a fattispecie non previste da diritto, dall'altro abilitano le autorità a derogare ad un numero indeterminato di norme; le norme invece che legittimano gli altri provvedimenti della pubblica amministrazione, se prevedono che provvedimenti da esse disciplinati derogano ad altre norme, prevedono deroghe puntuali e specifiche sicché il rapporto regola-eccezione corre direttamente tra la norma che prevede il provvedimento generale e la norma che prevede il provvedimento particolare, e solo in via consequenziale tra la prima norma e il provvedimento particolare".

<sup>73</sup> L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, op. cit., p. 23

<sup>74</sup> Secondo l'opinione ormai largamente condivisa in dottrina ed in giurisprudenza, i provvedimenti c.d. necessitati sono esplicitazione di poteri necessitati che le norme delimitano in positivo secondo il principio di legalità sostanziale. Es. di atti necessitato è l'art. 71 della legge n. 2359/1865, oggi abrogato dal D.P.R. 327/2001, che prevedeva che "Nei casi di rottura degli argini, di rovesciamenti di ponti per impeto delle acque, e negli altri casi di forza maggiore o di assoluta urgenza, i prefetti (ed i sottoprefetti), previa la compilazione dello stato di consistenza dei fondi da occuparsi, possono ordinare la occupazione temporanea dei beni immobili che occorressero alla esecuzione delle opere all'uopo necessarie. Si procederà colle stesse norme nel caso di lavori di questa natura dichiarati urgenti e indifferibili dal Consiglio superiore dei lavori pubblici. Se poi l'urgenza, di che nella prima parte di questo articolo, fosse tale da non consentire nemmeno l'indugio richiesto per fare avvertire il prefetto e il sottoprefetto ed attenderne il provvedimento, il sindaco può autorizzare l'occupazione temporanea dei beni indispensabili per l'esecuzione dei lavori sopraindicati, con l'obbligo però di partecipare immediatamente al prefetto (o sottoprefetto) la concessa autorizzazione".

<sup>75</sup> F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur.*,

Tanto premesso può allora affermarsi che mentre le ordinanze di necessità ed urgenza sono provvedimenti amministrativi a contenuto atipico, i secondi sono provvedimenti amministrativi tipici con l'ulteriore corollario che mentre per le prime la norma attributiva del potere è solo norma sulla produzione, per i secondi è norma di produzione.<sup>76</sup>

## **2.2 La temporaneità del contenuto dell'ordine e la negazione della natura normativa del potere di ordinanza. La distinzione dal decreto legge.**

Il presupposto della necessità ed urgenza è comune anche al decreto legge che pure rientra tra gli atti necessitati, sebbene non provvedimentali.

E' necessario però preliminarmente definire i concetti di necessità ed urgenza valendo tali caratteri a specificare la categoria dei c.d. atti necessitati, siano essi atti provvedimentali ovvero normativi. Innanzitutto si è posta la questione se l'espressione necessità ed urgenza configuri una endiadi o se essi siano concetti tra loro separabili che devono però congiuntamente concorrere al fine dell'esercizio del relativo potere (provvedimentale o normativo che sia). Quest'ultima tesi pare più corretta anche alla luce dell'iter formativo che ha caratterizzato la disposizione costituzionale di cui all'art. 77 che prevede, nell'attuale formulazione, i due sostantivi uniti dalla congiunzione "e"; ciò ha indotto autorevole dottrina ad affermare "la irrinunciabilità (ai fini della legittimazione dei provvedimenti della concorrenza) di entrambi i presupposti".<sup>77</sup> Tale interpretazione si giustifica, oltre in base al dato testuale, anche in base ad una interpretazione teleologica: deve, infatti, considerarsi che l'esercizio di tali poteri comporta a sua volta l'esercizio di un potere derogatorio al sistema normativo esistente per la tutela di interessi pubblici attinenti ora all'incolumità della vita umana, nel caso delle ordinanze di necessità ed urgenza, ora al principio costituzionale secondo il quale il Governo non può senza delegazione delle

---

<sup>76</sup> G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza* (diritto costituzionale e amministrativo), in *Nss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, p. 89 ss.

<sup>77</sup> G.U. RESCIGNO, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza* (Diritto costituzionale e amministrativo), in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, p. 100.

Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge salvo ricorrano, appunti, i suddetti presupposti.<sup>78</sup>

Che tali considerazioni possano estendersi *de plano* anche alle ordinanze di necessità ed urgenza lo dimostrano pure alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa che in relazione ai presupposti delle ordinanze, quali provvedimenti *extra ordinem*, ha affermato che è necessario, innanzitutto, che sussista il requisito della contingibilità, intesa come attualità o imminenza di un fatto eccezionale quale causa da rimuovere con urgenza<sup>79</sup>.

Altrimenti detto la contingibilità è l'impossibilità di provvedere con gli ordinari mezzi offerti dalla legislazione giustificata dall'accadimento di eventi imprevedibili, accidentali e straordinari - o, qualora prevedibili, nel loro improvviso deterioramento, mentre l'urgenza è definita come l'impossibilità di differire l'intervento ad altra data in relazione alla ragionevole previsione di danno incombente.<sup>80</sup>

Tale situazione deve essere altresì concretamente esistente e, come detto, deve essere talmente urgente da non potersi affrontare con strumenti ordinari; più precisamente, quindi, "occorre accertare che non sia possibile ricorrere a strumenti ordinari alternativi, previsti dall'ordinamento, giustificando in tal modo l'impiego di tale rimedio di carattere, appunto, straordinario".<sup>81</sup>

Ciò detto per il presupposto comune della necessità e dell'urgenza deve anche riferirsi tuttavia che molteplici sono le diversità tra i due tipi di atti necessitati.

---

<sup>78</sup> In tal senso anche A. CELOTTO - E. DI BENEDETTO, *Commento all'art. 77 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, 2010, vol. II, p. 1056 ss.

<sup>79</sup> In questo senso la contingibilità a ben vedere non costituisce un requisito ulteriore e diverso ma pare essere un predicato dell'urgenza. Essa, infatti, indica una situazione di fatto che impone di agire con urgenza. Tale situazione di fatto, secondo il Consiglio di Stato, può consistere sia in una situazione nuova ed imprevedibile, sia in una situazione di fatto che esista già da tempo, considerato che anzi il ritardo può soltanto accentuare l'urgenza, anziché escluderla. Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 29 aprile 1991, n. 700, in *Foro Amm.*, TAR, 1991, 1163.

<sup>80</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 21 ottobre 2003, n. 4851, in *Foro Amm.*, TAR, 2003, 2850; Consiglio di Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6169.

<sup>81</sup> T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 11 maggio 2007, n. 4992, in *Giur. It.*, 2008, I. Secondo il Tar Basilicata, potenza, sentenza n. 767/2005 i presupposti per l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti sono i seguenti: nella necessità di intervenire in alcune materie espressamente previste (sanità e igiene, edilizia, polizia locale); b) nell'attualità o nell'imminenza di un fatto eccezionale, quale causa da rimuovere con urgenza; c) nel previo accertamento, da parte degli organi competenti, della situazione di pericolo o di danno che si intende fronteggiare; d) nella mancanza di strumenti alternativi, previsti dall'ordinamento, stante il carattere *extra ordinem* del potere sindacale di ordinanza.

Nell'ordinamento costituzionale della Repubblica italiana il decreto-legge costituisce l'unica fonte del diritto dell'emergenza. L'art. 77, comma 2, Cost. stabilisce che "Quando in casi straordinari di necessità ed urgenza, il Governo adotta sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni".<sup>82</sup>

Dalla lettera dell'art. 77 Cost. si evince una prima differenza quanto all'organo competente: infatti, mentre le ordinanze sono adottate da organi amministrativi individuali, i decreti legge sono atti del Governo adottati da quest'ultimo sotto la propria responsabilità<sup>83</sup> e soggiacciono al controllo successivo del Parlamento per essere convertiti in legge.

Altra differenza evidente e fondamentale è che il decreto legge è fonte del diritto e come tale viene, infatti, annoverato in seno alla Costituzione; l'ordinanza è invece un atto amministrativo che se pure capace di innovare l'ordinamento giuridico attraverso delle disposizioni in deroga, tale effetto, si ricorda, discende non già dall'ordinanza ma dalla norma attributiva del potere sebbene poi quella deroga operi solo laddove il potere *extra ordinem* sia effettivamente esercitato.

Altra differenza tradizionalmente ravvisata tra ordinanze di necessità ed urgenza e decreto legge consiste nella temporaneità dell'intervento attuato con le prime. La giurisprudenza amministrativa in passato, infatti, si era espressa nel senso di escludere la possibilità di intervenire mediante lo strumento delle ordinanze per regolare stabilmente una situazione ovvero un assetto di interessi atteso il

---

<sup>82</sup> Il terzo comma stabilisce che "I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. Secondo l'Esposito nella seconda sottocommissione della assemblea costituente prevalse la tesi che la Costituzione dovesse tacere dei decreti-legge; ciò nondimeno fu ammessa l'eventualità che il Governo fosse costretto in casi eccezionali e straordinarissimi a prendere provvedimenti contro legge al di fuori delle Camere, aggiungendosi che se il Governo non avesse potuto fare a meno di agire in tal modo avrebbe dovuto farlo sotto la sua responsabilità, salvo ottenere un *bill* di indennità. Il timore che il silenzio della Costituzione sui decreti legge accompagnato dalla consapevolezza della loro inevitabilità, indusse la Costituente a ritornare sulla decisione negativa presa dalla sottocommissione.

<sup>83</sup> L'affermazione della responsabilità del Governo sofferma l'idea sul fatto che il Governo non abbia una competenza o una legittimazione in via ordinaria ad adottare tali atti necessitati. Secondo l'Esposito tale responsabilità deriva dal solo fatto di avere adottato tali atti e non già per averli adottati illegalmente. Secondo la tesi qui esposta la Costituzione prevederebbe solamente una possibilità e nessuna competenza o potestà giuridica del governo ad adottare tali atti. In ciò può intravedersi un'ulteriore differenza con le ordinanze giacché la norma attributiva del relativo potere è norma sulla competenza.

carattere transeunte della situazione da regolare. Venuta meno tale situazione, le ordinanze avrebbero dovuto esaurire i loro effetti. Tale tesi, secondo alcuni sarebbe da considerarsi superata, atteso che il requisito della urgenza andrebbe riferito non al fattore di rischio quanto piuttosto al pericolo da questo creato con la conseguenza che se il pericolo creato perdura nel tempo, l'ordinanza non potrà che avere un effetto prolungato nel tempo.<sup>84</sup>

Si è detto come già la dottrina più risalente abbia ravvisato il *trade union* tra decreto legge ed ordinanze di necessità ed urgenza nel presupposto comune della necessità e dell'emergenza e che tale presupposto valga ad inquadrare tali atti nel *genus* degli atti necessitati.

Tuttavia bisogna evidenziare che le trasformazioni che negli ultimi decenni hanno caratterizzato il sistema delle fonti hanno condotto il decreto-legge ad una collocazione ormai estranea all'emergenza; secondo autorevole dottrina, infatti, "il processo del decreto-legge e la successiva conversione in legge sono diventati una alternativa al normale procedimento di formazione della legge su iniziativa governativa, che il governo presceglie per ragioni politiche (che possono essere di pura tattica), non già perché vi siano presupposti di straordinarietà, intesa come imprevedibilità".<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Consiglio di Stato, sez. V, n. 3264/2006 a proposito del carattere necessariamente non provvisorio dell'ordinanza volta a far fronte a un evento non preventivamente valutabile in relazione alla sua durata quale l'inquinamento atmosferico. Secondo Consiglio di Stato, Iv, 13 ottobre 2003, n. 6169 "è sicuro che l'intervento non deve avere necessariamente il carattere della provvisorietà, atteso che suo connotato essenziale è l'adeguatezza della misura a far fronte alla situazione determinata dall'evento straordinario. Il che chiaramente sta a indicare che nell'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti non esiste, in astratto, un metro di valutazione fisso da seguire, ma la soluzione va individuata di volta in volta, secondo la natura del rischio da fronteggiare". Va però evidenziato come questa ricostruzione stride con i principi affermati dalla Corte costituzionale sia nella sentenza 127/1995 sia nella sentenza n. 26 del 1961 che aveva stabilito il carattere necessariamente provvisorio e limitato nel tempo delle ordinanze di cui trattasi.

<sup>85</sup> A. PREDIERI, *Il governo colegislatore, in Il decreto legge fra governo e parlamento*, a cura di F. Cazzola - A. Predieri - G. Prilla, 1975, p. XX. In tal senso anche C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, Relazione al Convegno del Gruppo S. Martino, Università di Milano Bicocca, 13 novembre 2009, su "*Recenti novità nell'uso dei poteri normativi del governo*", il quale mette in luce la crisi del sistema nella ripartizione tra Parlamento e Governo della funzione legislativa, così come delineata nella Carta Costituzionale, desumibile "da una serie di casi tratti dalla prassi recente: decreti-legge convertiti grazie alla posizione della questione di fiducia; decreti-legge correttivi di precedenti decreti-legge approvati con maxi-emendamento governativo di qualche giorno precedente; disciplina di interi settori con ordinanze del Presidente del consiglio in attuazione di decreti-legge; ricorso ad atti innominati di incerta collocazione sistematica quali linee-guida e decreti non regolamentari; costruzione di catene

Tale ineludibile constatazione rende purtroppo non più attuali le affermazioni dell'Esposito ad avviso del quale "I provvedimenti previsti dall'art. 77 presuppongono un Governo responsabile, Camere funzionanti ed in grado di sostituire provvedimenti definitivi a quelli provvisori adottati dal Governo, inoltre, per il fatto stesso che i provvedimenti del Governo hanno provvisoria forza di legge, una tale situazione generale dell'ordinamento che la loro forza abbia natura giuridica limitata, sottoposta ai controlli di validità propri delle leggi italiane. Perciò nelle ipotesi di crisi dell'intero sistema, quando non siano in grado di riunirsi e deliberare quelle Camere che dovrebbero giudicare dei provvedimenti adottati dal Governo e convertirli o eliminarli provvedendo eventualmente in loro vece; nei periodi di crisi nei quali sia escluso che l'organo di giustizia costituzionale possa giudicare della validità dei provvedimenti e della responsabilità giuridica del Governo, l'istituto disciplinato dall'art. 77 non può venire in considerazione"<sup>86</sup>.

Merita, infine, di essere esaminato il rapporto che si è instaurato negli ultimi anni tra i decreti legge ed una particolare specie di ordinanze di necessità ed urgenza, le ordinanze di protezione civile di cui alla legge 225/1992.

Nel corso della XVI legislatura sono state inserite nei decreti legge, poi convertiti in legge dal Parlamento, disposizioni che prevedono il ricorso ad ordinanze di protezione civile. Tali disposizioni, più specificatamente, prevedono ordinanze di cui alla citata legge 225/1992 per l'attuazione di decreti legge distorcendone così la finalità propria delle ordinanze consistente, invece, nel provvedere a situazioni particolari di emergenza "da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione dell'integrità della vita". In altri casi le disposizioni sempre contenute nei suddetti decreti legge introducono limiti meno stringenti rispetto a quanto previsto nella legge n. 225/1992.

Un esempio di questa nuova tendenza normativa ad iniziativa puramente governativa, si rinviene all'art. 18 del d.l. 23 maggio 2008, n. 90 recante "*Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile*" poi convertito,

---

normative che prescindono dal criterio gerarchico, come atti amministrativi generali contenenti delega per attuazione mediante regolamenti governativi.

<sup>86</sup> C. Esposito, *Voce Decreto-legge*, in *Enc. Giur.*, XI, p. 864.



con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123, che dispone che il Sottosegretario di Stato preposto alla soluzione dell'emergenza rifiuti nella regione Campania è autorizzato a derogare, con ordinanze *ex lege* 225/1992, ad una serie di disposizioni per le finalità di cui al decreto medesimo.

Quel che rileva è che l'art. 18 consente l'esercizio del suddetto potere di ordinanza che, come già anticipato, è ampiamente derogatorio di ogni disposizione vigente, con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali in materia di tutela della salute, dell'ambiente e del patrimonio culturale e non già di (tutti) i principi generali dell'ordinamento giuridico.

“Si tratta, dunque, di una clausola meno stringente rispetto a quella di cui alla legge n. 225/1992 che, sulla scia della giurisprudenza costituzionale, dispone che l'esercizio del potere di ordinanza si svolga nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento”.<sup>87</sup>

Un secondo caso di ordinanza attuativa di decreto legge è rappresentata da quelle ordinanze di attuazione del d.l. 6 novembre 2008, n. 172<sup>88</sup> recante la disciplina delle misure per incentivare il conferimento di rifiuti ingombranti, di imballaggi usati e di rifiuti di imballaggi.

Parimenti significativo è il caso di cui all'art. 1, comma 1, del d.l. 28 aprile 2009, n. 39 che prevede il concerto del ministero dell'economia e finanze, relativamente agli aspetti di carattere fiscale e finanziario, per l'emissione di ordinanze di cui alla legge n. 225/1992.

In tutti e tre i casi le disposizioni contenute nei decreti-legge citati prevedono che il potere di ordinanza sia esercitato per attuare i medesimi decreti legge che contengono quelle disposizioni e, dunque, per attuare una fonte del diritto, quale è il decreto-legge, per sua natura deputato ai sensi dell'art. 77 Cost., a fronteggiare situazioni di emergenza.

L'ampliamento progressivo dell'ambito inizialmente riservato alle ordinanze di protezione civile, coincidente con quello dell'emergenza per poi comprendere, come si analizzerà meglio nei capitoli successivi, anche il presupposto dei grandi

---

<sup>87</sup> In tal senso R. ZACCARIA - E. ALBANESI, *Le ordinanze di protezione civile “per l'attuazione “ di decreti legge (ed altri scostamenti dalla l.n. 225/1992)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, fasc. 3, p. 2243.

<sup>88</sup> Poi convertito nella legge n. 210 del 30 dicembre 2008.

eventi, l'uso del potere straordinario di ordinanza al di là dei limiti stringenti in cui è stato inizialmente confinato, il ricorso esponenziale a tale strumento derogatorio addirittura per l'attuazione di fonti del diritto, evidenziano *ictu oculi* un abuso del modello concepito dal legislatore dei primi anni novanta e considerato costituzionalmente legittimo dalla Corte Costituzionale nella sentenza 127 del 1995.

Questo ricorso abusivo ai poteri emergenziali anche per fronteggiare situazioni che nulla hanno di emergenziale e che sono, altresì, prive del carattere della imprevedibilità ha comportato di fatto, come la dottrina non ha mancato di rilevare, "lo spostamento del baricentro politico-normativo dal Parlamento verso il governo e la preoccupante deriva di un sistema governato non da norme ma da situazioni: in questo quadro, l'uso abnorme delle ordinanze di protezione civile è un sintomo, forse il grave, dell'erosione dello spazio costituzionalmente riservato alle Camere rappresentative. Ricorrendo ad esse, invece che al decreto-legge o ad esse insieme al decreto-legge, il governo, infatti, non solo esclude il Parlamento dalla vicenda, ma sottrae al Presidente della Repubblica, nonché al sindacato della Corte Costituzionale ogni possibilità di controllo".<sup>89</sup>

Tali ordinanze, infatti, non rientrando tra le fonti del diritto, sono sottratte al sindacato della Corte costituzionale di cui all'art. 134 Cost.; tuttavia avendo natura di atti amministrativi in linea di principio dovrebbero soggiacere ai vincoli derivanti dai principi generali in materia di discrezionalità amministrativa.

Al minor rigore di tali vincoli rispetto a quelli previsti in via generale per tutti gli altri provvedimenti amministrativi si aggiunge altresì la previsione che sottrae l'esercizio del potere di ordinanza di protezione civile al controllo preventivo della Corte dei Conti.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, 2, pp. 174 ss.

<sup>90</sup> Il depotenziamento dei controlli preventivi da parte della Corte dei Conti è avvenuto con l'art. 14 del d.l. 23 maggio 2008, n. 90 che dispone che l'art. 5 della legge 225/1992 nonché l'art. 5 bis del d.l. 343/2001 "si interpretano nel senso che i provvedimenti adottati ai sensi delle predette disposizioni non sono soggetti al controllo preventivo di legittimità di cui all'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. Tale disposizione ha peraltro effetto retroattivo in quanto legge di interpretazione autentica. Sul punto cfr. E. ALBANESI- R. ZACCARIA, *Le fonti dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze della protezione civile*, in *Amministrare*, 2, 2010, p. 193 ss.

### **2.3. Analisi e ricognizione normativa delle ordinanze di necessità ed urgenza.**

Si è visto come la nozione di potere amministrativo di ordinanza rappresenta un esempio tipico di ricostruzione dottrinale e che ad esso viene ricondotta una molteplicità di atti, dalle caratteristiche solo in parte comuni, adottati sulla base di norme che non coincidono in quanto a finalità e beni tutelati.

I numerosi tentativi di classificazione, cui si è accennato nei paragrafi che precedono<sup>91</sup>, su base sistematica delle norme attributive si scontrano con la propensione del legislatore a scegliere una delle diverse denominazioni in uso ordinanze contingibili e urgenti, ordinanze di necessità e urgenza, ordinanze anche in deroga alla legislazione vigente.<sup>92</sup>

In particolare si è già accennato nel paragrafo 2 alla distinzione, risalente al periodo anteriore all'entrata in vigore della Costituzione italiana, tra ordinanze legislative ed ordinanze amministrative. Si è anche detto che tale distinzione oggi non ha più ragione di essere e si è anche cercato di dimostrare le ragioni di tale affermazione.

Ciò nondimeno possiamo oggi trovare atti che vengono denominati ordinanze ma che ordinanze non sono, essendo essi semplici regolamenti: atti normativi adottati nel quadro di una disciplina legislativa che attuano e puntualizzano, ovvero nell'esercizio di una potestà normativa secondaria propria degli enti locali.<sup>93</sup> Esempio del primo tipo di ordinanza sono le ordinanze in materia scolastica ed i bandi militari ovvero le ordinanze con cui si disciplina il traffico, l'uso dell'acqua o del lido marino.

Radicalmente diverso è il fenomeno delle ordinanze di necessità ed urgenza che, come chiarito dalla Corte Costituzionale, devono intendersi quali provvedimenti amministrativi e non già atti normativi.

Loro caratteristica, come si è visto, è quella di essere indeterminati nel contenuto, atipici con la conseguenza che all'organo designato è lasciata la più ampia facoltà di regolare comportamenti e attività pubblici e privati. Tipico esempio è

---

<sup>91</sup> Cfr. Paragrafo 2 del presente capitolo.

<sup>92</sup> A. CARAPPELLUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, fasc. I, p. 321 ss.

<sup>93</sup> In questo senso F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, op. cit.

rappresentato dalle ordinanze adottate dal Prefetto ex art. 2 T.U.L.P.S. che ha la facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica; nessun limite incontra nell'esercizio di tale potere fatta eccezione per l'intangibilità dei diritti costituzionalmente garantiti, che assurgono a principi generali e supremi dell'ordinamento giuridico.<sup>94</sup>

Fermo rimanendo che le ordinanze sono insuscettibili di catalogazione, essendo il loro contenuto non predeterminato, una ricognizione può quanto meno essere operata con riferimento alle norme attributive di competenza. Si veda ad es. l'art. 216 del medesimo T.U.L.P.S. che attribuisce al Ministro dell'Interno il potere di emanare ordinanze quando sia stato decretato lo stato di pericolo pubblico.<sup>95</sup>

Vanno inoltre ricordate le ordinanze *extra ordinem* adottate dai Sindaci ai sensi dell'art. 54 T.U.E.L. così come modificato dal d.l. n. 92/2008, conv. con modificazioni in legge n. 125/2008.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sent. 27 maggio 1961, n. 26 in *Foro it.*, 1961, I, 888 di cui si è ampiamente trattato nel paragrafo 1.2 di questo capitolo.

<sup>95</sup> Recita il citato art. 216 " Oltre quanto è disposto dall'art. 2, qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda all'intero territorio del regno, il Ministro dell'Interno può emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigenti, sulle materie che abbiano comunque attinenza all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica.

I contravventori alle ordinanze predette sono puniti con l'arresto non inferiore a un anno, salvo le maggiori pene stabilite dalle leggi.

La disposizione precedente si applica anche a coloro che contravvengono alle ordinanze del Prefetto emesse durante lo stato di dichiarato pericolo pubblico, in forza dei poteri che gli sono conferiti dall'art. 2.

<sup>96</sup> Sul nuovo art. 54 del Tuel cfr. G. MELONI, *Il potere ordinario dei sindaci di ordinanze extra ordinem*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4/2009. Bisogna sottolineare che a seguito della riforma dei poteri di ordinanza dei Sindaci del 2008, un'indagine ANCI ha rivelato che l'80% dei Comuni italiani con popolazione ricompresa tra le 100.000 e 250.000 unità hanno adottato ordinanze in materia di sicurezza urbana. Il potere del sindaco di adottare ordinanze compare per la prima volta nell'all. F. della legge 20 marzo 1865, n. 2248 che prevedeva agli artt. 75, 76, 378 un potere d'imperio in materia di lavori pubblici. Poteri di adottare "provvedimenti necessari" erano previsti anche agli artt. 39 e 40 della legge 22 dicembre 1888, n. 5849 (legge sanitaria), in materia di igiene dell'abitato e dall'art. 15 della legge 30 marzo 1893, n. 184. Altro precedente specifico al potere di ordinanza contingibile ed urgente si rinviene all'art. 104 dell'all.F della legge 20 marzo 1865, n. 2249 poi ripreso testualmente dall'art. 133 del r.d.1889, n. 5921 (legge sull'amministrazione dei Comuni e delle Province) che recita "Appartiene pure al sindaco di fare i provvedimenti con tingibili ed urgenti di sicurezza pubblica sulle materie di cui al n. 5 dell'art. 167, nonché di igiene pubblica, e di far eseguire gli ordini relativi a spese degli interessati senza pregiudizio dell'azione penale in cui fossero incorsi".

Successivamente il testo unico delle leggi comunali e provinciali (legge del 1915, n. 148) prevede il potere di adottare ordinanze, confermato fino al nuovo testo unico del 1934, n. 383, art. 55. Questo potere di ordinanza si caratterizza rispetto alla normativa anteriore per un maggiore delimitazione quanto alle materie (edilizia, polizia locale ed igiene) con specificazione dei presupposti del potere identificati nelle esigenze di sanità e sicurezza pubblica. E' previsto inoltre l'intervento sussidiario del Prefetto, ciò che conferma che tale potere è adottato dal primo cittadino come ufficiale del Governo. Con l'entrata in vigore della legge 142/1990 il potere di

Con riferimento alle ordinanze adottate dal Sindaco, quale ufficiale del Governo, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che sebbene esse si traducano in un rimedio *extra ordinem* ciò non comporta il venire meno dell'obbligo di motivazione; anzi l'obbligo di motivazione, così come l'indicazione dei presupposti che giustificano l'adozione delle stesse, è funzionale al fine di verificare l'emergenzialità della situazione nonché l'adeguatezza delle misure adottate.<sup>97</sup>

L'obbligo di motivazione<sup>98</sup> si affianca ad una istruttoria che attesa la necessità e l'urgenza deve esserci pur non potendo essere particolarmente complessa.<sup>99</sup>

Tali ordinanze oltre a presupporre ai fini della loro legittimità una situazione di necessità ed urgenza<sup>100</sup> già precedentemente decritta, la cui mancanza non

---

ordinanza del Sindaco è stato previsto all'art. 38 rubricato "attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale". È stato confermato l'intervento sussidiario del Prefetto ma sono stati inseriti per la prima volta il limite costituito dal rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Quanto alle materie non c'è una significativa innovazione rispetto al T.U. del 1934, essendo queste individuate nella sanità, igiene edilizia e polizia locale. Interessante è inoltre la previsione espresso della facoltà di intervenire non solo in caso di gravi pericolo ma anche ai fini di prevenzione del pericolo medesimo.

Una nuova disciplina del potere di ordinanza del sindaco è stata prevista con l'entrata in vigore del d.lgs. 267/2000. L'art. 54 prevede che l'esercizio del potere di ordinanza sia sottoposto all'obbligo di motivazione ed al rispetto dei principi generali dell'ordinamento e che tale esercizio abbia il fine di anche di prevenire, oltre che eliminare, gravi pericoli. L'art. 50 prevede il potere del sindaco di adottare ordinanze contingibili ed urgenti in materia di igiene e sanità pubblica nella qualità, tuttavia, di rappresentante della comunità locale e non già quale ufficiale del Governo come nel già citato art. 54. Quest'ultimo articolo rubricato delle "attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale", come già anticipato, è stato modificato dal d.l. n. 92 del 2008. A seguito della novella l'art. 54 prevede il potere del sindaco di adottare in situazioni di emergenza *anche* atti contingibili ed urgenti per la tutela della incolumità pubblica e della sicurezza urbana (non più quindi dell'incolumità dei cittadini). Questo significa, come è stato chiarito anche dalla Corte costituzionale nella sentenza del 24 giugno 2009, n. 196, che il Sindaco potrà adottare anche atti di ordinaria amministrazione per la tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana. In particolare la dottrina non ha mancato di evidenziare come sia stato spezzato quel malsano legame tra emergenza e poteri emergenziali già denunciato durante la vigenza dell'art. 54 ante riforma. Con l'aggiunta della parola anche questo sinallagma tra poteri emergenziali straordinari e situazione di emergenza viene meno. Viene confermato l'intervento sussidiario del Prefetto. Per un'ampia disamina, anche storica, dei poteri sindacali cfr. *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, (a cura di) A. LORENZETTI E S. ROSSI, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche "Alberico da Rosciate"*, Facoltà di giurisprudenza, università degli studi di Bergamo, Jovene, 2009.

<sup>97</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza 14 febbraio 2007, n. 1352. Come peraltro precisato nella nota n. 91 l'obbligo di motivazione delle predette ordinanze è stato espressamente previsto dall'art. 38 della l. 142/1990.

<sup>98</sup> Tale obbligo vale ad escludere l'annoveramento delle predette ordinanze tra gli atti a contenuto generale e normativo.

<sup>99</sup> Secondo TAR Lazio, sent. N. 1352/2007, la straordinarietà dell'esercizio del potere rende più stringente la verifica degli elementi istruttori acquisiti ad un primo esami i quali vanno rigorosamente valutati al fine di individuare l'emergenzialità della situazione presupposta.

potrebbe giustificare il ricorso all'esercizio di un potere così tanto invasivo idoneo per sua natura a derogare la normativa vigente nonché a porsi *contra legem*, richiedono anche il perseguimento della finalità di tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana, ampliando così rispetto al testo precedente al 2008, il raggio di azione del potere sindacale. Il comma 4 bis rinvia poi ad un decreto del Ministro dell'interno la definizione dei concetti di incolumità pubblica e di sicurezza urbana.<sup>101</sup>

Il contenuto dell'ordinanza contingibile ed urgente adottata dal sindaco ex art. 54 TUEL non è predeterminato (al pari del contenuto di tutte le ordinanze extra ordinem) per cui essa potrà contenere l'imposizione di obblighi positivi, negativi nel rispetto dei limiti di cui alle riserve di legge previste in Costituzione.

Viene poi confermata la finalità anche preventiva delle predette ordinanze, già introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 38 della legge n. 142/1990; tale finalità, accompagnata dal superamento della tesi della temporaneità dell'ordine, ha consentito alla dottrina di affermare che le suddette ordinanze possono essere utilizzate per svolgere politiche per la sicurezza.

---

<sup>100</sup> Sui presupposti di necessità ed urgenza cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 25/09/2006, n. 5639 in cui si è affermata anche l'irrilevanza che la situazione di pericolo esista da tempo: fattispecie relativa ad ordinanza di sospensione di attività didattica in locali inadeguati e non conformi alle norme in materia di sicurezza. I presupposti della contingibilità ed urgenza come detto, possono ricorrere anche quando la situazione generatrice del pericolo si protragga da qualche tempo, non potendosi escludere che il protrarsi nel tempo di tale situazione pericolosa faccia sorgere un'urgenza a provvedere che prima non esisteva. In tal senso TAR Sicilia-Catania, 27/01/1981, n. 57, in Trib. Amm. Regionale, 1981, I, 1080. In proposito la giurisprudenza ha precisato che il potere di ordinanza si fonda sul presupposto della necessità di provvedere con immediatezza a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile che non si potrebbe fronteggiare con il ricorso a strumenti ordinari e che la circostanza che la situazione di pericolo perduri da tempo non esclude la probabilità che l'evento dannoso possa verificarsi Consiglio di Stato, sentenza n. 1678/2003, sent. 1904/2001 e n. 443/1993. Bisogna tuttavia evidenziare che per quanto riguarda i presupposti c'è una profonda differenza tra queste ordinanze e quelle adottate ai sensi della legge 225/1992. Per le ultime, infatti i soggetti che riconoscono e dichiarano lo stato di emergenza sono diversi da quelli che poi adottano le relative ordinanze; non così, invece, per le ordinanze sindacali posto che è sempre il sindaco quale ufficiale del Governo a riconoscere la sussistenza della situazione di emergenza.

<sup>101</sup> Il decreto è stato poi adottato il 5 agosto del 2008 che definisce incolumità pubblica l'integrità fisica della popolazione; sicurezza urbana "bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità dei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale". La dottrina non ha mancato di rilevare come questo meccanismo previsto dal citato comma 4 bis che demanda alla decretazione ministeriale la fissazione dei limiti alla discrezionalità amministrativa che accompagna l'esercizio dei poteri emergenziali da parte del sindaco sia violativi sia dell'art. 117, secondo comma Cost. che qualifica ordine pubblico e sicurezza come materie devolute alla potestà legislativa esclusiva statale nonché dell'art. 118 Cost. che richiede che il conferimento di funzioni amministrative avvenga con legge.

Tale considerazione, a mio avviso, non può non sollevare legittime perplessità anche perché se così fosse tale utilizzo delle ordinanze si risolverebbe in un abuso delle stesse almeno nelle ipotesi in cui le predette ordinanze vengano impiegate per tutelare situazioni permanenti, come può esserlo la politica per la sicurezza, a fronte del carattere provvisorio della ordinanza, carattere più volte affermato anche dalla Corte Costituzionale.<sup>102</sup> Ad avviso della scrivente questa interpretazione, sebbene restrittiva, deve essere privilegiata in ossequio al principio di legalità che si impone a fronte del carattere ampiamente derogatorio delle ordinanze *de quibus* e della loro natura *extra ordinem*.

Questo non esclude tuttavia che in considerazione della peculiarità delle singole fattispecie, le ordinanze possano avere carattere non provvisorio quando la loro adozione sia giustificata dalla necessità di eliminare una situazione di pericolo. Questa ipotesi è pur tuttavia sempre eccezionale rispetto alla regola generale secondo cui le ordinanze di necessità ed urgenza costituiscono rimedi provvisori e contingenti<sup>103</sup>. Ed invero la giurisprudenza amministrativa non ha mancato di dichiarare la illegittimità di talune ordinanze con cui si voleva offrire una soluzione definitiva del problema affrontato, ciò che è avvenuto nell'ipotesi di realizzazione di strutture ed opere sufficienti ad eliminare radicalmente la situazione di pericolo per i residenti in prossimità dell'autostrada.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Secondo TAR Toscana, sez. II, 15 marzo 2002, n. 494 le ordinanze con tingibili ed urgenti presentano il carattere della provvisorietà intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporanea limitata; di conseguenza tale provvedimento non può essere utilizzato per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o per regolare stabilmente un assetto di interessi.

<sup>103</sup> Come ben chiarito da TAR Puglia, Lecce, sez. III, 11 aprile 2009, n. 711 per evitare confusioni bisogna operare un distinguo tra urgenza e provvisorietà. Il primo carattere afferisce al presupposto ed è da riferirsi alla situazione di pericolo che richiede interventi improcrastinabili, fermo rimanendo invece che la situazione generatrice del predetto pericolo può preesistere da tempo.

La temporaneità invece attiene alla efficacia dell'ordinanza. Parte della giurisprudenza è dell'avviso che l'efficacia si protragga finché non venga meno la situazione di pericolo (*simul stabunt simul cadent*); altra parte della giurisprudenza invece sostiene che la temporaneità non sia un carattere necessario all'ordinanza atteso che il carattere essenziale è l'adeguatezza della misura. Ad avviso della scrivente quest'ultimo profilo non necessariamente esclude il primo. Infatti la misura pur dovendo essere adeguata e pur dovendo perdurare finché si protragga la situazione presupposta non esclude che essa debba comunque avere un carattere temporaneo e quindi provvisorio. Altrimenti opinando, infatti, si avallerebbero ipotesi ricostruttive per cui da eccezione il potere *extra ordinem* diverrebbe la regola e quindi lo strumento ordinario del provvedere e della tutela degli interessi pubblici con inevitabile pregiudizio del principio di legalità e della certezza dei rapporti giuridici.

<sup>104</sup> TAR Toscana, Firenze, sez. II, 15 marzo 2002, n. 494.

Quanto ai limiti estrinseci occorre ribadire come anche per le predette ordinanze valgano i limiti rappresentati dal rispetto dei principi generali dell'ordinamento specie quelli relativi ai diritti incompressibili della persona.

In particolare occorre indagare se e fino a che punto la tutela della incolumità pubblica e della sicurezza urbana perseguita dalle ordinanze sindacali ex art. 54 TUEL abbia determinato una compressione dei diritti costituzionalmente garantiti dei singoli.<sup>105</sup> Tale compressione ad avviso del TAR Veneto è avvenuta illegittimamente da parte delle ordinanze sindacali di Verona in materia di prostituzione.<sup>106</sup> Ad avviso del giudice amministrativo tale ordinanza comprimerebbe in maniera ingiustificata ed irragionevole la libertà fisica e morale dei soggetti non individuabili che pongono comunque una condotta di per sé non illecita. Inoltre il diritto alla libertà sessuale, inteso come diritto di disporre liberamente della propria sessualità, è un modo essenziale di espressione della persona umana e della sua libertà personale e definito dalla Corte Costituzionale

---

<sup>105</sup> Si tratta della questione recentemente affrontata dalla C. Cost., nella sentenza n. 196/2009 relativa al giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 6 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125 nonché relativa al conflitto di attribuzione tra enti sorto a seguito del decreto del Ministro dell'interno del 5 agosto 2008 recante: «Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione», promossi dalla Provincia autonoma di Bolzano. La Corte ha ritenuto entrambe le questioni non fondate. Con riferimento all'ultima questione la Corte ha affermato che «Già da tempo questa Corte ha escluso che le Province autonome di Trento e Bolzano siano titolari di competenze proprie in materia di ordine pubblico e sicurezza interpretando l'art. 20 dello statuto della Regione Trentino-Alto Adige, anche sulla base di quanto stabilito nelle relative norme di attuazione (d.P.R. n. 686 del 1973), nel senso «che le attribuzioni ivi previste sono conferite ai Presidenti delle Giunte provinciali nella loro veste di ufficiali del Governo centrale» (sentenza n. 211 del 1988; si veda anche la sentenza n. 129 del 2009). Su questa base è stata, pertanto, respinta la pretesa della Provincia autonoma di Bolzano di farne scaturire la titolarità di un potere legislativo in materia. Lo stesso comma 3 dell'art. 3 del d.P.R. n. 526 del 1987 – cioè la norma di attuazione che ha esteso alla Regione Trentino-Alto Adige e alle Province autonome di Trento e di Bolzano le disposizioni dell'art. 19 del d.P.R. n. 616 del 1977 – non ha mutato la natura dei poteri conferiti ai Presidenti delle Province, che restano speciali funzioni amministrative statali loro attribuite, senza che da ciò possa dedursi, con una sorta di parallelismo invertito fra funzioni amministrative e legislative, la titolarità di un potere legislativo della Provincia in materia di sicurezza pubblica, tale da impedire il mutamento della legislazione statale in materia.». La Corte non nasconde che ci possa essere il rischio che l'esercizio da parte dei Sindaci appartenenti ai comuni della Provincia autonoma dei vasti ed indeterminati poteri in tema di tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana, possa sovrapporsi a quello riconosciuto dallo Statuto al presidente della Provincia ma che «*Spetterà eventualmente al giudice comune, e a questa stessa Corte in sede di conflitto di attribuzione, verificare, di volta in volta, la lesione di tale ambito di competenze.*»

<sup>106</sup> Si tratta dell'ordinanza sindacale n. 81/2008 del Comune di Verona sospesa cautelarmene dal TAR Veneto con ordinanza n. 22 del 2009. L'ordinanza de qua vietava di concordare prestazioni sessuali a pagamento, di chiedere informazioni a soggetti che svolgono attività di meretricio su strada. Essa inoltre si rivolgeva tanto ai clienti ovvero ai conducenti di veicoli quanto ai soggetti che svolgono attività di meretricio.



come un diritto soggettivo assoluto da inquadrare tra i diritti inviolabili della persona umana.<sup>107</sup>

Meritano poi di essere analizzate alcune ordinanze di contrasto all'accattonaggio ed alla mendicizia adottate dai sindaci ex art. 54, ante e post riforma.<sup>108</sup>

Esse individuano a volte specifici siti comunali nell'ambito dei quali l'efficacia delle ordinanze sarebbe limitata; in altri casi tale efficacia si estende indiscriminatamente a tutto il territorio comunale. Le condotte vietate sono l'accattonaggio molesto per mezzo di minori o animali oppure quelle effettuate esibendo o simulando malformazioni fisiche. In altri casi vi è solo un riferimento generico all'accattonaggio ed alla mendicizia.

Tali ordinanze destano perplessità quanto al presupposto dell'urgenza del pericolo di un danno imminente alla incolumità pubblica ed alla sicurezza urbana. Siamo infatti certi che tale pericolo di danno sia così imminente da richiedere e giustificare l'adozione di misure indilazionabili ed improcrastinabili quali le ordinanze *de quibus* ?

Oltre al rilevato profilo di illegittimità non va sottaciuto il contrasto di tali ordinanze con l'art. 38 Cost. e quindi col principio generale di solidarietà.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> C. Cost. sent. 561/1987. Tali ordinanze si pongono altresì in contrasto con art. 23 cost.

<sup>108</sup> Comune di Alba (CN) 10/2009, Como 224/2208; Reggio Calabria 96/2008; Rho (MI) 268/2008 tanto per citarne alcune.

<sup>109</sup> Sul tema della mendicizia ed accattonaggio in relazione al principio di solidarietà si è espressa la C. Cost. con sentenza n. 519/1995 giungendo a dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 670, 1 comma, c.p. che prevedeva la pena dell'arresto fino a tre mesi, per "chiunque mendica in luogo pubblico o aperto al pubblico". La Corte ha affermato che "L'ipotesi della mendicizia non invasiva integra una figura di reato ormai scarsamente perseguita in concreto, mentre nella vita quotidiana, specie nelle città più ricche, non è raro il caso di coloro che - senza arrecare alcun disturbo - domandano compostamente, se non con evidente imbarazzo, un aiuto ai passanti. Di qui, il disagio degli organi statali preposti alla repressione di questo e altri reati consimili - chiaramente avvertito e, talora, apertamente manifestato - che è sintomo, univoco, di un'abnorme utilizzazione dello strumento penale. Gli squilibri e le forti tensioni che caratterizzano le società più avanzate producono condizioni di estrema emarginazione, sì che - senza indulgere in atteggiamenti di severo moralismo - non si può non cogliere con preoccupata inquietudine l'affiorare di tendenze, o anche soltanto tentazioni, volte a "nascondere" la miseria e a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli. Quasi in una sorta di recupero della mendicizia quale devianza, secondo linee che il movimento codificatorio dei secoli XVIII e XIX stilizzò nelle tavole della legge penale, preoccupandosi nel contempo di adottare forme di prevenzione attraverso la istituzione di stabilimenti di ricovero (o ghetti?) per i mendicanti. Ma la coscienza sociale ha compiuto un ripensamento a fronte di comportamenti un tempo ritenuti pericolo imminente per una ordinata convivenza, e la società civile - consapevole dell'insufficienza dell'azione dello Stato - ha attivato autonome risposte, come testimoniano le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere, e la loro regola, dal valore costituzionale della solidarietà. D'altra parte, i paventati effetti di ulteriore affollamento delle carceri e d'un accrescimento del carico penale sono irrealistici e comunque potranno essere

### 3. Potere derogatorio e normativa comunitaria primaria e derivata.

Accanto ai principi generali dell'ordinamento giuridico, un altro limite che incontra il potere di ordinanza è rappresentato dal diritto comunitario. Il diritto comunitario trova ingresso nel nostro ordinamento costituzionale in base all'11 Cost.; inoltre per effetto della nuova formulazione dell'art. 117 Cost. esso conosce una maggiore compenetrazione ed integrazione con il nostro sistema ordinamentale non più affidata alla sola legge di esecuzione.

L'art. 117 Cost. sancisce un principio generale dell'ordinamento giuridico laddove stabilisce che l'esercizio della potestà legislativa statale e regionale deve avvenire nel rispetto degli obblighi comunitari ed internazionali.<sup>110</sup>

Altro limite è costituito altresì dai principi contenuti nella CEDU la quale oltre ad avere rilevanza costituzionale per effetto del disposto di cui all'art. 117 Cost., contiene norme che si muovono per lo più nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali della persona con l'effetto di integrare l'attuazione di valori e principi fondamentali protetti dalla stessa Costituzione italiana.<sup>111</sup>

---

scongiurati se e in quanto si consoliderà l'indirizzo del legislatore verso la "depenalizzazione". In questo quadro, la figura criminosa della mendicizia non invasiva appare costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale. Né la tutela dei beni giuridici della tranquillità pubblica, con qualche riflesso sull'ordine pubblico (sentenza n. 51 del 1959), può dirsi invero seriamente posta in pericolo dalla mera mendicizia che si risolve in una semplice richiesta di aiuto.

La Corte ha invece rigettato la questione di illegittimità costituzionale sollevata sul comma 2 del medesimo art. 670 c.p. sul quale è poi intervenuto il legislatore con legge di depenalizzazione l. 205/1999

<sup>110</sup> Prima della novella dell'art. 117 avvenuta con legge costituzionale n. 3/2001 l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte Costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Da tale collocazione derivava, come naturale corollario, che le stesse norme non potevano essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale. Con riferimento alle norme pattizie comunitarie, id est i Trattati, la Corte Costituzionale ha chiarito "che esse abbiano diretta applicazione nell'ordinamento italiano senza necessità di leggi di ricezione e adattamento ponendosi negli ordinamenti comunitari come atti aventi forza e valore di legge, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari" (sent. 183 del 1973 e n. 170 del 1984)

<sup>111</sup> In questo senso si è espressa la Corte Costituzionale nelle note sentenze gemelle n. 348/349 del 22-24 ottobre 2007. La distinzione rispetto alle norme pattizie comunitarie è stata ben sottolineata dalla Corte Costituzionale nelle suddette sentenze gemelle stabilendo le norme CEDU non producono effetti diretti nell'ordinamento interno tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto. Questa distinzione è stata confermata nel nuovo testo dell'art. 117 cost. che distingue tra vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario da quelli riconducibili agli obblighi internazionali. "Si tratta di una differenza non soltanto terminologica,

La conseguenza del contrasto di una ordinanza di necessità ed urgenza rispetto alle due norme è però diversa: nel primo caso il giudice, se l'ordinanza è conforme alla norma attributiva del relativo potere, dovrà disapplicare quest'ultima norma e se eventualmente fornito del potere di caducazione dell'atto amministrativo, potrà anche annullare l'ordinanza medesima per contrasto ad una norma di diritto comunitario<sup>112</sup>.

Nel secondo caso, quando cioè l'ordinanza contrasti con una norma CEDU, poiché tali norme non hanno una diretta applicabilità nostro ordinamento, non costituendo parte integrante dello stesso, il giudice non può annullare l'ordinanza o disapplicarla dovendo piuttosto, secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale,<sup>113</sup> sollevare questione di legittimità costituzionale della norma attributiva del relativo potere per violazione dell'art. 117 Cost.

Il problema del contrasto delle ordinanze di necessità ed urgenza con la normativa comunitaria ha riguardato in particolare le ordinanze della protezione *ex lege* 225/1992 e la normativa, di derivazione comunitaria, sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006, di recepimento delle direttive comunitarie nn. 2004/18/Ce e 2004/17/CE, riguardanti gli appalti nei settori ordinari e nei settori c.d. esclusi. Tali direttive sono state considerate *self-executing* vale a dire direttamente applicabili atteso il carattere sufficientemente dettagliato delle relative disposizioni<sup>114</sup>.

---

ma anche sostanziale. Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un Trattato internazionale multilaterale ...da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione nell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto". Con la conseguenza che i giudici nazionali non possono procedere a disapplicare una norma interna perché contrastante con una norma CEDU ma, invece, a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna con essa contrastante per violazione dell'art. 117 Cost. e quindi per violazione della norma CEDU che è norma interposta (è cioè norma subcostituzionale e, quindi, di rango subordinato alla costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria)

<sup>112</sup> Secondo il principio per cui *iura novit curia* il Giudice amministrativo potrà anche annullare il provvedimento amministrativo che sia sì conforme alla norma attributiva del potere ma contrastante insieme a quest'ultima ad una norma di rango superiore come la norma comunitaria. Secondo questa ricostruzione l'atto amministrativo adottato in contrasto col diritto comunitario è annullabile non differendo il regime da quello proprio dell'atto contrastante con il diritto nazionale.

<sup>113</sup> Sentenze 348 e 349 del 2007. Cfr. nota 2.

<sup>114</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2006 n. 383; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005 n. 5194

Considerata, dunque, la fonte comunitaria nonché il carattere *self-executing* delle direttive citate, la normativa sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici non è derogabile, in via di principio, neanche in situazioni connesse all'emergenza. Muovendo da tali premesse la Commissione Europea ha avviato nei confronti dello Stato italiano alcune procedure di infrazione sul presupposto che alcune ordinanze di protezione civile ex art. 5 comma 2 l. 225/1992 si ponessero in contrasto con le norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.<sup>115</sup>

In particolare la Commissione ha evidenziato come la violazione della normativa comunitaria sarebbe stata la conseguenza dell'adozione di atti (le ordinanze *ex lege* 225/1992) non giustificati da una situazione di estrema urgenza, non supportati dall'imprevedibilità e dalla non imputabilità allo Stato membro, requisiti questi che, invece, sono necessari per il ricorso a procedure di gara difformi dalla normativa comunitaria.

L'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano insegna che in presenza di situazioni di emergenza la deroga alla normativa comunitaria in tema di aggiudicazione di appalti va circoscritta in modo rigoroso verificando sia la ricorrenza dei presupposti che giustificano l'adozione delle predette

---

<sup>115</sup> Al fine di risolvere la questione ed in particolare affinché le iniziative connesse all'emergenza fossero condotte in armonia con la normativa comunitaria, è stata adottata la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 ottobre 2004 (pubblicata in G.U. 21 dicembre n. 298) che contiene "disposizioni cogenti volte ad assicurare che le future situazioni di emergenza o di grande evento che dovessero essere dichiarate siano affrontate alla stregua di una normativa di emergenza il più possibile coerente con i principi dell'ordinamento comunitario e anche al fine di limitare gli ambiti derogatori della normativa di rilievo comunitario". Tale direttiva è stata adottata ai sensi dell'art. 5 comma 2, lett. e) della legge n. 400/1988 e dell'art. 2 del d.lgs. 112/1998 che prevede in capo allo Stato l'obbligo di assicurare l'esecuzione a livello nazionale degli obblighi assunti a livello comunitario per effetto dell'adesione al Trattato sull'Unione europea. L'art. 1 in particolare prevede che la durata dello stato di emergenza o di grande evento sia limitata alla realizzazione dei primi indispensabili interventi e che le ordinanze di protezione civile non debbano contenere deroghe alle disposizioni contenute nelle direttive comunitarie. Tuttavia non manca l'eccezionale ipotesi per cui in caso di assoluta eccezionalità dell'emergenza, da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione della integrità della vita umana, il Capo del Dipartimento della protezione civile può essere motivatamente autorizzato a procedere ad affidamenti diretti in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture di rilievo comunitario, sempreché non sia possibile provvedere altrimenti, in termini di rigorosa proporzionalità, e soltanto per periodi di tempo prestabiliti, limitati alla adozione dei primi indispensabili interventi (art. 4).

ordinanza<sup>116</sup> nonché il rispetto di taluni principi propri delle procedure di aggiudicazione che comunque non sono suscettibili di deroga.

In particolare è stato previsto nella Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22/10/2004 che la Direttiva 31/3/2004 n. 18<sup>117</sup> trovi applicazione inderogabile nelle procedure connesse alle situazioni di emergenza anche quando sono previste deroghe alla normativa interna, con riferimento: ai principi di aggiudicazione degli appalti per cui le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e con trasparenza; al principio di non discriminazione in base alla nazionalità in tema di concessione di diritti speciali o esclusivi; alle soglie di rilevanza comunitaria degli appalti; al metodo di calcolo del valore degli appalti, alle concessioni di servizi alle specifiche tecniche, alle varianti; al ricorso alle procedure aperte, ristrette, negoziate e al dialogo competitivo; alla disciplina di redazione e di pubblicazione dei bandi e degli avvisi; alla disciplina dell'informazione dei candidati e degli offerenti; alla disciplina del contributo del verbale di gara; alla disciplina dei requisiti di idoneità professionale, economica e tecnica e di capacità generale e morale dei concorrenti; alla disciplina dei criteri di aggiudicazione dell'appalto.<sup>118</sup>

Maggiormente restrittiva, con riguardo alla derogabilità al sistema normativo primario e secondario ordinario, si è dimostrata la giurisprudenza costituzionale che con sentenza n. 127 del 1995 ha stabilito che "Per l'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione di cui al comma 1, si provvede, nel

---

<sup>116</sup> Con la determinazione dell' Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 20/2002 del 30 luglio 2002 riguardante "procedure in deroga all'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e s.m. in forza di ordinanze contingibili ed urgenti in materia di protezione civile" si era ritenuto che "le ordinanze contingibili ed urgenti possono derogare alle ordinarie disposizioni vigenti in tema di lavori pubblici, ma, proprio perché conseguono ad una situazione eccezionale, tale deroga non può permanere sine die, ma deve essere necessariamente limitata nel tempo e circoscritta alla persistenza della menzionata situazione" e che " ... le ordinanze adottate per l'attuazione degli interventi di emergenza, al verificarsi di eventi di calamità naturali, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare". Gli stessi principi sono stati ribaditi nella determinazione n. 1/2004 del 14 gennaio 2004.

<sup>117</sup> Direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, pubblicata in *GUCE* 30/4/2004 n. 134.

<sup>118</sup> Si tratta degli artt. 1, 2, 3, 7, 9, 17, 23, 24, 26, 28, 30, 31, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 51, 53, 55.

In tal senso V. SALOMONE, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Foro amministrativo- CDS*, 2008, p. 954 ss.

quadro di quanto previsto dagli articoli 12, 13, 14, 15 e 16, anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, pur tuttavia esorbita dalle attribuzioni dello Stato per fronteggiare lo stato di emergenza introdurre indicazioni che conferiscano ad organi amministrativi poteri d'ordinanza tali da derogare a settori di normazione primaria che non siano adeguatamente circoscritti nell'oggetto, e tali da derogare a leggi fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale, senza prevedere l'intesa con la Regione per la programmazione generale degli interventi". Altri limiti sono poi stati ravvisati dalla Corte nei principi di ragionevolezza, proporzionalità, congruità e proporzione della misura rispetto alla situazione, obbligo di motivazione, pubblicazione e indicazione di un preciso termine finale.<sup>119</sup>

Nello stesso senso si è espressa anche la magistratura contabile.<sup>120</sup>

Altra materia in cui si è verificata una palese violazione delle norme comunitarie riguarda quella di gestione dei rifiuti materia per la quale il rapporto dello Stato italiano con le istituzioni comunitarie si è rivelato altamente dialettico<sup>121</sup> a causa della complessità della materia, delle non univoche indicazioni comunitarie<sup>122</sup> e delle conseguenti divergenti interpretazioni oscillanti tra una nozione ampia, che

---

<sup>119</sup> Non sono configurabili effetti di durata indefinita, in quanto un'efficacia *sine die* contrasterebbe con il carattere eccezionale e temporaneo del provvedimento.

<sup>120</sup> La Corte ha ritenuto che la violazione dei limiti dei poteri di ordinanza può comportare, in presenza di tutti i presupposti stabiliti dalla legge, anche una responsabilità amministrativa dell'amministratore preposto all'organo straordinario deputato all'emanazione di ordinanze di necessità ed urgenza. Sul punto cfr. AA.VV., *Il diritto pubblico dell'emergenza e della ricostruzione in Abruzzo*, a cura di Pierluigi Mantini, Cedam, 2010, p. 181.

<sup>121</sup> Di rifiuto la direttiva comunitaria ha dato definizione rigorosa nella direttiva 75/442/Cee. Inoltre la Corte di Giustizia nella causa C-103/02 ha condannato l'Italia perché non ha stabilito nel decreto del Ministro dell'Ambiente del 5 febbraio 1998 poiché non ha stabilito in quantità massime di rifiuti pericolosi che possano essere oggetto di recupero in regime di dispensa di autorizzazione; Corte di Giustizia C-270/03 che ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 12 direttiva del Consiglio 75/442/Cee poiché l'art. 30 del d.lgs. 22/1997 ha permesso alle imprese di esercitare la raccolta ed il trasporto dei propri rifiuti non pericolosi come attività ordinaria e regolare, senza obbligo di iscrizione all'albo nazionale delle imprese esercenti servizi di smaltimento rifiuti. Da ultimo anche Corte di Giustizia C- 442/06

<sup>122</sup> In questo senso si è espressa anche la comunicazione della Commissione europea del 27 maggio 2003 in riferimento agli allegati II A e II B della Direttiva 75/442/CEE che ha affermato che «le definizioni sono di carattere generale e lasciano ampio margine di interpretazione, che può essere utilizzato per aggirare gli obblighi previsti per i rifiuti destinati allo smaltimento.

implica maggiori costi per le imprese, ed una nozione restrittiva, pregiudizievole per la salute e per l'ambiente<sup>123</sup>.

Nella procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea sono state chieste spiegazioni sul perché della mancata raccolta dei rifiuti nella Regione Campania, fatto che aveva indotto alla chiusura delle scuole per motivi di salute e gli abitanti a dar fuoco ai sacchi di rifiuti accumulatisi per le strade.

E' noto che la incapacità degli amministratori di gestire in via ordinaria lo smaltimento dei rifiuti soprattutto in un'ottica lungimirante, non solo ha ad un certo momento destato l'attenzione delle Istituzioni comunitarie ma ha indotto il Governo italiano anche a fronte della già richiamata procedura di infrazione apertasi nei confronti dello Stato italiano, ad intervenire con il noto strumento delle ordinanze contingibili ed urgenti e, quindi, con un sistema introduttivo di ampie deroghe della legislazione vigente comprensiva, in questo caso, anche delle regole della competenza degli organi della giurisdizione<sup>124</sup>.

In siffatti casi l'adozione di ordinanze di necessità ed urgenza *ex lege* 225/1992 giustificata dalla necessità e dall'urgenza di provvedere essendo indubbio che il mancato smaltimento dei rifiuti nonché l'incendio degli stessi sia fonte di pericolo e di pregiudizio per la incolumità pubblica, è pur vero manca del carattere

---

<sup>123</sup> Per una interpretazione estensiva della nozione di rifiuto si sono espresse sia la Corte di Giustizia della Comunità europea sia la Corte Costituzionale italiana; la prima nella causa C-457/2002 nonché C-194/2005. La seconda nella sentenza del 14 marzo 2008 n. 62 che riprende la nozione di rifiuto definita alla direttiva 2006/12/Ce: infatti " Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera a), della direttiva 2006/12/CE si intende per rifiuto «qualsiasi sostanza od oggetto che rientri nelle categorie riportate nell'allegato I e di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi". La Corte rileva altresì che "la disciplina dei rifiuti si colloca, per consolidata giurisprudenza di questa Corte, nell'ambito della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione. Lo statuto speciale conferma questa competenza esclusiva dello Stato, ma riserva alla competenza della Provincia alcuni segmenti della tutela ambientale.

*La competenza statale nella materia ambientale, infatti, si intreccia con altri interessi e competenze, di modo che deve intendersi riservato allo Stato il potere di fissare standard di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, restando ferma la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali (ex multis, sentenza n. 407 del 2002).*

*Pertanto, anche nel settore dei rifiuti, accanto ad interessi inerenti in via primaria alla tutela dell'ambiente, possono venire in rilievo interessi sottostanti ad altre materie, per cui la «competenza statale non esclude la concomitante possibilità per le Regioni di intervenire [...], così nell'esercizio delle loro competenze in tema di tutela della salute», ovviamente nel rispetto dei livelli uniformi di tutela apprestati dallo Stato (sentenza n. 62 del 2005; altresì, sentenze n. 380 del 2007, n. 12 del 2007, n. 247 del 2006)".*

<sup>124</sup> Con l'introduzione, in via generale, della competenza territoriale del Tribunale amministrativo regionale del Lazio a giudicare sulle ordinanze di protezione civile adottate durante lo stato d'emergenza.

dell'imprevedibilità della situazione di pericolo essendo al contrario altamente prevedibile che la mancata raccolta dei rifiuti possa portare a situazioni rischiose per l'incolumità pubblica.

Inoltre verrebbe meno anche il carattere della temporaneità delle ordinanze atteso che esse intervengono in assenza a monte di una politica lungimirante di gestione del rifiuto. Infatti tale assenza crea naturalmente una situazione di rischio per la incolumità dei cittadini con ciò giustificando prima o poi l'esercizio dei poteri straordinari. Ecco che allora difficilmente l'intervento straordinario sarà temporaneo e sebbene, come già riferito, una parte della giurisprudenza ritiene che la temporaneità della efficacia non sia un requisito necessario delle ordinanze contingibili ed urgenti è anche vero però che tali strumenti non possono diventare mezzi ordinari per la gestione e la cura dell'interesse pubblico.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Sull'impiego delle ordinanze ex lege 225/1992 in materia di rifiuti cfr. *infra* cap. III.



## CAPITOLO II

### LE ORDINANZE DELLA LEGGE N. 225/92 SULLA PROTEZIONE CIVILE

1. Breve excursus sull'organizzazione della protezione civile nel XX secolo. 2. I presupposti per l'esercizio del potere. La dichiarazione dello stato di emergenza: la nozione di stato di emergenza e gli abusi dell'autorità amministrativa in materia (rinvio). 2.1 L'art.5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401 e la nozione di grande evento idoneo a legittimare l'esercizio del potere di ordinanza: i "*grandi eventi che determinino situazioni di grave rischio*". 2.2 Gli organi legittimati all'esercizio del potere di ordinanza e riparto di competenza nella Legge n.225/1992. 2.3 Natura normativa o amministrativa delle ordinanze in materia di protezione civile: la pubblicazione. 3. Ancora sui principi di legalità e di tipicità delle ordinanze di protezione civile. Eventuali limiti posti dalle norme cd. "superprimarie" all'efficacia derogatoria ed integrativa. 3.1 L'obbligo di motivazione e la durata a tempo determinato delle prescrizioni derogatorie imposte dall'ordinanza di protezione civile. 4. Il sistema delle deleghe e le ordinanze preventive.

#### **1. Breve excursus sull'organizzazione della protezione civile nel XX secolo.**

Nel capitolo precedente si è visto come nel nostro ordinamento esistono atti attraverso i quali, in situazione di urgente necessità, il potere pubblico può intervenire per la cura degli interessi cui è istituzionalmente funzionale al di fuori di una previa disciplina normativa.

Più complessa appare, invece, una ricostruzione dogmatica unitaria del fondamento di tale potere soprattutto a fronte della propensione del legislatore, da un lato, di dar vita a tante norme attributive del potere di ordinanza nonché, dall'altro, ad usare diverse denominazioni delle ordinanze medesime.

Quanto al primo profilo, attinente alla pluralità delle norme attributive del potere, può affermarsi che essa sia lo specchio del ricorso alle ordinanze di necessità ed urgenza per soddisfare esigenze del tutto limitate e contingenti, a volte anche prevedibili, avulse da un quadro sistematico unitario con l'effetto di indurre il legislatore, spesso ignaro delle leggi precedentemente promulgate ed entrate in vigore, di adottare altre norme legittimanti l'esercizio di un potere di ordinanza diversamente denominato.

In questo contesto, non certamente univoco, si colloca la legge 225/1992 che all'art. 5 prevede espressamente il potere di emanare ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nell'ambito delle situazioni di emergenza disciplinate dalla legge sul Servizio nazionale di protezione civile.

Gli istituti relativi alla protezione civile, infatti, sembrano destinati ad assumere un rilievo sempre più importante per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo la legge 225/1992 prevede il problema della valutazione dei rischi connessi alla diversa attività umane correlate all'utilizzazione del territorio, e condizionate dall'ambiente naturale<sup>1</sup>.

In secondo luogo, va osservato che l'organizzazione del servizio nazionale di protezione civile costituisce momento fondamentale di azione dei poteri pubblici in situazioni critiche; tale momento fondamentale non può non essere preso in considerazione ai fini della completezza del presente studio.

Non è mancato in dottrina chi ha intravisto nella legge in esame uno strumento attuale e di più facile applicazione per reagire ad una crisi dei poteri ordinari atteso che il nostro ordinamento conosce poche puntuali norme per il superamento dei momenti di crisi istituzionale con la conseguenza di poter ipotizzare che i meccanismi previsti per i casi di intervento della protezione civile possano esser utilizzati ampliando in via di

---

<sup>1</sup> Secondo F.S. SEVERI, *Le ordinanze della legge 225/1992 sulla protezione civile*, Giuffrè, 1993, "La comparazione tra i costi relativi alla eliminazione dei rischi di eventi dannosi connessi alle attività produttive; quelli derivanti da una congrua riparazione dei danni derivanti dal mutamento di equilibri naturali, diventa essenziale: l'attività di studio connessa alla predisposizione di piani di previsione e prevenzione, che ora solo formalmente coinvolge i settori più disparati della pubblica amministrazione, ed una pluralità di ministeri e di enti, è destinata a diventare momento fondamentale di scelta politica. .. la legge, in questo senso, è già esplicita, anche se non appare ancora matura la consapevolezza circa la centralità del problema, che è regolato in una prospettiva di esercizio eventuale di un'attività di ripristino, che si scongiura fidando nella sorte e non nell'assunzione di recise responsabilità che la norma legislativa pur indica esplicitamente".

interpretazione le ipotesi già disciplinate, ovvero rifacendosi con norme legislative speciali ad uno schema già consolidato e sperimentalmente già collaudato.

A mio sommo avviso questa interpretazione non è condivisibile. Interpretare così estensivamente la legge sulla protezione civile affidandole compiti che esulano dalla sua funzione propria può comportare parecchi pericoli all'unità dell'ordinamento, alla sua tenuta, nonché alla certezza del diritto soprattutto se si riflette sulla circostanza che i meccanismi previsti dalla stessa possono essere anche derogatori dell'ordinamento vigente. Per cui questa legge dovrebbe essere utilizzata cum grano salis non oltre le ipotesi specificamente previste dal legislatore.

L'art. 5 della legge 225 costituisce senz'altro l'insieme normativo più ampio ed articolato in materia di poteri eccezionali, al di fuori del testo costituzionale. La Costituzione, anzi, si limita, come si è visto, alla disciplina puntuale del decreto legge tanto che l'ESPOSITO ritenne fin dall'inizio che fosse opportuno condurre ogni ipotesi di intervento urgente all'art. 77 Cost.

Secondo una attenta dottrina, la legislazione riguardante la protezione civile può, per ragioni di comodità espositiva, essere suddivisa in quattro periodi: il primo che va dall'unificazione del Regno al 1926; il secondo da quest'ultima data al 1970; il terzo dal 1970 al 1980; infine, il quarto periodo nel quale ci troviamo<sup>2</sup>.

Con riferimento al primo periodo, la legislazione del Regno si presenta sostanzialmente frammentaria ed estemporanea essendo le norme all'epoca emanate principalmente volte a disciplinare gli interventi pubblici in occasione di particolari tipi di calamità (alluvioni, nubifragi, terremoti, eruzioni vulcaniche, frane, ecc.) che si abbattevano con regolarità sul territorio nazionale.

Tuttavia è solo con il r.d.l. 9 dicembre 1926, n. 2389, poi convertito con modificazioni nella l. 15 marzo 1928, n. 833, che si provvede ad una disciplina di carattere generale ed organica, volta alla predisposizione dei "servizi di pronto soccorso in caso di disastri tellurici o di altra natura".

Le norme in questione delineavano un sistema organizzativo

---

<sup>2</sup> M. DI RAIMONDO, *voce Protezione civile*, EdD, XXXVI

sufficientemente compiuto, incentrato sul Ministro dei lavori pubblici, e configuravano una serie di strumenti di intervento, in seguito al verificarsi dell'evento catastrofico.

Senonché questa legge pare che non abbia avuto un collaudo effettivo; pare che, in sostanza, almeno nelle sue parti essenziali (e specialmente in quella più rilevante che accentrava nel Ministro dei lavori pubblici i poteri di direzione unitaria), essa non abbia concretamente funzionato<sup>3</sup>.

Di fatto nel periodo assai lungo che va dal 1926 al 1970, si assiste al progressivo affermarsi di un sistema "parallelo", incentrato, in via primaria, sulle strutture del Ministero dell'interno, nonché, in un certo senso solo sussidiariamente e residualmente, su quelle dei lavori pubblici.

Nel 1961, con la legge n. 469 si assiste ad un progressivo spostamento delle competenze di "protezione civile", a favore dell'amministrazione dell'interno, prevedendosi legislativamente "il passaggio ad un'organizzazione permanente e stabilmente destinata alla protezione", incentrata appunto sul Corpo nazionale dei vigili del fuoco (Dipartimento del Ministero dell'Interno). Quest'ultimo costituisce, infatti, la struttura che, fra l'altro, ha il compito relevantissimo di predisporre ed attuare i "servizi tecnici per la tutela della incolumità delle persone e la preservazione dei beni".<sup>4</sup>

Il passaggio definitivo, in capo al Ministero dell'Interno, delle attribuzioni attinenti alla protezione civile, trova nella l. 8 dicembre 1970, n. 996 la sua consacrazione normativa<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> ESPOSITO, *Note sulla legge della Protezione civile*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 1972, n. 1, 29 ss

<sup>4</sup> Così art. 1 L. n. 469/1961, oggi abrogato dal d.lgs. 8 marzo 2006, n. 139. Il D.Lgs. 8 marzo 2006, n. 139 ha disposto (con l'art. 35) che la legge 13 maggio 1961, n. 469, e' abrogata ad eccezione degli articoli 2 primo comma, lettera c), limitatamente agli aspetti non compresi nel decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 334; 6; 11; 12; 17; 19 e 20, primo comma, fino all'emanazione dei decreti legislativi di cui all'articolo 6, comma 1; 21, secondo comma; 25, secondo comma; 78;80; 84; 85; 106; 107.

<sup>5</sup> Rileva M. DI RAIMONDO, *Protezione civile* (voce), *op. cit.*, che la legge del 1970, n. 996 pone "...al vertice del «sistema» il Ministro dell'interno, cui compete, sia in fase di prevenzione che di intervento, la direzione unitaria ed il coordinamento delle componenti impiegate. Nella normativa si prevedono, poi, una serie di organi collegiali e individuali, i cui compiti, peraltro, sono spesso definiti con formule equivoche e che hanno dato luogo a notevoli difficoltà, interpretative e soprattutto attuative.

Così, ad esempio, è da dire per il comitato interministeriale della protezione civile (presieduto dal Ministro dell'interno e composto dai Ministri del tesoro, della difesa, dei lavori pubblici, dei trasporti e dell'aviazione civile, dell'agricoltura e foreste e della sanità), le cui competenze sono fissate all'art. 3 l. n. 996, cit., e che è previsto si avvalga della collaborazione di una commissione

Le norme di cui alla l. n. 996 del 1970 trovano applicazione quando insorgano situazioni di “grave danno” o di “pericolo di grave danno”, previste all’art. 1, che per loro “natura o estensione”, debbano essere fronteggiate con “interventi tecnici straordinari”.

In tali casi il Ministro dell'interno assume la direzione ed attua il coordinamento di tutte le attività poste in essere dalle amministrazioni dello Stato, dalle regioni e dagli enti pubblici territoriali ed istituzionali; egli svolge tale funzione direttamente, ovvero conferendo l'incarico ad altra persona (sottosegretario di Stato o direttore generale della protezione civile), o

---

*interministeriale tecnica, composta dai rappresentanti delle amministrazioni dello Stato e degli enti locali «interessati» (sic!) alla protezione civile.*

*Viene prevista la costituzione, in ogni regione, di un comitato regionale per la protezione civile, presieduto dal presidente della giunta regionale.*

*La legge, poi, affida agli «organi locali elettivi» e a quelli «ordinari» la direzione degli interventi di soccorso e l'attuazione del coordinamento di tutte le attività, svolte dalle amministrazioni dello Stato, dalle regioni e dagli enti pubblici territoriali ed istituzionali, nei casi previsti dall'art. 5. Si vedrà in prosieguo come questa norma abbia, anch'essa, dato luogo a notevoli difficoltà.”*

L'art. 2 della legge 1970, n. 996 tutt'ora in vigore, prevede che **“Il Ministro per l'interno provvede**, d'intesa con le altre

amministrazioni dello Stato, civili e militari, e mediante il concorso di tutti gli enti pubblici territoriali e istituzionali, **alla organizzazione della protezione civile**, predisponendo i servizi di emergenza, di soccorso e di assistenza in favore delle popolazioni colpite da calamità naturali o catastrofe. Agli effetti di cui al precedente comma, il Ministro per l'interno **impartisce le direttive generali** in materia di protezione civile e, **in caso di calamità naturali o catastrofe, assume la direzione ed attua il coordinamento di tutte le attività svolte nella circostanza dalle amministrazioni dello Stato, dalle regioni e dagli enti pubblici territoriali ed istituzionali**. Restano salve le competenze legislative e i poteri amministrativi delle regioni a statuto speciale in materia di servizi antincendi e di opere di pronto soccorso ove previsti dagli statuti speciali.

Il successivo art. 3, prima citato, prevede con riferimento al Comitato interministeriale che “Il Comitato interministeriale della protezione civile ha i compiti seguenti: a) promuove lo studio e fa proposte agli organi della programmazione economica circa i provvedimenti atti ad evitare o ridurre le probabilità dell'insorgere di una possibile e prevedibile calamità naturale o catastrofe ed in generale propone ogni misura attuabile a tale scopo; b) promuove il coordinamento dei piani di emergenza per l'attuazione dei provvedimenti immediati da assumersi al verificarsi dell'evento; c) promuove gli studi relativi alla predisposizione degli interventi governativi da adottare durante le operazioni di soccorso nonché quelli occorrenti dopo la cessazione dello stato di emergenza; d) promuove la raccolta e la divulgazione di ogni informazione utile ai fini della protezione della popolazione civile. Alle funzioni di segreteria ed all'esecuzione delle deliberazioni del Comitato interministeriale della protezione civile provvede il Ministero dell'interno - Direzione generale della protezione civile e dei servizi antincendi. Il Comitato interministeriale della protezione civile si avvale della collaborazione di una commissione interministeriale-tecnica, composta dai rappresentanti delle amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici interessati. La composizione della commissione di cui al precedente comma e' stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per l'interno. La commissione e' presieduta dal direttore generale della protezione civile e dei servizi antincendi.

proponendo al Presidente del Consiglio la nomina di un commissario straordinario.<sup>6</sup>

Non poche sono state tuttavia le critiche mosse a questa legge, critiche che hanno riguardato soprattutto la possibilità di effettivo esercizio del potere di direzione unitaria conferito al Ministro dell'interno; "l'assoluta indeterminatezza dei poteri del commissario straordinario, per il quale si è resa di volta in volta necessaria l'emanazione di norme urgenti, in sede di nomina dello stesso; il ruolo assegnato agli enti locali, ma in particolare alle regioni, che secondo alcuni sarebbero ridotte ad "organo dello Stato", per effetto del "continuum organizzativo che si viene a determinare fra un organo dello Stato e la Regione"; la carenza di previsione, al di là delle affermazioni di principio contenute in alcune norme, di un adeguato ed ampio sistema di prevenzione; la equivocità nell'individuazione della o delle figure soggettive cui imputare, in periferia, l'attività di protezione civile".<sup>7</sup>

La dottrina non ha mancato di rilevare anche la peculiarità della disposizione contenuta all'art. 5 della legge 996/1970 che istituisce la figura di un

---

<sup>6</sup> Ove l'evento "non sia particolarmente grave", provvedono gli organi elettivi e gli organi ordinari della protezione civile: questi ultimi, come si è accennato, sono stati individuati nel sindaco, quale ufficiale di Governo, nel caso di eventi con portata limitata ad un singolo comune, e nel prefetto, nel caso di eventi che vadano oltre la dimensione comunale (art. 3 d.P.R. n. 66 del 1981).

Le ulteriori attribuzioni risultano così ripartite: il settore degli interventi tecnici urgenti (cioè volti alla tutela dell'incolumità delle persone e alla preservazione dei loro beni) è dello Stato (art. 18 d.P.R. n. 66, cit.) che vi provvede essenzialmente, come si è detto, a mezzo del Corpo nazionale dei vigili del fuoco; mentre gli interventi urgenti di assistenza di primo soccorso alle popolazioni colpite sono di competenza dello Stato (art. 24 d.P.R. n. 616, cit.) e vengono svolti attraverso i centri assistenziali di pronto intervento (le cui funzioni sono state trasferite alla direzione generale della protezione civile e dei servizi antincendi dal comma 2 dell'art. 2 d.P.R. n. 617, cit.); il settore dell'assistenza spetta alle regioni e agli enti locali, in relazione a programmi predisposti dal comitato regionale della protezione civile (l. 23 dicembre 1978, n. 833 e art. 44 d.P.R. n. 66, cit.); sempre nei programmi sono previsti interventi per il rapido ripristino della viabilità, degli acquedotti e delle altre opere pubbliche di interesse regionale (art. 53 d.P.R. n. 66, cit.); il settore delle opere di ricostruzione e rinascita dei territori colpiti da calamità naturali, già di competenza del Ministero dei lavori pubblici (art. 13 d.P.R. 15 gennaio 1972, n. 8), è delegato alle regioni; al Ministero predetto, in base all'art. 88 n. 9 d.P.R. n. 616, cit., sono attribuiti solo gli interventi straordinari, nelle opere di soccorso (settore già regolato dal d.lg. 12 aprile 1948, n. 1010) in caso di calamità naturali o catastrofi, talmente gravi da richiedere il ricorso al «regime commissariale». In tale caso gli interventi si estendono anche alle opere idrauliche di cui all'art. 89 d.P.R. n. 616, cit. (art. 52 d.P.R. n. 66, cit.); infine, il settore degli incendi boschivi (art. 69 d.P.R. n. 616, cit.) è trasferito alle regioni (la l. 1° marzo 1975, n. 47 lo aveva invece affidato al Ministero dell'agricoltura e delle foreste), demandando alle regioni stesse anche il compito di costituire servizi antincendi boschivi. È rimasta, tuttavia, ferma la competenza dello Stato in ordine all'impiego del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e all'organizzazione e gestione, d'intesa con le regioni, del servizio aereo di spegnimento degli incendi

<sup>7</sup> Di PASSIO, *Competenze e responsabilità degli enti locali e delle regioni in materia di Protezione civile*, in *Stato e Regione*, 1978, 67.

commissario straordinario i cui poteri sono quelli del ministro dell'interno o del prefetto, che vengono delegati, nell'esercizio, ad un organo, appunto, straordinario, presente sul posto dell'azione amministrativa, e responsabile anche sotto l'aspetto politico, se è vero che è anche tenuto a riferire al Parlamento.<sup>8</sup> Quella del commissario straordinario è stata definita una figura problematica non provvista, tuttavia, di elementi di un certo interesse anche in considerazione della sua competenza ad adottare provvedimenti in deroga alla legislazione vigente.

“Accade così che, ripetendosi l'esperienza commissariale, peraltro sostanzialmente soddisfacente sul piano dei risultati concreti complessivamente raggiunti, ed identificandosi la “figura” del commissario con la persona, che in tutte le occasioni viene chiamata a svolgere tale incarico, si arrivi, nel 1980, a nominare tale persona ministro”.<sup>9</sup>

Con la nomina del Ministro, inizia una nuova fase per la protezione civile, quasi a noi contemporanea perché attualmente a capo del Servizio nazionale

---

<sup>8</sup> F.S. SEVERI, *Le ordinanze della legge 225/1992 sulla protezione civile*, Giuffrè, 1992, rileva che “Il terremoto del Friuli, e o dell'Irpinia, portano a superare quest'impostazione, anche sulla base della constatata insufficienza dei poteri prefettizi: l'ordinamento degli interventi supera la dimensione provinciale, per coinvolgere gli organi centrali di diversi ministeri, ed i poteri che le singole leggi speciali affidano ai commissari vanno al di là dei limiti prefettizi, cosicché appare normale riconoscere al commissario il rango di ministro senza portafoglio e subito dopo istituzionalizzare la presenza di un ministro ad hoc, per curare con continuità gli interessi pubblici connessi agli interventi di emergenza”.

<sup>9</sup> M. DI RAIMONDO, *Protezione civile* (voce), *op. cit.*, che riferisce “Nella seduta del 3 luglio 1981, il Consiglio dei ministri ha conferito all'onorevole Giuseppe Zamberletti l'incarico di provvedere alla predisposizione di strumenti, amministrativi e normativi, necessari ad attuare il coordinamento, quale Alto Commissario presso il Ministero dell'interno, dei servizi concernenti la protezione civile. Il provvedimento, quindi, conteneva una precisa limitazione, costituita dalla mancata attribuzione, nell'ambito dell'incarico, di effettivi poteri di coordinamento operativo degli interventi; attribuzione, peraltro, non configurabile se non attraverso una modifica legislativa delle norme, già ricordate, della l. n. 996, cit., che tali poteri conferiscono al Ministro dell'interno”. Rileva ancora l'Autore che negli ultimi provvedimenti è scomparsa la dizione di Ministro Alto Commissario per essere adottata quella più specifica di Ministro per la protezione civile o di Ministro per il coordinamento della protezione civile.

Il passo decisivo, per una stabilizzazione del nuovo incarico (senza portafoglio), sembra, però, si possa individuare nell'ordinanza della Presidenza del Consiglio dei ministri, del 29 aprile 1982, con cui viene dettato l'ordinamento del Gabinetto. All'art. 10, infatti, è prevista l'istituzione di un Dipartimento per la protezione civile, con l'elencazione di specifici compiti (anche operativi). Successivamente, al fine di tenere l'assetto, l'articolazione e le strutture del dipartimento più confacenti alle sue funzioni interdisciplinari, esso, con d.P.C. 14 settembre 1984, è stato organizzato in servizi, uffici e centri e con ordine di servizio 3 ottobre 1984, n. 1 del Ministro per il coordinamento della protezione civile è stata disciplinata l'organizzazione interna del dipartimento.

della protezione civile c'è, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento della protezione civile.<sup>10</sup>

Si arriva a questo punto alla legge 225/1992. Rispetto alla normativa precedente summenzionata, tutt'ora, almeno in parte, in vigore, la legge del 1992 si presenta di contenuto più circoscritto.

Il potere di ordinanza, così come viene disciplinato dalla legge 25/92, è da considerarsi un'evoluzione di quel potere già riconosciuto e disciplinato dalla legge 8 dicembre 1970, n. 996. Si tratta di un potere che conosce altri limiti ed altri presupposti. Anzi, si tratta di due poteri di emanare ordinanze, disciplinati diversamente.<sup>11</sup>

E' stato rilevato come la nuova disciplina sia stata sollecitata da due esigenze fondamentali: la prima attiene alla necessità di evitare il disordine e la dispersione degli interventi; la seconda far sì che la funzione della protezione civile assuma carattere permanente di previsione e prevenzione degli eventi calamitosi.<sup>12</sup>

Per raggiungere lo scopo la legge non ha accentrato le competenze né i poteri limitandosi, invece, a prevedere e a disciplinare nelle loro specifiche esplicazioni funzioni dirette per un verso alla promozione e per l'altro al

---

<sup>10</sup> Il Dipartimento coordina i soccorsi di tutto il sistema. Orienta la legislazione sulla prevenzione dei rischi e prepara i provvedimenti normativi eccezionali e derogatori, le ordinanze, indispensabili per far fronte alle calamità e ridurre al minimo i danni alle persone e alle cose. Gestisce le reti di monitoraggio per la previsione, prevenzione, valutazione e mitigazione dei rischi e definisce le procedure di intervento e le azioni comuni a tutto il sistema. Sostiene le attività di formazione sul territorio nazionale. Promuove, infine, la diffusione della cultura di protezione civile per sensibilizzare l'opinione pubblica e favorire la crescita dell'associazionismo in questo campo.

<sup>11</sup> In questo senso F.S. Severi,

<sup>12</sup> Ciò trovava conferma all'art. 1, poi abrogato dall'art. 87 d.lgs. 1999, n. 300, il quale attribuiva al Presidente del Consiglio dei Ministri o, per sua delega, al Ministro per il coordinamento della protezione civile, il compito di promuovere e coordinare le attività di tutte le amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e di ogni altra istituzione ed organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale. Quanto disposto trova conferma anche all'art. 6 che dispone che "All'attuazione delle attività di protezione civile provvedono, secondo i rispettivi ordinamenti e le rispettive competenze, le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province, i comuni e le comunità montane, e vi concorrono gli enti pubblici, gli istituti ed i gruppi di ricerca scientifica con finalità di protezione civile, nonché ogni altra istituzione ed organizzazione anche privata. A tal fine le strutture nazionali e locali di protezione civile possono stipulare convenzioni con soggetti pubblici e privati. Concorrono, altresì, all'attività di protezione civile i cittadini ed i gruppi associati di volontariato civile, nonché gli ordini ed i collegi professionali."



coordinamento di tutte le attività che possono convergere al fine di tutelare l'integrità della vita.<sup>13</sup>

Tenuto conto della rilevanza nazionale dell'attività di tutela nel suo complesso, le funzioni di promozione e di coordinamento non possono che essere conferite al Governo, risultando così conforme al dettato costituzionale (art. 95 Cost.) l'attribuzione dei relativi poteri al Presidente del Consiglio dei Ministri o per sua delega al ministro per la protezione civile.

## **2. I presupposti per l'esercizio del potere. La dichiarazione dello stato di emergenza: la nozione di stato di emergenza e gli abusi dell'autorità amministrativa in materia (rinvio).**

Il presupposto formale del potere è rappresentato dalla deliberazione da parte del Consiglio dei ministri dello stato di emergenza, deliberazione che può avvenire solo al ricorrere degli eventi di cui all'art. 2 comma 1, lettera c), e cioè "calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari". A questi si aggiungono i c.d. grandi eventi che rientrano nella competenza del Dipartimento della protezione civile ma che sono diversi rispetto a quelli che necessitano della delibera dello stato di emergenza.

Il procedimento si articola in due fasi.

Nella prima fase il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente, ovvero per sua delega, del Ministro per il coordinamento della protezione civile, delibera lo stato di emergenza che avrà durata ed estensione territoriale in relazione alla qualità ed alla natura degli eventi (art. 5, comma 1). Quindi anche se è disposto che nella deliberazione deve esser determinata "la durata e l'estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi" (art. 5, comma 1), è chiara l'ampia possibilità di tenere in considerazione tutta una serie di fattori inerenti alla qualità degli eventi. Con le stesse modalità si procede alla eventuale revoca dello stato di emergenza al venir meno dei relativi presupposti.

---

<sup>13</sup> Cfr. V. SALOMONE, *Le ordinanze di protezione civile e il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Bisogna intendersi sull'espressione stato di emergenza. Premesso che la parola emergenza con riferimento agli atti amministrativi - in luogo di necessità ed urgenza o contingibili ed urgenti - si afferma definitivamente con la legislazione dei primi anni settanta del '900 dedicata a determinate calamità naturali (Friuli, Irpinia, ecc.), poi raccolta nella legge che istituisce il servizio nazionale di protezione civile, secondo la disciplina in esame "lo stato di emergenza" è oggetto di una deliberazione del Consiglio di ministri, che indica la durata e l'estensione territoriale in riferimento alla qualità e alla natura degli eventi (l. 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, comma 1), a seguito della quale possono essere emanate ordinanze anche in deroga ad ogni disposizione vigente, ma nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico (art. 5, comma 2, cit.). Le differenze lessicali ordinanze di emergenza, ovvero di necessità ed urgenza che evocano, a ben vedere, i relativi presupposti, ove sussistono, precisano un particolare modo di intendere i presupposti o le materie di intervento delle ordinanze che scaturiscono da un potere che permane uguale per la natura, gli effetti ed in genere la disciplina giuridica essenziale che lo riguarda. Il presupposto dell'emergenza, quindi, coincide con quelli già trattati nel precedente capitolo, e coincidenti nella urgenza (da intendersi come indifferibilità dell'atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici) e nella contingibilità (intesa come straordinarietà, accidentalità, imprevedibilità).

Titolare del potere di ordinanza è il Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero per sua delega al Ministro per il coordinamento della protezione civile, oppure ancora ai commissari delegati.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup>Il potere di delega ritiene sussistente soltanto nei casi previsti dalla legge. Benchè la legge parli di delega deve però intendersi che con essa ci si riferisce alla figura interorganica della delegazione figura che disciplina i rapporti tra organi, mentre come noto la delega di funzioni è figura delle relazioni intersoggettive (in questo senso E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed. Giuffrè 2009. P. 161

La delegazione è la figura in forza della quale un organo investito in via primaria della competenza di una data materia - perché riconosciuto il più idoneo per lo svolgimento della relativa attività - consente unilateralmente, mediante atto formale, a un altro organo di esercitare la stessa competenza in ossequio al principio di legalità e all'art. 97 Cost., la delegazione richiede una precisa previsione legislativa, la quale contempra la possibilità che un organo eserciti una competenza in luogo di quello al quale la stessa è attribuita stabilmente. Essa altera infatti l'ordine legale delle competenze (v., l. es., art. 10, L. 400/1988, il quale consente la delega di compiti dal ministro al sottosegretario di Stato; art. 17, c. 1, lett. c), d.lgs. 165/2001 e successive modificazioni, che prevede la delega di compiti dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali agli altri dirigenti e c. l-bis, che consente la delega di alcune competenze dirigenziali ai dipendenti che ricoprono le posizioni funzionali più elevate). La delegazione fa sorgere un

La seconda fase è dedicata, invece, all'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione di cui al comma 1 e si provvede nel quadro di quanto previsto dagli articoli 12, 13, 14, 15 e 16 della legge anche a mezzo di ordinanze in deroga alla legislazione vigente ma comunque sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico così come possono essere adottate ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo ma non in deroga al regime normativo.

Quanto ai presupposti per la dichiarazione dello stato di emergenza è evidente *ictu oculi* una certa inadeguatezza conferita dall'estrema elasticità dei parametri che valgono ad individuare i presupposti. Innanzitutto si pongono tutta una serie di questioni che attengono, per così dire, alla "nomenclatura" e che riguardano: la distinzione fra calamità cosiddette naturali e artificiali, ovvero fra calamità e catastrofi; inoltre si deve considerare che la stessa nozione di calamità presenta sufficienti margini di incertezza definitoria.<sup>15</sup>

Quello che conta è individuare i tratti che la calamità deve avere, perché poi possano aversi tutte quelle implicazioni giuridiche, che attengono tanto alle competenze quanto alle deroghe alla legislazione vigente, che discendono dal ricorrere dei presupposti di cui all'art. 2, lett. C). A ben vedere con l'entrata in vigore della legge 225/1992 non si è assopito quel dibattito che aveva accompagnato la legge 996/1970 in quanto le stesse manchevolezze che già avevano caratterizzato quella legge si ripresentano nella legge 225/1992. In effetti la definizione fornita dal medesimo art. 2, lett. C) di calamità naturale, catastrofi è tautologica.

Infatti le calamità e le catastrofi sono quelle che hanno una (certa) intensità ed estensione. Ma come si individua il grado o il livello di estensione o di gravità? Il criterio fornito dalla norma è quello per cui esse richiedono

---

rapporto nell'ambito del quale il delegante attiene poteri, specificati normalmente nell'atto di delegazione, di direzione, di vigilanza, di revisione e di avocazione (che in realtà è revoca della delega, la quale, secondo la giurisprudenza, può anche avvenire implicitamente mediante l'esercizio del potere da parte dell'organo istituzionalmente competente). La delegazione ha in parte subito la concorrenza di altre figure organizzatorie, quali accordi e intese, che, senza comportare l'alterazione dell'ordine delle attribuzioni, consentono la partecipazione di più enti alla realizzazione di attività di interesse comune. (Se non alla delega di funzioni amministrative, figura o. passato disciplinata dall'art. 118 Cost., vecchia formulazione, con riferimento rapporti tra Stato e regioni e tra regioni ed enti locali (la delega di funzioni va tenuta distinta dalla delegazione che ricorre nei rapporti interorganici: v. par. 16).

<sup>15</sup> BERTOLA, *Calamità pubbliche*, in *Nss. D.I.*, II, 1958, 664 ss.

l'intervento di mezzi e poteri straordinari. A questo punto il cerchio si chiude: quali sono quelle calamità naturali o catastrofi che richiedono mezzi e poteri straordinari? Quelli che hanno una certa intensità ed estensione!!

La norma, oltre ad essere tautologica, si caratterizza per una formulazione talmente generica da poter essere definita norma in bianco. Considerando però che se una calamità si fa rientrare nella lett. C) anziché B) dell'articolo in esame discendono conseguenze giuridiche importanti, prima tra tutte la possibilità di adottare ordinanze in deroga, appare evidente che il problema non è solo teorico avendo pure una rilevante ricaduta pratica. Tra le ulteriori conseguenze negative che possono discendere da una formulazione così generica della norma si può avere anche quella della violazione del principio di sufficiente precisione e/o determinatezza della norma penale nel caso in cui la fattispecie penale preveda il presupposto dell'emergenza. E' il caso ad es. che potrebbe verificarsi con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 6 del D.L. 31 ottobre 2008, n. 172 che ha previsto che "nei territori in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti dichiarato ai sensi della l. 24 febbraio 1992, n. 225" costituisca delitto l'abbandono di rifiuti ingombranti eccedenti determinate dimensioni da parte di chiunque.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> L'art. 6 del D.L. 31 ottobre 2008, n. 172 ha previsto che "nei territori in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti dichiarato ai sensi della l. 24 febbraio 1992, n. 225" costituisca delitto l'abbandono di rifiuti ingombranti eccedenti determinate dimensioni da parte di chiunque - fatto che nelle restanti parti del territorio dello Stato costituisce illecito amministrativo - ovvero l'abbandono, raccolta, trasporto o smaltimento di rifiuti non pericolosi da parte di titolari di imprese e responsabili di enti - fatto punito come contravvenzione nelle altre parti del territorio dello Stato -. L'art. 5 della l. 24 febbraio 1992, n. 225 prevede che lo stato di emergenza in aree del territorio dello Stato venga dichiarato con deliberazione del Consiglio dei Ministri o, su delega di quest'organo, dal Ministro della Protezione civile. Lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti solidi-urbani ed assimilabili, speciali, tossico nocivi nella Regione Campania è stato dichiarato dapprima con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 febbraio 1994 fino al 30 aprile 1994, si sono quindi succedute analoghe dichiarazioni con atti dello stesso tipo o con decreto-legge poi convertito in legge, sino al D.L. 23 maggio 2008, n. 90 convertito nella l. 14 luglio 2008, n. 123. Alcuni dubbi di costituzionalità a tale norma sotto cinque profili: 1) insussistenza dei presupposti per la decretazione d'urgenza ai sensi dell'art. 77, comma 2, Cost.; 2) costituzione di un giudice penale speciale o straordinario in violazione dell'art. 102 Cost.; 3) violazione della riserva di legge in materia penale stabilita dall'art. 25, comma 2, Cost.; 4) violazione del principio di determinatezza della fattispecie incriminata, ai sensi del medesimo art. 25, comma 2, cit.; 5) violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. sia sotto il profilo della irragionevolezza sia sotto quello della ingiustificata disparità di trattamento.

**2.1 L'art.5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401 e la nozione di grande evento idoneo a legittimare l'esercizio del potere di ordinanza: i "grandi eventi che determinino situazioni di grave rischio".**

Deve rilevarsi che a differenza di quanto previsto dalla legge 996/1970, la legge 225/1992 assume tra i presupposti della protezione civile straordinaria (cioè l'esercizio della funzione protezione civile attraverso mezzi e poteri straordinari) anche non meglio specificati eventi (non è dato capire stando almeno alla lettera c) dell'art. 2 se si tratti di eventi comunque naturali o meno ricadenti tra le calamità e le catastrofi).

Con riferimento a quest'ultimo profilo può affermarsi che il legislatore ha "ovviato" a tale carenza con la legge del 9 novembre 2001, n. 401 che ha convertito il d.l. 343/2001, che ha aggiunto un art. 5 bis. Questo articolo estende gli effetti dell'art. 5 alla dichiarazione dei cc.dd. "grandi eventi che determinino situazioni di grave rischio", rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali è necessaria la delibera dello stato di emergenza.

Questo significa che il legislatore ha consentito anche al di fuori di eventi imprevedibili ed urgenti, quali le calamità e/o catastrofi che incidono sulla sicurezza e/o sulla integrità della vita umana, di poter adottare le ordinanze amministrative in deroga alla legislazione vigente. Questa novità legislativa sembra andare controcorrente rispetto alla tendenza rilevata da una parte della dottrina ad avviso della quale accanto al recente ampliamento dei poteri e degli strumenti d'urgenza (specie nelle materie della protezione civile e della tutela dell'ambiente), si può notare una progressiva delimitazione dei poteri d'ordinanza, in particolare, e d'urgenza, in generale<sup>17</sup>.

Come si rileverà meglio in prosieguo, la possibilità di derogare alla normativa vigente con ordinanze emesse ex art. 5 bis L. 225/1992 a fronte dei cc.dd. grandi eventi ha consentito di usare uno strumento molto delicato, quale è quello delle ordinanze in deroga, per far fronte a delle situazioni che esulano dalla necessità ed urgenza e che nondimeno, spesso sono addirittura prevedibili (si pensi ad es. al grande evento dei 150 anni dell'Unità di Italia).

---

<sup>17</sup> M. GNES, *I limiti del potere di ordinanza*, riv. *Trim.dir.pubbl.*, 2005, 03, 641 ss.

Pare necessario distinguere il profilo della legittimità da quello dell'opportunità; stante l'esistenza di tale disposizione di legge è evidente che il ricorso a tale strumento è da considerarsi pienamente legittimo, nei limiti in cui sia esercitato nel rispetto delle disposizioni di legge. E' evidente però che se i confini posti dalla legge, come nel caso di specie, risultano poco delimitati avendo il legislatore fatto ricorso a concetti estremamente elastici e generici, si può aprire il varco ad un uso spesso arbitrario del potere di urgenza. Dubbi, inoltre, devono profilarsi sull'opportunità della scelta legislativa contenuta per l'appunto all'art. 5 bis legge 225/1992, norma che come si vedrà può dar luogo a notevoli abusi dei meccanismi derogatori mettendo a serio rischio la certezza del diritto.<sup>18</sup>

Grandi eventi è denominazione divenuta consueta anche in Italia. Essa segna una tipologia di casi che non sempre é sicuramente contingente e, quindi, imprevedibile e straordinaria ma la cui organizzazione è in molte ipotesi prevista per tempo ed addirittura pianificata (concerti, olimpiadi, giubileo). In altri, seppure non sia prevedibile il momento esatto, l'evento non sempre può dirsi imprevisto o imprevedibile: così il decesso di capi di Stato, forse un tempo la nascita dell'erede al trono. In tutti il fatto contingente è dato dal richiamo di grandi masse in un certo luogo e lasso di tempo, di cui occorre indirizzare l'arrivo, favorire la circolazione, assicurare i viveri, l'ospitalità diurna e notturna, le cure sanitarie, la comunicazione, ecc. Il fatto contingente apre bisogni inconsueti, destinati a venire meno in un breve

---

<sup>18</sup> Si pensi all'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 Novembre 2007, con la quale "gli interventi finalizzati alle Celebrazioni del 150° Anniversario dell'Unità d'Italia sono [stati] dichiarati indifferibili, urgenti e di pubblica utilità" ed è stata autorizzata la deroga "della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 22 ottobre 2004, delle direttive comunitarie, con particolare riferimento alla direttiva 85/337/CEE, come modificata dalle direttive 97/11/CE e 2003/35/CE, in tema di valutazione di impatto ambientale e di valutazione ambientale strategica, nonché alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE in tema di affidamento di lavori, servizi e forniture, alle seguenti disposizioni: regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, articoli 3, 5, 6, 7, 11, 13, 14, 15, 19 e 21; regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, articoli 37, 38, 39, 40, 41, 42, 117 e 119; legge 7 agosto 1990, n. 241 articoli 7, 8, 9, 10, 10-bis, 12, 14, 14-bis, 14-ter, 14-quater, 14-quinquies, 16 e 17, e successive modificazioni ed integrazioni; decreto legislativo 28 marzo 2000, n. 76, articoli 16 e 17; decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Titolo III Capi I e IV, Titolo IV Capo III, Titolo VI Capi I e III; decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, articoli 19, 24, 35 e 36; decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, articoli 11, 15, 19, 22-bis, 32, 34, 37, 38, 40, 41, 42, 47 e 50; decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, articoli 4, 6, Titolo II Capi I, II e III, Titolo III Capi I, II e III; decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, articoli 10, 11, 32, 33, 48, 68, 84, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 111, 112, 118, 122, 127, 128 e 132, art. 1 decreto legislativo n. 113 del 2007";

lasso di tempo, ma sicuramente d'eccezione, ed ove difetti l'urgenza tali bisogni possono in massima parte essere fronteggiati con i poteri pubblici ordinari, pensando per tempo a soluzioni nuove, talora posticce, in altri casi utili anche nel periodo successivo, perché ne è mutata la destinazione d'uso di un bene indispensabile all'evento (c.d. uso post-olimpico), o perché appare possibile proseguire un'attività produttiva prima neppure ipotizzabile per l'entità del capitale d'avvio, oppure perché si è affermata una domanda economica, prima inesistente, che è stata innescata e resa possibile dall'evento d'eccezione. Un esempio significativo del primo tipo è dato dall'organizzazione delle Olimpiadi di Torino 2006.

La gran parte della progettazione ed esecuzione dei lavori necessari all'evento sono stati oggetto di appalti stipulati previo esperimento di gare ad evidenza pubblica (precedute dal preavviso di bando), solo pochi sono stati conclusi a trattativa privata, tra questi non può dirsi prevalente il presupposto di un'urgenza imprevedibile, perché si trattava di una gara andata deserta, o della disponibilità di pochissimi progettisti in tutto il mondo (es. per la pista di bob). Il sindaco di Torino ha chiesto al governo poteri straordinari, ma per interventi modesti quali la realizzazione di lavori pubblici minori di sistemazione delle strade e arredo urbano, cioè per opere quasi sempre considerate sotto i valori di soglia comunitaria, oppure per imporre ai privati proprietari la pulitura e il tinteggiamento delle facciate degli edifici, o la limitazione in periodo olimpico del traffico su talune strade pubbliche al fine di realizzare corsie di scorrimento per gli operatori coinvolti dai giochi olimpici. Tutte attività "dell'ultima ora" cui certo si potrebbe provvedere con l'esercizio del potere di ordinanza contingibile ed urgente, in taluni casi con i poteri ordinari del codice della strada. Ad avviso della scrivente il carattere abusivo delle ordinanze ex art. 5 bis è evidente nell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 Novembre 2007, che ha inserito la realizzazione della nuova sede dell'Istat, Istituto risalente al 1926, tra "gli interventi finalizzati alle Celebrazioni del 150° Anniversario dell'Unità d'Italia (che) sono dichiarati indifferibili, urgenti e di pubblica utilità" autorizzando, tra l'altro, la deroga alle direttive comunitarie in materia di affidamenti di appalti, lavori e servizi pubblici.

Tale inserimento ha comportato il ricorso alla normativa sulla protezione civile per la realizzazione della nuova sede dell'Istat.

Poiché l'Istat è istituito nato solo nel 1926 appare evidente il travisamento dei presupposti se si considera che l'Istat non ha maturato gli anni per poter essere ricompreso nel 150° Anniversario dell'Unità di Italia.

Ulteriore profilo di illegittimità deve rinvenirsi nella deroga alle norme Comunitarie. E' noto, infatti, in base alle norme del Trattato CE, che soltanto un evento che comporti esigenze di protezione dell'ordinamento statale può legittimamente giustificare la deroga alle norme comunitarie, le quali, altrimenti, devono essere – com'è noto – “senz'altro applicate”.

Inoltre, si deve evidenziare che l'intervento della realizzazione della nuova sede dell'Istat non rientra nella competenza del Dipartimento della protezione civile come prescritto dall'articolo 5-bis, comma 5, del D.L. n.343/2001, ai sensi del quale *“Le disposizioni di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, si applicano 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”*.

E' evidente, inoltre, che la Struttura di Missione, istituita presso il Dipartimento per lo sviluppo del Turismo non potrebbe legittimamente esercitare la competenza del Dipartimento della protezione civile.

## **2.2. Gli organi legittimati all'esercizio del potere di ordinanza e riparto di competenza nella Legge n.225/1992.**

Dopo l'adozione della delibera dichiarativa dello stato di emergenza, l'art. 5, comma 4, prescrive che il Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega ai sensi dell'articolo 1, comma 2, il Ministro per il coordinamento della protezione civile, per l'attuazione degli interventi di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, può avvalersi di commissari delegati. Il relativo provvedimento di delega deve indicare il contenuto della delega dell'incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio. Stando alla disposizione di legge il Presidente del Consiglio ovvero su sua delega, il Ministro per il coordinamento della protezione civile possono avvalersi di commissari



delegati tanto per l'attuazione degli interventi di emergenza, anche attraverso il ricorso ad ordinanze in deroga (comma 2) quanto per l'emanazione di ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose (comma 3).

Queste ultime ordinanze non consentono la deroga al regime normativo ordinario, se non con riguardo alla competenza che rimane di regola incardinata in modo derogatorio negli organi straordinari investiti di poteri.

Dette ordinanze di solito vengono adottate al fine di consentire il completamento di interventi caratterizzati dall'esercizio del potere derogatorio al regime normativo ordinario.<sup>19</sup>

Oltre ai commissari delegati, organi straordinari delegati o dal presidente del Consiglio o dal Ministro per il coordinamento della protezione civile<sup>20</sup>, l'art. 14 richiamato dall'art. 5 disciplina le competenze del Prefetto.

In particolare è previsto che al verificarsi di uno degli eventi calamitosi di cui alle lettere b) e c) del comma 1 dell'articolo 2, e cioè:

- b) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria;

- c) calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari,

il prefetto adotti tutti i provvedimenti necessari ad assicurare i primi soccorsi ed in particolare, vigila sull'attuazione, da parte delle strutture provinciali di protezione civile, dei servizi urgenti, anche di natura tecnica ed, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, opera, quale delegato del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro per il coordinamento della protezione civile, con i poteri di cui al comma 2 dello stesso articolo 5 e, cioè, anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Viene, quindi, confermata la competenza provinciale delle attribuzioni del prefetto, già sancita anche dal regolamento attuativo della legge 996/1970; cambia, invece, il presupposto perché se nell'ultima legge richiamata l'evento

---

<sup>19</sup> In questo senso V. SALOMONE, *op. cit.*

<sup>20</sup> Il provvedimento di delega deve indicare il contenuto, tempi e modalità di esercizio della delega.

non deve essere di particolare gravità, questa limitazione non compare nella legge 225/1992.

Il successivo art. 15 disciplina le competenze del Comune, attribuendole al sindaco<sup>21</sup>.

Il sindaco è, infatti, autorità comunale di protezione civile come già stabiliva del resto la legge 996/1970.

Al verificarsi dell'emergenza nell'ambito del territorio comunale, il sindaco assume la direzione e il coordinamento dei servizi di soccorso e di assistenza alle popolazioni colpite e provvede agli interventi necessari dandone immediata comunicazione al prefetto e al presidente della giunta regionale.

Quando la calamità naturale o l'evento non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune, il sindaco può chiedere l'intervento di altre forze e strutture al prefetto, che adotta i provvedimenti di competenza, coordinando i propri interventi con quelli dell'autorità comunale di protezione civile.

L'art. 15 in commento va coordinato con l'art. 54 d.lgs. 267/00 che al comma 4 prevede che "Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. I provvedimenti di cui al presente comma sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione."

Inoltre il sindaco può adottare ordinanze contingibili ed urgenti anche quale rappresentante della comunità locale nelle materie espressamente indicate dalle legge come ad es. in caso di emergenze sanitarie e di igiene pubblica (art. 50 T.U.E.L.)

In entrambi i casi l'esercizio del potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti attribuito al sindaco trova il presupposto nella necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed

---

<sup>21</sup> Il potere contingibile e urgente dei Sindaci è molto risalente nel tempo affondando le proprie radici nella legislazione preunitaria. Il T.U. delle leggi comunali e provinciali del 1865 ne circoscriveva l'ambito di esercizio alle materie dell'« edilizia », dell'« igiene pubblica » e della « polizia locale ». Con il successivo T.U. del 1934, all'elencazione delle materie veniva aggiunta l'indicazione dei *motivi* - « sanità o sicurezza pubblica » - allo scopo di precisare la categoria dei beni giuridici protetti dalla norma

imprevedibile, cui non si potrebbe far fronte mediante ricorso agli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento.

Detti provvedimenti, appartengono, pertanto, alla categoria delle ordinanze *extra ordinem*, la cui adozione è giustificata e legittimata dal verificarsi di una situazione sopravvenuta che presenti il carattere dell'eccezionalità – come un evento naturale straordinario (terremoto, inondazione, incendio, epidemia, ecc.) – per cui si impone di provvedere con l'urgenza, incompatibile con i tempi connaturali alla rigorosa osservanza della normativa in materia .

I presupposti per l'adozione dei provvedimenti predetti possono essenzialmente essere individuati:

- nell'urgenza (indifferibilità dell'atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici)<sup>22</sup>;
- nella contingibilità (intesa come straordinarietà, accidentalità ed imprevedibilità);
- nella temporaneità (che attiene agli effetti del provvedimento in relazione alla cessazione dello stato di necessità).

Dunque deve evidenziarsi come il Sindaco possa agire o in qualità di ufficiale del Governo ovvero come rappresentante della comunità locale<sup>23</sup>. La prima ipotesi è disciplinata dall'art. 54 del Tuel che, inizialmente, a differenza di quanto stabilivano il testo unico del 1990 ed ancor prima del 1934 ed ancor prima del 1865, non indicava più le materie che delimitavano la competenza del sindaco ad adottare ordinanze. Si può allora affermare che la competenza del sindaco sia stata ampliata con l'unico limite, espressamente contemplato

---

<sup>22</sup> Cfr. Consiglio di Stato, 04.02.1998, n. 125 L'immediatezza dell'intervento urgente del Sindaco attuato attraverso ordinanze contingibili va rapportata non già all'insorgere della situazione di pericolo, ma alla sua documentata conoscenza da parte dell'autorità comunale, e comunque ciò che conta ai fini della legittimità dell'atto è l'effettiva esistenza di una situazione di pericolo imminente al momento di adozione dell'ordinanza.

<sup>23</sup> Per le emergenze ambientali la competenza in ambito locale è del sindaco come titolarità propria, ed in ogni altro caso fino a quando non intervengano i soggetti competenti (art. 50, comma 6, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.), con l'eccezione delle emergenze da rifiuti ove si inserisce per la prima volta - tra sindaco e presidente della giunta regionale - la titolarità di un potere d'emergenza del presidente della provincia (art. 13, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, che abroga il preesistente art. 12, d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915). In ambito nazionale la competenza per emergenze ambientali è del Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio (art. 35, d.lgs. n. 300 del 1999, cit.) «di concerto con i ministri eventualmente competenti» (art. 8, l. n. 59 del 1987; art. 8, l. n. 349 del 1986, cit.). Prefetto e ministro dell'interno si distribuiscono la titolarità del potere di ordinanza a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, ministro dell'interno che ha ereditato inoltre i poteri di ordinanza per la protezione civile (art. 14, d.lgs. n. 300 del 1999, cit.; art. 5, l. n. 225 del 1992, cit.).

dall'art. 54, che tali provvedimenti atipici possano essere esercitati solo in occasione di "gravi pericoli" che minacciano l'"incolumità dei cittadini". Ciò, in linea con la tradizionale concezione del potere elaborata da dottrina e giurisprudenza.

Con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (conv. con mod. in l. n. 125/2008), la disposizione è stata tuttavia riformulata, e oggi dispone che il Sindaco adotti "con atto motivato, provvedimenti, anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana".

Le nuove nozioni di "incolumità pubblica" e "sicurezza urbana" non sono lasciate all'arbitrio dell'interprete: il comma 4-bis dell'art. 54 T.U.E.L. prevede, infatti, l'emanazione di un decreto ministeriale che disciplini l'ambito di intervento dei nuovi poteri, "anche con riferimento alle definizioni" di incolumità pubblica e sicurezza urbana.

Il 5 agosto del 2008 è stato adottato, previo parere della Conferenza Stato-Città e Autonomie Locali, un decreto del Ministro dell'Interno, di natura non regolamentare, che definisce i due concetti. In particolare l'incolumità pubblica è "l'integrità fisica della popolazione", mentre la sicurezza urbana è "un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale".<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Un requisito assolutamente indispensabile per la legittima adozione dell'ordinanza contingibile ed urgente è poi il previo accertamento, da parte dell'Amministrazione, della situazione di pericolo o di danno che si intende fronteggiare, in modo tale da poter formulare una congrua e particolarmente precisa motivazione che dimostri la necessità di ricorrere a tale rimedio straordinari. In proposito, la giurisprudenza ha ritenuto che ciò non comporti la necessità di effettuare indagini particolarmente complesse, le quali non sarebbero realizzabili per la natura stessa delle predette ordinanze, ma anche che tale presupposto, se da un lato permette di prescindere dall'effettuazione di un'indagine particolarmente complessa, dall'altro lato comporta la necessità di valutare rigorosamente gli elementi istruttori acquisiti, al fine di individuare il carattere emergente della situazione e l'idoneità delle misure adottate per fronteggiarla. Infatti il Consiglio di Stato, sez. V, 08.05.2007, n. 2109, ha ritenuto illegittima l'ordinanza contingibile ed urgente con la quale il Sindaco di Tarquinia ha disposto l'esecuzione da parte della società Hight Security s.r.l., in danno e a spese dell'affidataria del servizio di illuminazione pubblica, la ENEL SOLE s.r.l., dei lavori necessari per l'adeguamento dell'impianto di illuminazione di una zona della città, al fine di prevenire ed eliminare la presunta situazione di grave pericolo incombente sulla sicurezza dei cittadini. Il Supremo Collegio ha ritenuto fondata la censura mossa dall'appellante, rivolta a dimostrare come l'ordinanza impugnata avesse come fine quello di porre termine al rapporto intercorrente con la società stessa, piuttosto che tutelare la pubblica incolumità (infatti, non soltanto nel

E' stato rilevato come la principale criticità della riforma stia nell'aggiunta della parola "anche" davanti a "contingibili e urgenti"<sup>25</sup>.

Tale aggiunta sembra implicare la possibilità che vengano adottati, per le stesse finalità, provvedimenti di carattere non contingibile e urgente, cioè tipici. Tuttavia, il fatto che non sia stato attribuito al Sindaco alcun nuovo potere in materia di sicurezza fa sospettare che il significato della disposizione, secondo l'intendimento del legislatore, sia diverso.

"In effetti, da un'analisi dell'iter parlamentare della riforma - a cavallo tra XV° e XVI° legislatura - emerge chiaramente la volontà di svincolare dai tradizionali limiti del potere contingibile e urgente le ordinanze atipiche dei Sindaci: scopo che si ritiene raggiunto con la semplice aggiunta di una parola al testo della norma attributiva".<sup>26</sup>

---

provvedimento non veniva paventato alcun concreto pericolo per la cittadinanza, ma la società stessa aveva, inoltre, precedentemente presentato al Comune alcuni progetti di interventi di carattere ordinario e straordinario per fronteggiare la situazione. Il Sindaco, invece, aveva ordinato l'esecuzione dei lavori all'altra società, a spese della ENEL SOLE s.r.l., evitando in tal modo di pagare l'ente gestore del servizio). Il supremo Collegio conclude, quindi, per l'illegittimità del provvedimento impugnato, stante la mancanza dei presupposti necessari di cui agli artt. 50, 5° comma, e 54, 2° comma, D. Lgs. 267/2000, che subordinano all'esercizio del potere di ordinanza la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo non fronteggiabile con mezzi ordinari, e osserva come ben potessero essere utilizzati i normali meccanismi operativi predisposti dall'ordinamento ai fini dell'accertamento e della repressione delle commesse violazioni.

25 Così A. CARAPPELLUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm Tar*, 2010, 01, p. 321 ss.

26 A. CARAPPELLUCCI, *op. cit.*, il quale rileva che "nel dicembre del 2007, un provvedimento "d'urgenza" del Sindaco di Cittadella (Padova) - poi replicato da numerosi Comuni del Veneto e della Lombardia - aveva suscitato accese polemiche: l'ordinanza legava la possibilità di ottenere l'iscrizione nel registro della popolazione residente al livello del reddito percepito dai richiedenti, se cittadini extracomunitari, o comunitari provenienti da Romania e Bulgaria. Dato il risalto con cui la vicenda era stata seguita dalla stampa locale e nazionale, nel giro di poche settimane si erano attivate numerose iniziative parlamentari. Al Governo era giunta anche la richiesta di ricorrere al potere di annullamento straordinario per eliminare il provvedimento, ritenuto discriminatorio. Nella seduta del 5 dicembre 2007, il Governo interveniva alla Camera dei Deputati rilevando come occorresse - al di là della specifica iniziativa - "focalizzare l'attenzione sul problema che si sta ponendo, sempre con maggiore enfasi, della corretta utilizzazione del potere di ordinanza da parte dei Sindaci". L'intervento del Sindaco di Cittadella suscitava "perplexità", alla luce della giurisprudenza secondo la quale "il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti non può prescindere dalla sussistenza di uno stato di effettivo e concreto pericolo per la pubblica incolumità". L'Esecutivo, tuttavia, dichiarandosi sensibile all'esigenza di garantire una maggiore sicurezza ai cittadini attraverso il potenziamento del ruolo delle autorità locali, avrebbe avviato un confronto in sede di Conferenza unificata, per affrontare, fra gli altri, "il tema dei poteri del Sindaco quale ufficiale di Governo". A seguito del confronto con i Comuni, viene emanato, all'inizio dell'estate, il d.l. n. 92/2008, che tenta di ampliare l'ambito di utilizzo dei provvedimenti contingibili e urgenti. Vengono aggiunti i motivi di "sicurezza urbana" a quelli già previsti dalla norma attributiva. Il decreto non modifica tuttavia la natura giuridica dei provvedimenti sindacali, che restano "contingibili e urgenti". Mentre il disegno di legge di conversione affronta la seconda lettura al Senato, il 13 giugno 2008, il Sindaco di Venezia emana un'ordinanza allo scopo di contrastare il

E' stato ritenuto che così facendo il legislatore ritiene di aver svincolato dall'ambito dell'emergenza i poteri del Sindaco - che restano atipici, in quanto la legge non ne disciplina in alcun modo modalità di esercizio e contenuto.

I primi interventi in materia del giudice amministrativo sembrano confermare la validità di questa scelta, con conferma della tendenza a legittimare l'impiego di poteri atipici in situazioni non emergenziali.

Dunque, per concludere, il potere di ordinanza connesso agli interventi di protezione civile è un potere del Presidente del Consiglio. Non deve, però, essere necessariamente esercitato dal Presidente, poiché questi può delegare il suo potere al Ministro per il coordinamento della protezione civile, ed entrambi possono "avvalersi di commissari delegati". Vi potranno essere, pertanto, deleghe ampie e generali, ovvero deleghe puntuali, limitate ad ambiti territoriali precisi o a settori di attività: la previsione normativa, però, chiaramente riferisce tale delega al potere di ordinanza, non ad altri poteri, quale quello di ordinamento, né alla possibilità di stravolgere la distribuzione ordinaria delle competenze.

Con riferimento al potere di ordinanza *extra ordinem* deve dirsi, per riassumere, che esso può essere esercitato ai sensi dell'art. 5 per l'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza. Il primo limite al quale si è voluto vincolare l'esercizio di questo potere *extra ordinem* o libero è dato dalla preventiva deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri. Vi è, perciò, preliminarmente una valutazione di ordine politico ed un'assunzione di responsabilità da parte del Governo. A questo punto il potere può essere

---

commercio abusivo nel territorio comunale. L'iniziativa è quasi certamente il primo caso di applicazione della nuova normativa (che era in vigore solo dal 26 maggio). Richiamando l'art. 54 T.U.E.L. come modificato dal decreto sicurezza, il Sindaco vieta il "trasporto senza giustificato motivo" di "mercanzia" nel centro storico di Venezia (al fine di contrastare il commercio abusivo). Consapevole del fatto che il ricorso al potere contingibile e urgente è giustificato da situazioni eccezionali e deve avere efficacia per un periodo di tempo limitato, il Sindaco specifica che l'ordinanza è adottata "in via sperimentale", e per ragioni "d'urgenza". Dalla lettura delle motivazioni risulta evidente che la temporaneità del divieto è prevista al solo scopo di rendere il provvedimento riconducibile al paradigma delle ordinanze sindacali. L'amministrazione comunale ritiene di non avere il potere di vietare in modo definitivo il comportamento ritenuto pericoloso, e costruisce il suo intervento come "temporaneo" per salvaguardarne la legittimità. Appena cinque giorni dopo (il 18 giugno), il Governo presenta al Senato un emendamento per effetto del quale i provvedimenti del Sindaco, da "contingibili e urgenti" diventano "anche contingibili e urgenti".

esercitato per attuare i diversi interventi di emergenza, ai diversi livelli, non solo dai commissari delegati, ma anche dal prefetto e dal sindaco, come si è visto.

Si tratta a ben vedere di un ulteriore limite enunciato “nel quadro di quanto previsto dagli articoli 12, 13, 14, 15 e 16”, che è rappresentato dall’esercizio delle competenze nell’ambito della protezione civile affidate a regioni, province, comuni, prefetti e sindaci che consistono, non tanto nell’esercizio di dirette attività, quanto nella predisposizione di programmi di previsione e prevenzione, e nell’approntamento di strutture e mezzi di intervento. “Ciò comporta che il presupposto consistente nella deliberazione del Governo ha un margine circoscritto di discrezionalità, esistendo già i programmi nazionali di previsione e prevenzione in relazione alle varie ipotesi di rischio, i programmi nazionali di soccorso ed i piani di attuazione delle conseguenti misure di emergenza, a norma dell’art. 4, deliberati dal Consiglio dei ministri”.<sup>27</sup>

### **2.3 Natura normativa o amministrativa delle ordinanze in materia di protezione civile: la pubblicazione**

Rinviando sul tema della natura delle ordinanze libere al capitolo primo, preme in questa sede solo osservare che “la questione dell’attribuzione della forza di legge alle ordinanze amministrative di necessità e urgenza è idea più recente che segue i primi conflitti tra governo ed opposizioni accaduti a meno di un decennio dall’entrata in vigore della Costituzione, con le ordinanze prefettizie che sul finire degli anni cinquanta sancivano il divieto di affissioni di manifesti politici, la vendita di giornali a domicilio, o il sequestro di stampati di uguale tenore, che hanno oggettivamente limitato nel caso concreto la libertà di manifestazione del pensiero”<sup>28</sup> (art. 21 Cost.). La natura amministrativa non può che discendere dal sistema chiuso, a livello costituzionale, delle fonti del diritto. La forza di legge è data, infatti, dalla Costituzione ad un numero chiuso di atti, che la stessa sottopone al

---

<sup>27</sup> F.S. SEVERI, *op.cit.*

<sup>28</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.* 2005, 4, 777

particolare sindacato giurisdizionale della Corte costituzionale (art. 134 Cost.), tra i quali si è ripetutamente escluso che rientrino le ordinanze amministrative di necessità e urgenza. Il mancato riconoscimento della forza di legge definisce il carattere amministrativo delle ordinanze di necessità ed urgenza, che si rivela ancora nel fatto che gli atti di manifestazione non possono violare le norme costituzionali, siano esse norme sostanziali (art. 21, 41, 42, 32 cost.) o sulla produzione (riserve di legge).

Il comma 6 dell'art. 5 recita: "Le ordinanze emanate ai sensi del presente articolo sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, nonché trasmesse ai sindaci interessati affinché vengano pubblicate ai sensi dell'articolo 47, comma 1, della legge 8 giugno 1990, n. 142".

La pubblicazione è atto con il quale l'amministrazione porta determinati atti o fatti, propri o altrui, a conoscenza di una collettività indeterminata di persone. Le forme di pubblicazione sono di solito stabilite dalla legge che nel caso di specie prescrive sia la pubblicazione su Gazzetta Ufficiale, sia nell'albo pretorio del comune.

Può ritenersi che la pubblicazione sia la fase conclusiva dell'intero procedimento volto all'adozione di ordinanze necessitate. Si è di fronte, più specificamente alla c.d. fase integrativa dell'efficacia. L'atto amministrativo e, quindi, l'ordinanza è già perfetta e perciò valida ma non ancora efficace.

Attraverso la pubblicazione si rende possibile il sorgere del dovere di condotta in capo ai destinatari.

### **3. Ancora sui principi di legalità e di tipicità delle ordinanze di protezione civile. Eventuali limiti posti dalle norme cd. "superprimarie" all'efficacia derogatoria ed integrativa.**

Il principio di legalità investe il rapporto fra legge ed attività amministrativa nel suo complesso, sia essa normativa o provvedimentoale, incidendo direttamente sulla validità degli atti amministrativi.<sup>29</sup> E' noto che occorre distinguere tra legalità formale e sostanziale: secondo la prima il rapporto fra

---

<sup>29</sup> CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2000, 42



legge ed amministrazione sta nel divieto per quest'ultima di agire oltre le ipotesi ed i limiti fissati dal legislatore. La legalità sostanziale implica, invece, una maggiore penetrazione nell'esercizio del potere amministrativo da parte della legge che dispone, almeno nelle linee essenziali, le modalità di esercizio del potere, quindi la forma, il contenuto e gli effetti dei provvedimenti amministrativi.

Nel caso delle ordinanze contingibili ed urgenti, in cui rientrano pure le ordinanze della protezione civile ex lege 225/1992, il principio di legalità che si pone indubbiamente come limite all'esercizio di tale potere di urgenza si sostanzia nella individuazione delle materie, dei presupposti nonché degli organi competenti. Con riferimento a quest'ultimo profilo è da rilevare che a differenza della normativa anteriore, la legge 225/1992 ha introdotto anche la possibilità della delega di potere. Ciò tuttavia non stride col principio di legalità posto che il potere di delega è anch'esso previsto dalla stessa norma attributiva del potere. Inoltre, anche con riferimento alla specifica individuazione delle materie, si assiste alla tendenza per cui la norma attributiva del potere non le debba indicare necessariamente. Si pensi a tal proposito alle ordinanze contingibili ed urgenti adottate dal sindaco ex art. 54 Tuel: la norma appena citata, a differenza di quanto era stato previsto fino alla legge 142/1990, non indica più le materie oggetto del potere di ordinanza.

Nel quadro delle previsioni di cui alla legge 225/1992, possono essere emanate ordinanze derogatorie, le quali devono rispettare i principi generali dell'ordinamento giuridico, contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare, essere motivate, essere pubblicate; possono inoltre essere emanate ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose; quando le ordinanze non siano emanate dal Presidente del Consiglio o dal Ministro delegato, bensì dai commissari debitamente delegati, devono rientrare nei contenuti, nei tempi e nelle modalità, esplicitati nel provvedimento di delega.

L'effetto peculiare dell'ordinanza, dunque, è quello di derogare: il ricorso a questo strumento è eventuale, poiché l'attuazione degli interventi di emergenza può ben esser fatta con atti normali, programmati e tipici. Quando

si ritenga di ricorrere allo strumento straordinario, questo è senz'altro derogatorio, ma comunque rispettoso dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Tale deroga tuttavia soffre di una evidente limitazione per il fatto che tali ordinanze sono comunque attuative degli interventi programmati. Tale carattere integrativo comunque inerisce anche alle ordinanze non straordinarie di cui all'art.5, comma 3.

Questo appare essere il limite più pregnante per l'emanazione delle ordinanze: la loro stretta finalizzazione all'integrazione del programma degli interventi, non apparendo possibile che, al momento della programmazione, si trascurino volutamente delle situazioni, senza attribuire competenze specifiche né prevedere interventi tipici, contando sulla possibilità del successivo intervento derogatorio in emergenza.

Rimangono confermati i limiti che generalmente investono il potere di ordinanza.

In ogni caso le ordinanze non possono: assurgere a valore di legge; contrastare con la Costituzione; "ritenersi vincolate ad altre norme preesistenti che non siano quelle espressamente indicate dalla fonte da cui traggono origine"<sup>30</sup>e, infine, intervenire nelle materie coperte da riserva di legge assoluta, mentre per la riserva relativa la legge può attribuire all'autorità amministrativa il potere di emanare atti anche normativi, purché però la legge stessa stabilisca "i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito" <sup>31</sup>.

In definitiva, l'Amministrazione pur derogando per agire con urgenza deve rimanere all'interno di uno schema predisposto in anticipo.

Un altro limite riscontrabile è strettamente connesso con il riparto di competenze tra Stato e Regioni. Deve infatti rilevarsi come la norma attributiva del potere di ordinanza sia una norma statale e diversamente non

---

<sup>30</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 9 febbraio 2006, n. 4813, la quale così prosegue: "Il che giustifica la loro denominazione di "ordinanze libere". Ne consegue che tali provvedimenti, pur non contenendo disposizioni generali ed astratte, devono ciononostante formare oggetto della scienza diretta del giudice il quale non sarebbe in grado, diversamente, di accertare quali limitazioni siano state apportate nel caso concreto alla disciplina normativa generale".

<sup>31</sup> Così Corte Cost., 27 maggio 1961, n. 26, "E, pertanto, nulla vieta che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere". Si veda anche la precedente sentenza della Corte Cost. 8/1956

potrebbe essere posto che l'art. 117, comma 3, Cost. stabilisce che la protezione civile sia materia di legislazione concorrente. Questo vuol dire che i principi fondamentali della materia, tra cui deve farsi rientrare anche il potere in deroga, devono essere stabiliti dal solo legislatore statale.<sup>32</sup>

Inoltre, va sottolineato come per la Corte Costituzionale "il potere di ordinanza (...) non può (...) incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione. L'"emergenza" non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, e il richiamo a una finalità di interesse generale (...) non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino tale sfera di interessi, garantita a livello

---

<sup>32</sup> Nella sentenza 277/2010 la Corte ha affermato che è costituzionalmente illegittima la legge della Regione Calabria 28 dicembre 2007, n. 27 per violazione dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione (con assorbimento dell'esame dell'istanza di sospensione ai sensi dell'art. 35 della legge 11 marzo 1953, n. 87), in quanto la legge regionale impugnata, disponendo la sospensione degli effetti prodotti dall'ordinanza n. 6294 del 2007, emanata dal Commissario delegato per l'emergenza ambientale, pur essendo ancora in atto la situazione di emergenza, ha violato i principi fondamentali posti dall'art. 5 della legge n. 225 del 1992. Siffatti interventi, lungi dal costituire svolgimento attuativo dei principi fondamentali posti dal legislatore statale, si pongono l'obiettivo di neutralizzare gli effetti prodotti da ordinanze che rinvergono il proprio fondamento giustificativo nella legge statale e nella potestà di dettare i principi fondamentali in una materia affidata alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni. Sul punto, va ribadito (v. sentenza n. 284 del 2006) che il legislatore regionale non può utilizzare la potestà legislativa per paralizzare - nel periodo di vigenza della situazione di emergenza ambientale - gli effetti di provvedimenti di necessità ed urgenza, non impugnati, emanati in attuazione delle riportate disposizioni di legge espressive di principi fondamentali. Inoltre, occorre mantenere separati i profili di rilevanza costituzionale afferenti al rapporto tra competenze legislative attribuite ai diversi livelli di governo che possono venire in rilievo nei giudizi di impugnazione delle leggi, dagli aspetti relativi alla illegittimità delle ordinanze di necessità ed urgenza. Tale ultimo profilo, in realtà, appartiene al piano dell'esercizio concreto delle funzioni amministrative, e deve essere dedotto nelle competenti sedi giudiziarie ed eventualmente, ricorrendone i necessari presupposti, anche innanzi alla Corte costituzionale mediante ricorso per conflitto di attribuzione. Infine, le norme censurate non possono rinvenire la loro giustificazione, sul piano costituzionale, nella natura transitoria, peraltro solo apparente, del precetto in esse contenuto. Infatti, tali norme, pur stabilendo formalmente che la sospensione <<avrà la durata massima di 60 giorni dall'insediamento della Commissione di verifica>>, aggiungono che la stessa permarrà <<fino al pronunciamento di merito>> da parte della medesima Commissione e quindi senza la predeterminazione di un termine finale di durata della sospensione stessa.

costituzionale (sent. n. 307 del 1983, considerato in diritto, n. 3). L'esercizio del potere di ordinanza deve quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali"<sup>33</sup>.

Ancora, sempre per il giudice costituzionale, il carattere particolarmente "dettagliato" dell'ordinanza e la sua valenza a porsi come disciplina permanente snaturano le funzioni spettanti alla regione in questa materia. In altri termini siffatti poteri di ordinanza sembrano vulnerare i poteri ordinari delle regioni, peraltro costituzionalmente protetti.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Così il punto 2, considerato in diritto, della sentenza Corte Cost., 5 aprile 1995, n. 127, ma si vedano anche le sentenze Corte Cost. 418/1992 e 327/2003.

<sup>34</sup> Nel 2003 con sentenza n. 327, in Giur. cost. 2003, 5 la Corte ha rilevato che non è fondata la q.l.c. dell'art. 3 comma 3 l. reg. Marche 11 dicembre 2001 n. 32, censurato in riferimento all'art. 117 comma 3 cost., e all'art. 108 d.l.g. 31 marzo 1998 n. 112, in quanto, con generico riferimento a tutte le attività di protezione civile, consente alla regione di avvalersi del corpo nazionale dei vigili del fuoco. Il mancato richiamo, da parte della disposizione impugnata, dei limiti alla competenza regionale previsti dalle norme interposte contenute nell'art. 108 d.l.g. n. 112 del 1998, non implica un'automatica espansione delle competenze regionali, restando tali limiti vincolanti e dovendosi piuttosto valutare in concreto se essi non siano violati dal contenuto normativo delle disposizioni impuginate. Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 240, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, sollevata in relazione agli artt. 117, terzo comma, e 118, primo comma, Cost., nonché ai principi di leale collaborazione e di sussidiarietà, nella parte in cui dispone che l'individuazione delle situazioni a più elevato rischio idrogeologico, da risanare attraverso le risorse di cui alla delibera del CIPE 2 ( recte : 6) del novembre 2009, è compiuta dalla direzione generale competente del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentite le autorità di bacino e il dipartimento della protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri. Infatti, tale individuazione si risolve in attività di carattere conoscitivo, aventi natura anche tecnica, attinenti alla struttura, alla composizione, alle condizioni dei terreni, secondo metodologie e criteri uniformi, idonei a riconoscere la possibilità che un determinato territorio sia esposto a pericolo sotto il profilo idrogeologico. Si tratta, dunque, di attività finalizzate in via esclusiva alla tutela dell'ambiente, onde non è ravvisabile la necessità di un coinvolgimento regionale. Peraltro, va considerato che le Regioni non restano estranee a tali attività, dal momento che è previsto il parere delle autorità di bacino, di cui all'art. 63 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni. Dette autorità sono istituite in ciascun distretto idrografico (di cui al successivo art. 64 d.lgs. citato, che prevede la ripartizione in distretti dell'intero territorio nazionale), e tra i loro organi sono contemplate le Conferenze istituzionali permanenti (art. 63, comma 2), alle quali partecipano, tra gli altri, i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome il cui territorio è interessato dal distretto idrografico o gli assessori dai medesimi delegati. Alle Conferenze istituzionali permanenti è affidata l'adozione degli atti di indirizzo, coordinamento e pianificazione delle autorità di bacino, sicché tramite questi enti ben possono essere rappresentati eventuali

Si giunge così ai parametri alla cui stregua valutare l'esercizio dei poteri di necessità e di urgenza, i quali parametri possono valutarsi sia sotto il profilo della legalità formale, sia sotto quello del principio materiale.

I principi ai quali le ordinanze devono riferirsi sono: della congruità e della proporzionalità: l'ordinanza deve essere infatti congrua e proporzionata alla necessità; della motivazione: che deve essere adeguata, non generica, e che deve dare contezza delle misure adottate così come proporzionalmente all'evento; del rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

“Ma è il criterio materiale, sotto il profilo della proporzionalità-adequatezza, quel che stabilisce la reale ed effettiva latitudine dei poteri in deroga, il che avviene con una valutazione *ex post*. Ed è sempre questo criterio che consente di garantire gli ambiti di competenza istituzionale dello stato e delle regioni, perché il dimensionamento e la intensità dei fattori temporali e spaziali degli interventi emergenziali apprestati su una situazione di straordinarietà, assicurano la individuazione degli interessi che si intendono tutelare”<sup>35</sup>.

### **3.1 L'obbligo di motivazione e la durata a tempo determinato delle prescrizioni derogatorie imposte dall'ordinanza di protezione civile.**

Come si è già illustrato nel capitolo precedente, il potere di ordinanza di necessità ed urgenza ovvero contingibile ed urgente è quel potere extra ordinem, posto in capo all'amministrazione pubblica per far fronte, in circostanze di necessità ed urgenza, a situazioni rispetto alle quali risultino inadonei gli ordinari strumenti predisposti dall'ordinamento. In base a tale orientamento, le ordinanze in parola non possono rappresentare un valido strumento con cui soddisfare esigenze prevedibili e permanenti, o comunque regolare stabilmente determinati assetti di interessi, essendo la loro efficacia legata al perdurare dello stato di necessità che ne legittima l'emanazione.

---

profili attinenti alle attribuzioni regionali in materia di governo del territorio.

35 A. PIEROBON, *Poteri emergenziali e poteri ordinari nella gestione dei rifiuti alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 284 del 2006* in *Riv. giur. Ambiente*, 2007, 2, 296

Corollario della necessità è il carattere provvisorio delle suddette ordinanze nel duplice significato di efficacia temporalmente limitata delle misure imposte e di connaturale non definitività degli effetti prodotti.<sup>36</sup>

A fronte di questo orientamento tradizionale, si è affermato un secondo orientamento, soprattutto giurisprudenziale,<sup>37</sup> che sostiene che le ordinanze di necessità ed urgenza possano essere tanto definitive quanto provvisorie, a seconda del contenuto che, volta per volta, risulti più idoneo a fronteggiare le situazioni di emergenza su cui i provvedimenti in parola intervengono. Secondo questa tesi, quello della provvisorietà non sarebbe in via assoluta requisito di validità delle ordinanze contingibili ed urgenti, essendo il contenuto di queste ultime legittimamente condizionato dalla necessità di individuare misure idonee ad eliminare le situazioni di pericolo che ne giustificano l'adozione<sup>38</sup>.

A sostegno di questo secondo orientamento, si richiama l'atipicità che è caratteristica propria di questi provvedimenti il cui contenuto è volutamente non determinato dal legislatore, affinché l'autorità preposta possa discernere, volta per volta, quello più adatto a risolvere i casi d'urgenza, non prevedibili, che si presentano in concreto.

---

36 Così anche T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 15 marzo 2002, n. 494 ordinanza deve contenere l'apposizione di un termine pur se tale gola può essere derogata quando, per la peculiarità del caso concreto, la misura urgente presenta una eccezionale attitudine a produrre conseguenze non provvisorie. Aie ipotesi non ricorre nel caso di specie perché, la misura imposta dell'ordinanza non costituisce un rimedio provvisorio e contingente, né si tratta di un rimedio che, pur se urgente ed immediato, è suscettibile di produrre solo eccezionalmente effetti duraturi, ma si tratta di una soluzione definitiva del problema, che implica la realizzazione di strutture ed opere sufficienti ad eliminare radicalmente la situazione di pericolo per i residenti in prossimità.

<sup>37</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 9 febbraio 2001 n. 580, cit., 235; Cons. St., sez. V, 29 luglio 1998 n. 1128, in Cons. St., 1998, I, 1155.

<sup>38</sup> Secondo V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico, op.cit.*, p. 311 e ss. "ci si deve chiedere se la provvisorietà inerisca al potere sostanziale (e alle funzioni) o piuttosto agli atti che di quel potere sono estrinsecazione. Con riferimento al decreto legge deve affermarsi la sua connaturata provvisorietà ma a bene vedere in questo caso è la stessa Costituzione che ne prevede una efficacia limitata nel tempo. In particolare con riferimento alla nota legge del 1970, n. 996 ed al dpr 66/1981 di attuazione afferma che questi atti "hanno un'efficacia permanente dal punto di vista formale, dell'attitudine di tali atti o norme a suscitare od imporre comportamenti conformi. Altrimenti, la legislazione dell'emergenza non potrebbe assicurare la propria funzione primaria, che è quella di organizzare le attività ordinarie e straordinarie di protezione civile quali attività programmate o pianificate dalla pubblica amministrazione. Ciò non toglie, peraltro, che le regole ed i principi dell'emergenza siano sostanzialmente provvisori, siano percepiti quali principi effettivamente applicabili solo a situazioni politiche o sociali che si verifichino transitoriamente o si riproducano in modo intermittente, non consolidandosi come durature...La garanzia della provvisoria efficacia delle funzioni di emergenza è anzi essenziale per assicurare l'unificazione dell'ordinamento come sistema di poteri e funzioni."

Le ragioni poste a fondamento delle due tesi esposte ineriscono quindi rispettivamente, ai caratteri di eccezionalità e atipicità, entrambi ritenuti propri delle ordinanze contingibili ed urgenti. Questo contrasto interpretativo è l'effetto del difficile inquadramento delle ordinanze in parola e può essere risolto, a mio parere, soltanto attraverso il ricorso al principio di legalità formale.

Il principio di legalità formale implica che la legge si ponga esclusivamente come fonte di legittimazione dell'attività amministrativa, indicando a quest'ultima i casi in cui il potere amministrativo possa essere esercitato. La legalità sostanziale implica, invece, una maggiore penetrazione nell'esercizio del potere amministrativo da parte della legge che dispone, almeno nelle linee essenziali, le modalità di esercizio del potere, quindi la forma, il contenuto e gli effetti dei provvedimenti amministrativi. Il principio di legalità, assunto in questo secondo più forte significato, finisce col risolversi nel principio di tipicità degli atti amministrativi: l'amministrazione, per realizzare gli effetti tipici previsti dall'ordinamento, può ricorrere solo agli schemi individuati nominativamente dalla legge in via generale ed astratta.

Richiedere, però, che il potere di ordinanza *extra ordinem* sia conforme al principio di legalità in senso sostanziale significherebbe tradire o, comunque, non comprendere a fondo la *ratio* del potere di ordinanza che, come già ampiamente trattato nel capitolo precedente, consente alla amministrazione di far fronte a situazioni eccezionali che richiedono un tempestivo intervento con mezzi atipici, perché gli strumenti tipici previsti dal legislatore risultano del tutto inadeguati.

Inoltre equivarrebbe ad elidere ogni differenza rispetto agli atti necessitati ordinari che proprio nella tipicità rinvengono il loro carattere differenziale rispetto alle ordinanze libere che, appunto, sono atipiche.

Ecco allora che pur non ponendo in discussione l'elemento della contingibilità, intesa come urgente necessità di provvedere con immediatezza in presenza di situazioni eccezionali, non prevedibili, trattandosi di un profilo caratterizzante il potere di ordinanza, si può ritenere che la misura adottata possa anche essere, nella sua atipicità, priva di un termine di efficacia, o

possa produrre effetti definitivi, purché risulti idonea a risolvere la situazione di urgenza su cui interviene.

Risulta, dunque, preferibile il secondo orientamento, per il quale il requisito della provvisorietà non è di per sé elemento di validità delle ordinanze contingibili ed urgenti. Da ultimo, la legge non ritiene che sia opportuno prescindere dal generale obbligo di motivazione degli atti amministrativi: il principio, secondo la legge 241/90, è di portata generale e generalmente applicabile ed inoltre è strumento di controllo, anche esterno attraverso l'attività giurisdizionale, della ricorrenza, nel caso di specie, dei presupposti richiesti dalla normativa per l'adozione delle ordinanze *de quibus*.

L'obbligo di motivazione, per chiudere il cerchio rispetto alla *vexata quaestio* della natura del potere di ordinanza, non può che essere considerato elemento a favore della natura amministrativa e non già normativa, delle ordinanze *extra ordinem*.

#### **4. Il sistema delle deleghe e le ordinanze «preventive».**

Il ruolo centrale del Presidente del Consiglio nel proporre lo stato di emergenza e nell'adozione di ordinanze ex art. 5 l. 225/1992 nell'esplicazione pratica delle funzioni va "alleggerito" o comunque ridimensionato, perché finirebbe per dimostrarsi esagerato, ed essere di ostacolo all'efficienza operativa. La legge ricorda che il Presidente può agire delegando il Ministro per il coordinamento della protezione civile e questi a sua volta può avvalersi di commissari delegati (art. 5.3) per l'attuazione degli interventi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 5 e cioè per l'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti alla deliberazione dello stato di emergenza, con il connesso potere di emanare ordinanze. Il prefetto poi come si è visto, "opera quale delegato del Presidente del Ministro .... Con i poteri di cui al comma 2 dello stesso art. 5" (art. 14, comma 3). Appare evidente che il ruolo del Governo risulta diverso nell'esercizio delle competenze di previsione e prevenzione, ed in quello di gestione dell'emergenza. Esso non è direttamente coinvolto nei singoli interventi, ciò non risulta necessario, ma agisce attraverso deleghe e subdeleghe, che



circoscrivono l'ambito di attività dei singoli soggetti. Anche i commissari che il Ministro può delegare sono vincolati dal "provvedimento di delega" che "deve indicare il contenuto della delega dell'incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio" (art. 5, comma 4).

La delega non ha ad oggetto tutto il potere ma solo quelle competenze che risultassero idonee, rimanendo per il resto l'applicazione della legge, e delle misure programmate, nella responsabilità del Ministro. Non è detto che ciò valga per il prefetto: la formulazione della norma, anzi, fa ritenere che i poteri delegati dal residente, o dal Ministro, al prefetto possano prescindere da un provvedimento formale di delega, con un contenuto determinato.

Diverso è il potere che l'art. 5 definisce al comma 3, che può essere delegato ai commissari, ma non può essere ordinariamente esercitato dai prefetti, se non, evidentemente, in qualità di commissari delegati. Si tratta del potere di emanare "ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose".

Nel quadro del generale metodo programmatico che caratterizza il Servizio di protezione civile destinato a circoscrivere i casi di intervento mediante ordinanze devono tutta via essere salvaguardate due ipotesi: l'attuazione dell'intervento programmato in modo derogatorio, e l'intervento "preventivo", la cui opportunità si manifesta durante l'intervento, né potrebbe ragionevolmente manifestarsi prima ed essere programmato.

Le due ipotesi appaiono distinte. Infatti le ordinanze dell'art. 5, comma 3 sarebbero svincolate dalla necessaria preventiva deliberazione dello stato d'emergenza, e ciò perché la legge appunto distingue le ipotesi. Inoltre l'esigenza di evitare situazioni di pericolo o maggiori danni non è necessariamente collegata con una emergenza in itinere e richiede di regola l'adozione di misure immediate, difficilmente conciliabili con la procedura di dichiarazione dello stato d'emergenza. E' prevista la comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri, che diventa opportuna per segnalare le iniziative autonomamente assunte, se "non siano di diretta sua emanazione". Per queste ordinanze la legge non ricorda il contenuto derogatorio, per cui nei loro confronti non si applicherebbe il quinto comma, concernente l'indicazione delle norme derogate e la motivazione; dovrebbero comunque

esser pubblicate o comunicate al Presidente del Consiglio. Tuttavia bisogna precisare che sebbene il contenuto derogatorio non sia evocato lo stesso non è neanche escluso. Per cui appare avventato escludere *sic et simpliciter* un contenuto derogatorio alle ordinanze c.d. preventive. Inoltre poiché il contenuto delle predette ordinanze non è tipico ma atipico, in quanto non predeterminato, a mio avviso questa disposizione si concilia meglio con un contenuto derogatorio..

E' stato osservato, infatti, che "se un potere derogatorio non fosse riconosciuto a questo punto, la stessa norma rimarrebbe priva di significato: non soltanto queste ordinanze hanno efficacia derogatoria, ma hanno una portata ben più ampia di quelle previste nel secondo comma, poiché non si limitano all'attuazione degli interventi, ma coinvolgono qualunque settore dell'ordinamento, sia pure con lo scopo di ovviare a contingenti situazioni di pericolo"<sup>39</sup>.

Prevedere un obbligo di comunicazione al Presidente del Consiglio per un atto che va pubblicato, vuol dire prevedere un potere di intervento del Presidente del Consiglio, che non si vuole indicare

Quanto alla competenza queste ordinanze possono essere adottate solo dal Presidente del Consiglio ovvero, su sua delega, dal Ministro per il coordinamento della protezione civile ovvero dai commissari delegati. Esula questo potere in capo ai sindaci ed ai prefetti a meno che questi ultimi operino quali commissari delegati. Il sindaco, o il prefetto, sono in grado di intervenire adeguatamente, ma ad essi non spetta il potere di intervento straordinario, di natura preventiva, e lo richiederebbero al Ministro, o al Presidente, che potrebbero intervenire autonomamente non essendovi i presupposti per una deliberazione dello stato d'emergenza.

---

<sup>39</sup> F.S. Severi, *op. cit.*

### CAPITOLO III

#### STATO DI EMERGENZA E ORDINANZE ADOTTATE AI SENSI DELL'ARTICOLO 5 DELLA LEGGE N.225/1992

1. Le ordinanze di necessità ed urgenza adottate per esigenze di protezione civile: lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti. Deleghe, subdeleghe, commissariamento ed altri abusi dell'autorità amministrativa. Violazione della Legge n. 225/1992?; 2. L'invalidità dell'ordinanza di necessità ed urgenza. Il sindacato di legittimità del potere e l'intervento giurisdizionale: recenti pronunce giurisdizionali in materia. Problemi di giurisdizione e deroghe. 3. L'invalidità dell'ordinanza di necessità ed urgenza. Il sindacato di legittimità del potere e l'intervento giurisdizionale: recenti pronunce giurisdizionali in materia; 4. La violazione delle Direttive comunitarie in materia di gestione dei rifiuti. 5. Considerazioni finali.

#### **1. Le ordinanze di necessità ed urgenza adottate per esigenze di protezione civile: lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti. Deleghe, subdeleghe, commissariamento ed altri abusi dell'autorità amministrativa. Violazione della Legge n. 225/1992?**

Gli ordinamenti moderni pur se basati sui principi di diritto, di legalità e della tendenziale completezza dell'ordinamento, conoscono strumenti eccezionali tesi a far fronte a situazioni eccezionali, imprevedibili o comunque non disciplinabili a priori con norme specifiche<sup>1</sup>.

Di tali mezzi sono esempi i provvedimenti adottati dal Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica ovvero dal Sindaco, per far fronte a gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini.

E' stato rilevato come *l'emergenza nel settore dello smaltimenti rifiuti nella Regione Campania, rappresenta non solo un importante esempio di fallimento*

---

<sup>1</sup> Secondo M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 102 il potere di ordinanza svolge la funzione di una valvola, in tutti gli ordinamenti moderni, a disposizione dell'amministrazione, per sfuggire alla condizione rigidissima della legge. L'insigne Autore già aveva rilevato come questi provvedimenti, espressione di un potere *extra ordinem*, sono conformi al principio di legalità in quanto previsti dalla legge ma non al principio di tipicità.

dell'utilizzo degli strumenti sia ordinari, sia straordinari,<sup>2</sup> per fronteggiare una difficile situazione, ma anche un esempio di una delle tendenze in atto e cioè quello della concentrazione dei poteri di urgenze e del loro utilizzo nell'ambito della protezione civile.

Infatti la peculiarità che in questo ambito può constatarsi, soprattutto con riferimento alla Regione Campania, è l'utilizzo per quasi quindici anni degli strumenti contemplati dalla legge sulla protezione civile ed in particolare delle ordinanze extra ordinem, per fronteggiare una situazione che avrebbe dovuto essere gestita con strumenti ordinari.<sup>3</sup>

Sono stati nominati, ai sensi dell'art. 5 della legge 225/1992, commissari delegati che a loro volta si sono avvalsi di soggetti attuatori quali sub Commissari o commissari vicari, nonché della collaborazione delle amministrazioni locali e nazionali.

Con le ordinanze adottate ex lege 225 per fronteggiare l'emergenza si è anche provveduto a disciplinare l'organizzazione ed il personale della struttura straordinaria<sup>4</sup> costituita per fronteggiare l'emergenza, disciplinando proprio profili relativi al personale, al suo distacco, ai compensi, agli straordinari. E' evidente che in questo modo, per riprendere il tema della efficacia temporale delle ordinanze de quibus, già trattato nel capitolo precedente, ci troviamo di fronte a provvedimenti destinati ad avere una efficacia durevole nel tempo, almeno fino a quando esisterà l'ufficio straordinario.

Non solo.

Sempre dal punto di vista organizzativo è evidente come questo ufficio operativo emergenziale, costituito dal Commissario, dai vicari e dal personale, pone problemi di legittimità costituzionale ex art. 97, atteso che la legge

---

<sup>2</sup> M. GNES, *Le ordinanze della protezione civile per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 2008, 1-2, p. 435.

<sup>3</sup> E' stato calcolato che tra il 1994 ed il 2008 sono stati adottati 120 provvedimenti straordinari tra ordinanze e decreti legge, gran parte dei quali tuttora vigenti. In secondo luogo, lo stesso esercizio dei poteri è stato attribuito ad uffici diversi: inizialmente tali poteri sono stati attribuiti al prefetto di Napoli, individuato quale commissario delegato, poi fu nominato quale commissario delegato il Presidente della Regione Campania, poi un prefetto, poi il Capo del Dipartimento della protezione civile; infine altre personalità di rilievo.

<sup>4</sup> Ritengo che possa utilizzarsi per questo caso l'espressione ufficio straordinario che, come noto, non indica l'ufficio che viene costituito in circostanze imprevedibili, quanto quell'ufficio che non è previsto come permanente nel disegno organizzativo e perciò, non ordinario. Infatti anche i commissari delegati, titolari di questo ufficio, sono organi non ordinari proprio nel senso appena ricordato, cioè non appartengono in via ordinaria all'organizzazione della protezione civile essendo nominati solo nel caso in cui sia stata previamente deliberato lo stato di emergenza.

225/1992 prevede solo la figura del Commissario delegato (ovvero del Ministro per il coordinamento della protezione civile o del Presidente del Consiglio dei Ministri) e non anche una struttura organizzativa ad hoc che, invece, di fatto è stata costituita finendo per sovrapporsi alla struttura amministrativa locale che invece avrebbe dovuto coordinare ed indirizzare tutta la situazione locale di emergenza. Infatti l'art. 12 della legge 225 prevede che le Regioni *partecipano all'organizzazione e all'attuazione delle attività di protezione civile indicate nell'articolo 3, assicurando, nei limiti delle competenze proprie o delegate dallo Stato e nel rispetto dei principi stabiliti dalla presente legge, lo svolgimento delle attività di protezione civile. Le regioni, nell'ambito delle competenze ad esse attribuite dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, provvedono alla predisposizione ed attuazione dei programmi regionali di previsione e prevenzione in armonia con le indicazioni dei programmi nazionali di cui al comma 1 dell'articolo 4.*

Per l'adempimento di questi obblighi le Regioni provvedono all'ordinamento degli uffici ed all'approntamento delle strutture e dei mezzi necessari per l'espletamento delle attività di protezione civile. Ugualmente il comune può dotarsi di una struttura di protezione civile e la Regione di appartenenza favorisce l'organizzazione di tali strutture.

A ben vedere però la prassi ha consentito di fatto il venire a costituirsi di un ufficio straordinario più ampio<sup>5</sup>, perché ricordiamo la legge prevede solo la nomina di organi straordinari, i commissari delegati, e non già della struttura che si è venuta a costituire. Infatti attese le previsioni contenute nella legge 225/1992, i commissari dovrebbero avvalersi del funzionamento degli uffici comunali, provinciali e regionali di protezione civile tra loro coordinati. Invece questo nuovo ufficio che si è costituito di fatto è andato a sovrapporsi alle strutture amministrative locali.

Si è insomma affermato un sistema amministrativo di gestione dei rifiuti alternativo a quello ordinario contrastante sia con le disposizioni contenute nella legge che non lo prevedono sia perché il commissario si è visto delegare l'intera gestione dei rifiuti e non solo la raccolta. In questo la delega è stata

---

<sup>5</sup> Più ampio in quanto l'Ufficio secondo le disposizioni contenute nella legge 225/1992 è costituito solo dall'organo straordinario che si dovrebbe avvalere poi delle strutture di protezione civile degli enti locali, secondo il trincio di legalità.

notevolmente ampia e dai contorni non troppo chiari, finendo per attribuire all'organo straordinario un intero settore di amministrazione.

Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza.<sup>6</sup>

Le deroghe contenute nelle ordinanze adottate ai sensi dell'art. 5 comma 3, legge 225/1992 hanno riguardato diverse materie: la materia ambientale, norme igienico-sanitarie e sicurezza sul lavoro, norme urbanistiche, edilizie e di tutela dei beni culturali, contratti pubblici e di contabilità di stato cioè materie in cui si procede normalmente attraverso accordi con le amministrazioni interessate. Accordi che in tali casi sono by-passati attraverso deroghe che rendono il procedimento più veloce e snello.

Sappiamo che il potere di ordinanza è un potere residuale vale a dire che lo stesso può essere legittimamente esercitato o quando non vi siano norme che abbiano preventivamente disciplinato la fattispecie che bisogna affrontare ovvero quando pur essendo stati previsti in via ordinaria degli strumenti, gli stessi si presentino in concreto insufficienti.<sup>7</sup>

Con precipuo riferimento alla gestione dei rifiuti in Campania, attraverso il ricorso alle ordinanze extra ordinem, si è assistito non solo al mancato rispetto del principio da ultimo richiamato, ma alla deroga delle norme derogatorie emanate specificamente per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania. Infatti non solo alcune ordinanze urgenti sono state emanate per modificare ordinanze emanate pochi giorni prima, ma sono state emanate anche per derogare sia alla normativa generale della protezione civile (ossia alla disciplina che contiene la norma attributiva del potere derogatorio) sia alle norme poste dai decreti legge.

Per fare esempi ancora più calzanti degli abusi che sono stati perpetrati in materia di rifiuti, è stata stabilita la possibilità di derogare alle norme di natura finanziaria stabilite dalla legge sulla protezione civile, per consentire il versamento di fondi direttamente sulle contabilità speciali di tesoreria intestate al prefetto di Napoli<sup>8</sup>; di derogare al decreto legge n. 263/2006<sup>9</sup> che già

---

<sup>6</sup> Cons. stato 13 novembre 2002 n. 6280.

<sup>7</sup> Così M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *giur.compl. Corte di Cass., sez. civ.*, XXVII, 1948, p. 392 secondo cui "non può usarsi di un potere di ordinanza ogni volta che sia possibile usare di un atto ordinario di urgenza.

<sup>8</sup> OPCM 31 ottobre 1996, n. 2470.

prevedeva procedimenti particolari, al fine di realizzare e gestire due impianti di termodistruzione o di massificazione. Così come si è derogato al divieto di localizzazione di nuovi siti di smaltimento finale di rifiuti, divieto stabilito pochi mesi prima dal decreto legge n. 61/2007, al fine di poter aprire alcune discariche.<sup>10</sup>

Sono evidenti gli abusi e le violazioni al principio di legalità in questo caso perpetrate.

Innanzitutto al principio di legalità che, come sappiamo, può dirsi rispettato dalle ordinanze *extra ordinem* in quanto il relativo potere, i presupposti e la competenza siano previsti e disciplinati da una norma di legge attributiva del potere. E' evidente però che tale norma non possa essere derogata cioè la deroga rimarrebbe priva di effetto perché l'efficacia derogatoria che consegue alle ordinanze è un effetto che deve ricollegarsi direttamente alla norma attributiva del potere, anche se poi attuata con ordinanza e, quindi, con un provvedimento amministrativo.

Per cui la normativa generale sulla protezione civile non può essere derogata *tout court*. Posto che nelle ordinanze o nella delega del potere derogatorio, devono essere specificamente indicate le norme cui si intende derogare è evidente l'illegittimità di una ordinanza del Presidente del consiglio dei Ministri che derogasse, ad esempio, proprio all'art. 5, comma 3 della predetta legge che contiene la norma attributiva del potere.

Altro problema riguarda la deroga ad ordinanze *extra ordinem* adottate precedentemente rispetto all'ordinanza che intenda derogare alle stesse.

Il problema potrebbe essere risolto in termini diversi se le ordinanze avessero un terminale naturale di efficacia; alla scadenza del termine, venendo meno la prima ordinanza, l'organo deputato alla sua adozione potrebbe nuovamente riesercitare il potere.

Inoltre deve dirsi che trattandosi di provvedimenti amministrativi e non di atti normativi, l'organo straordinario titolare o delegato del potere può procedere a

---

<sup>9</sup> Decreto legge contenente le Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella Regione Campania. Misure per la raccolta differenziata, derogato dalla OPCM 11 gennaio 2008, n. 3639.

<sup>10</sup> Decreto legge 11 maggio 2007, n. 61, Interventi straordinari per superare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania

seconda dei casi ad adottare provvedimenti di riforma ovvero di annullamento dell'ordinanza.

Nel caso della riforma, che è provvedimento di secondo grado, nulla esclude che il relativo atto possa essere una ordinanza *extra ordinem* con la conseguenza che l'ordinanza riformata e quella riformante costituiranno una fattispecie complessa, nella quale taluni effetti derivano dal primo, taluni altri dall'altro.

Può procedere anche attraverso un annullamento d'ufficio dell'atto – ordinanza se i vizi sono ineliminabili. Ovvero si potrebbe procedere ad una revoca dell'ordinanza quando per circostanze sopravvenute il provvedimento prima adottato cessa di essere il modo ottimale di cura dell'interesse pubblico.

Tuttavia poiché il nostro ordinamento ha accolto una nozione ampia di revoca, l'ordinanza potrebbe essere revocata anche in caso di esercizio di uno *ius poenitendi* da parte dell'organo non accompagnato dall'accadimento di fatti sopravvenuti.

L'applicazione corretta dei principi di teoria generale e degli istituti del diritto amministrativo potrebbe a ben vedere evitare questa produzione disordinata di ordinanze. Tra l'altro queste deroghe alle deroghe insinuano l'errata idea che ci si trovi davanti ad atti normativi il che, come è noto, non è, atteso che secondo l'orientamento predominante, avallato anche dagli arresti della Corte Costituzionale, le ordinanze *extra ordinem* rientrano comunque nell'alveo dei provvedimenti amministrativi ed in quanto tali vanno trattati.

L'emergenza relativa allo smaltimento dei rifiuti è esemplare anche della possibile conflittualità tra i diversi livelli di Governo del territorio. Questa possibile conflittualità è presente tanto nella gestione ordinaria e a fortiori in quella straordinaria.

Si assiste, infatti, ad una difficile conciliazione tra il principio di sussidiarietà e l'esigenza di una gestione unitaria dell'emergenza nonché tra i poteri attribuiti a diversi soggetti competenti (commissari, sindaci e prefetti).

La necessità e l'opportunità di una gestione unitaria dell'emergenza rende ragionevole la soluzione, adottata dalla legge 225/1992, di concentrare la gestione dell'emergenza in capo ad un unico soggetto statale, fermo rimanendo il coordinamento con le amministrazioni locali (regionali, provinciali e comunali) sia per quanto riguarda la predisposizione di piani di previsione e di



prevenzione, sia per quanto riguarda l'attuazione degli interventi di emergenza ai sensi dell'art. 5, comma 2.

Con riferimento ai possibili conflitti tra organi a vario titolo competenti si deve riferire che nel 2003 in considerazione del fatto che "il reiterato esercizio del potere interdittivo da parte dei sindaci ha determinato un grave ritardo nell'attuazione degli interventi di carattere emergenziale demandati al Presidente della Regione Campania-Commissario delegato" sono state emanate ordinanze della protezione civile con lo scopo di sottrarre ai sindaci i loro tradizionali poteri di urgenza (artt. 50 e 54 Tuel)<sup>11</sup> attribuendone la titolarità e l'esercizio ai prefetti.<sup>12</sup>

## **2.L'invalidità dell'ordinanza di necessità ed urgenza. Il sindacato di legittimità del potere e l'intervento giurisdizionale: recenti pronunce giurisdizionali in materia. Problemi di giurisdizione e deroghe.**

Il commissario nominato per fronteggiare situazioni particolari (straordinarie) espleta le attività e le funzioni derivanti dall'O.P.C.M., la quale ordinanza si pone

---

<sup>11</sup> Il T.A.R. Lombardia (Sez. IV) con la sentenza 4598/09 ha fatto chiarezza sul problema dell'esercizio congiunto dei poteri di ordinanza del Sindaco in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, disciplinati dal testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (art. 50 D.Lgs. 267/2000) e di quelli che si potrebbero definire "speciali", in quando previsti nella disciplina di settore per la violazione del divieto di abbandono di rifiuti (art. 192 D.Lgs. 152/2006. Nel preambolo del provvedimento, come spesso avviene nella prassi, nell'erronea convinzione di rafforzare il provvedimento, venivano richiamate genericamente una serie di disposizioni di legge, senza la specifica indicazione delle norme che si intendevano applicare. Prassi che ad avviso del T.A.R. non inficia l'atto solo qualora dal contenuto dell'atto sia comunque possibile evincere con chiarezza e in concreto, quale potere si sia inteso esercitare e tenuto conto che nella fattispecie non si è ritenuto possibile far coesistere, nel medesimo contesto provvedimentale, come avviene negli atti a struttura complessa, due ordini distinti di poteri. Esclusa, del tutto ragionevolmente ed in linea con il principio di tipicità e nominatività degli atti amministrativi, la possibilità di un esercizio congiunto di due poteri che sono distinti ed hanno presupposti diversi, il collegio ha quindi proceduto ad identificare, ancora per esclusione, quale dei due schemi astrattamente ipotizzabili fosse più vicino al contenuto dell'atto concretamente assunto. Ed avendo rilevato che l'ordinanza emanata neppure menzionasse ragioni di particolare pericolo da affrontare con mezzi straordinari ed in situazioni di urgenza, ha quindi concluso che dovesse escludersi la possibilità di riportare il potere esercitato a quello previsto dall'art. 50 del D.Lgs. 267/2000 e ha quindi ricondotto la fattispecie esclusivamente alla seconda delle due norme richiamate in precedenza, escludendo quindi l'esercizio congiunto dei due poteri.

<sup>12</sup>OPCM 9 maggio 2003, n. 3286; OPCM 30 marzo 2004, n. 3345; OPCM 27 settembre 2006, n. 3545 Per G.U.

come una sorta di "norma autorizzativa" contenente (almeno in teoria) anche i criteri direttivi idonei a delimitare la discrezionalità del commissario<sup>13</sup>.

Sulle predette questioni la giurisprudenza è intervenuta senza peraltro tracciare nitidi confini affermando ora che "il compito del commissario in taluni casi *non è limitato a meri compiti surrogatori* ma se necessario agli scopi, può estendersi ad elaborare e realizzare direttamente progetti volti alla differenziazione della raccolta dei rifiuti<sup>14</sup>;

"ai commissari straordinari di governo è riconosciuto il potere di emanare ordinanze in deroga anche alla legislazione vigente, purché indichino il presupposto, la materia, le finalità degli interventi e l'autorità legittimata, le dimensioni territoriali e temporali della concreta situazione di fatto che occorre fronteggiare, fermo restando il rispetto dei principi costituzionali"<sup>15</sup>. Deve sottolinearsi come ciò sia possibile purché avvenga nel rispetto dell'ulteriore limite del contenuto della delega stessa.

" sul rapporto con la normativa comunitaria.<sup>16</sup>

"Il commissario di governo delegato per l'emergenza socio-economico-ambientale connessa alla gestione dei rifiuti nella Regione Campania in tanto può ingerirsi nella gestione dei rapporti di lavoro con i lavoratori socialmente utili assunti dai Consorzi di bacino per la realizzazione degli obiettivi di raccolta differenziata, in quanto detto potere trovi espresso fondamento in una disposizione di legge e, in mancanza, nel sistema delle ordinanze emergenziali di protezione civile che basano e circoscrivono la missione ed i poteri commissariali".<sup>17</sup>

Ma si veda anche altra giurisprudenza che considera *illegittima* l'ordinanza emergenziale ove si prevede che *il commissario possa costituire società miste*, cui

---

<sup>13</sup> RESCIGNO, in *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 2185 ss., p. 21945: "costituisce norma sulla produzione non solo la L. n. 225, ma anche la prima ordinanza del Presidente del Consiglio che fonda a sua volta, e limita, le ordinanze del commissario delegato"

<sup>14</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 6 aprile 2001, n. 1597 con commento di M.A. MAZZOLA, in *riv. Giur. Ambiente*, 2002, pp. 288 ss.

<sup>15</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 10 gennaio 2005, n. 16, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>16</sup> Si veda il T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 febbraio 2001, n. 1148. In materia di disciplina comunitaria sarebbe stata aperta procedura di infrazione nei confronti dell'Italia in quanto le ordinanze di protezione civile, in taluni casi, non sarebbero giustificabili, in proposito si veda C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, relazione al Convegno "Il diritto amministrativo dell'emergenza", Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo, 6-7 ottobre 2005, Università degli Studi di Roma Tre, p. 3.

<sup>17</sup> T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 8 settembre 2004, n. 11778

partecipano i Comuni, associando per la gestione del servizio consorzi di Comuni, aziende speciali, cooperative formate da lavoratori già impegnati in progetti di lavoratori socialmente utili "in quanto introduce una nuova forma di gestione dei servizi pubblici in deroga alle disposizioni dell'art. 21, D.Lgs. 22/1997 (...) e dell'art. 22, L. 142/1990" <sup>18</sup>.

"I poteri *extra ordinem* assegnati al commissario di governo per l'emergenza rifiuti, bonifica e tutela delle acque *non determinano una sovrapposizione centralistica dei poteri dello Stato alle attribuzioni proprie degli enti locali*, risolvendosi nel conferimento ai detti enti di poteri e mezzi, e delle relative risorse finanziarie, atti ad integrare le ordinarie attribuzioni riconosciute indispensabili, a fronte dell'insufficienza strutturale e funzionale degli strumenti tradizionali esistenti in determinati contesti territoriali. (Nella specie, il commissario aveva preteso che i Comuni versassero un'imposta, in favore del commissario stesso, per ogni chilogrammo di rifiuti solidi urbani conferito nei siti di stoccaggio)" <sup>19</sup>.

"È illegittima la deliberazione (...) con la quale il (...) vice commissario di governo per l'emergenza rifiuti, dispone che nella discarica (...) vengano conferiti una *tantum* rifiuti provenienti (... da altre Province...), ciò in quanto essa *estromette la Provincia dalle funzioni riconosciute dalla legge*"<sup>20</sup>, però è stato altresì affermato che il provvedimento commissariale di individuazione di una area di trasferimento di rifiuti "è espressione della legislazione derogatoria rinvenibile in materia di rifiuti di cui alla L. 24 febbraio 1992, n. 225, intesa a fronteggiare le situazioni emergenziali e di incidenza ultraprovinciale (...) *in deroga all'ordinaria funzione amministrativa relativa all'organizzazione dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale*"<sup>21</sup>;

"la revoca ad opera di un commissario straordinario di un provvedimento, adottato dalla precedente amministrazione, legittimata attraverso ordinari procedimenti elettivi, può giustificarsi solo in virtù del sopravvenire di fatti nuovi di tale rilievo da determinare la necessità di modificare le scelte effettuate, mentre non è sufficiente la soggettiva preferenza di diversi criteri ai quali ancorare gli ambiti di discrezionalità riservati all'amministrazione; pertanto, è

---

<sup>18</sup> T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 febbraio 2001, n. 1148.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 2 aprile 2003, n. 1877.

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2002, n. 6809

<sup>21</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4345

insufficientemente motivato il provvedimento di revoca di incarichi di collaborazione esterna fondato sulla mera opportunità di consentire una turnazione delle risorse intellettuali" <sup>22</sup>.

*"Nell'esercizio dei poteri di rideterminazione della tariffa per lo smaltimento dei rifiuti in discarica, il commissario delegato per l'emergenza socio-economico-ambientale gode di ampia discrezionalità, rispetto alla quale il sindacato giurisdizionale è limitato ai soli casi di manifesta illogicità o irragionevolezza"*<sup>23</sup>;

*"al commissario di governo per l'emergenza idrogeologica regionale può essere ordinato dall'amministrazione comunale la chiusura di una strada comunale ove vengono abitualmente abbandonati rifiuti, "con effetti intollerabili sul piano della tutela dell'ambiente e della salute, trattandosi di misura sicuramente riconducibile ai poteri comunali"* <sup>24</sup>;

*"la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha nei confronti del commissario delegato un carattere di supervisione e di indirizzo"*<sup>25</sup>;

"l'esercizio del potere di deroga alla legislazione vigente (... da parte del commissario...) presuppone la circostanziata individuazione *ex ante* delle principali norme che, applicabili in via ordinaria, pregiudicherebbero l'attuazione degli interventi medesimi; pertanto, *l'onere di motivazione*, di cui il commissario deve farsi carico, è diretto ad evidenziare, con valutazione preventiva, il nesso di strumentalità necessaria tra l'esercizio del potere di deroga e l'attuazione dei detti interventi" <sup>26</sup>;

oltre a ribadire che il commissario è figura temporanea ed eccezionale, si precisa che egli non può neanche nella sua attività sostituire i dirigenti <sup>27</sup>:

"il commissario dello Stato, in vista della scadenza dello stato di emergenza, attiva gli interventi necessari al rientro nell'ordinario delle attività della fase emergenziale ed individua le strutture o gli organismi, esistenti o da costituire, cui trasferire la gestione ed attuazione delle residue attività" <sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 14 giugno 2001, n. 889

<sup>23</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 6 aprile 2005, n. 1371

<sup>24</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 18 febbraio 2005, n. 1166

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576

<sup>26</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 27 gennaio 1998, n. 96. Si veda anche il T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 10 ottobre 1996, n. 662.

<sup>27</sup> Diversamente, si realizzerebbe un'alterazione nei rapporti tra organo di governo e organo gestionale, che negli organi statali e negli enti locali si sintetizza nel rapporto politici/dirigenti. Si vedano anche Corte Conti, Sez. contr., 4 ottobre 1995, n. 127, e Corte Conti, Sez. contr., 8 marzo 1995, n. 35.

<sup>28</sup> Corte Cost. (punto 5 del considerato in diritto) 22 febbraio 2006, n. 82

Con riferimento al rapporto tra potestà legislativa statale e regionale, atteso che la protezione civile rientra tra le materie di competenza concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, la Corte Costituzionale ha affermato che gli "articoli 5 della legge n. 225 del 1992 e 107 del d.lgs. n. 112 del 1998 sono espressive di un principio fondamentale della materia della protezione civile, sicché deve ritenersi che esse delimitino il potere normativo regionale, anche sotto il nuovo regime di competenze legislative delineato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3"<sup>29</sup>;

che lo Stato è, dunque, "legittimato a regolamentare – in considerazione della peculiare connotazione che assumono i "principi fondamentali" quando sussistono ragioni di urgenza che giustificano l'intervento unitario del legislatore statale – gli eventi di natura straordinaria di cui all'art. 2, comma 1, lettera c), della stessa legge n. 225 del 1992, anche mediante l'adozione di specifiche ordinanze autorizzate a derogare, in presenza di determinati presupposti, alle stesse norme primarie"<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Sentenza n. 82 del 2006; v. anche sentenza n. 327 del 2003.

<sup>30</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 284/2006. Continua la Corte affermando che "Lo Stato rinviene, altresì, un ulteriore titolo a legiferare in ragione della propria competenza legislativa in materia di "tutela dell'ambiente", nel cui ambito si colloca il settore relativo alla gestione dei rifiuti (sentenze n. 161 e n. 62 del 2005; n. 312 e n. 96 del 2003). Questa Corte, ha, inoltre, più volte affermato che la "tutela dell'ambiente" si connette, tra l'altro, «in modo quasi naturale con la competenza regionale concorrente della "protezione civile"» (sentenza n. 32 del 2006; v. anche sentenze n. 214 e n. 135 del 2005; n. 407 del 2002).

3.2.— Per quanto concerne, in particolare, la dedotta violazione dei suddetti principi fondamentali, va osservato che con le impugnate disposizioni il legislatore regionale, pur essendo ancora in atto la situazione di emergenza, ha adottato una normativa destinata ad incidere sugli effetti prodotti dalle ordinanze emanate dal Commissario delegato, disponendo la sospensione della realizzazione degli impianti ritenuti dal Governo necessari per fronteggiare la situazione di crisi ambientale derivante dalle deficienze strutturali del sistema di smaltimento dei rifiuti.

La Regione – derogando, in tal modo, a quanto previsto dalle predette ordinanze, della cui legittimità amministrativa in questa sede si prescinde – ha violato i principi fondamentali posti dall'art. 5 della legge n. 225 del 1992, con cui è stato autorizzato in via provvisoria l'esercizio dei predetti poteri di ordinanza.

Né vale rilevare, come sostiene la difesa regionale, che «la Regione è intervenuta non già per porre nel nulla un intervento disposto dal Commissario (quello per l'impianto di Reggio Calabria), ma semplicemente per sospenderne gli effetti fino all'adozione del piano regionale dei rifiuti». Deve, infatti, ribadirsi che, vigente la situazione di emergenza, le Regioni non hanno alcun potere "straordinario" o "derogatorio" della legislazione in vigore (cfr. sentenza n. 82 del 2006), né tantomeno sono legittimate a paralizzare gli effetti di provvedimenti specificamente indirizzati a fronteggiare una situazione di grave crisi ambientale ancora in atto.

E neppure può essere condivisa la tesi della Regione, illustrata nella memoria depositata il 5 giugno 2006, secondo la quale l'impugnata normativa regionale avrebbe lo scopo di «razionalizzare gli interventi (...) dopo oltre otto anni di gestione straordinaria della crisi legata allo smaltimento dei rifiuti per favorire il ritorno alle normali condizioni di vita nelle aree colpite da eventi calamitosi». In realtà, siffatta finalità di «ritorno alle normali condizioni di vita» ben poteva essere perseguita con l'approvazione del piano regionale di gestione dei rifiuti, e non

### **3. L'invalidità dell'ordinanza di necessità ed urgenza. Il sindacato di legittimità del potere e l'intervento giurisdizionale: recenti pronunce giurisdizionali in materia**

Va infine osservato che tra le diverse deroghe introdotte con le ordinanze de quibus, merita di segnalare le deroghe alla competenza territoriale. E' stata, infatti, introdotta, in via generale nel 2005 con il decreto legge n. 245, poi convertito in legge n. 21/2006 la competenza territoriale del Tar Lazio a giudicare della legittimità delle ordinanze di protezione civile adottate durante lo stato di emergenza, nonché sui consequenziali provvedimenti commissariali.

L'art. 2 bis della legge 27 gennaio 2006, n. 21

Al momento della conversione sono stati inseriti gli artt. 2 bis, ter e quater che prevedono quanto segue.

*Art. 2-bis. In tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di*

---

già mediante la sospensione autoritativa di atti emanati nell'esercizio di una competenza dello Stato legata alla sussistenza di situazioni straordinarie di emergenza.

3.3.— Quanto sopra osservato non significa, tuttavia, che l'emergenza possa giustificare «un sacrificio illimitato dell'autonomia regionale»: la salvaguardia delle attribuzioni legislative regionali viene garantita attraverso la configurazione di un potere di ordinanza, eccezionalmente autorizzato dal legislatore statale, ben definito nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio (sentenze n. 127 del 1995 e n. 418 del 1992).

La legge n. 225 del 1992, in relazione ai profili indicati, risponde a queste esigenze, circoscrivendo il predetto potere in modo da non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali, attraverso il riconoscimento della sussistenza di un nesso di adeguatezza e proporzione tra le misure adottate e la qualità e natura degli eventi, la previsione di adeguate forme di leale collaborazione e di concertazione nella fase di attuazione e organizzazione delle attività di protezione civile (art. 5, comma 4-bis, del decreto-legge n. 343 del 2001), nonché la fissazione di precisi limiti, di tempo e di contenuto, all'attività del Commissario delegato (sentenze n. 327 del 2003 e n. 127 del 1995).

Nel caso in cui le ordinanze emanate non dovessero rispettare i suddetti limiti sostanziali e procedurali, posti a presidio delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite, tali ordinanze, avendo natura di provvedimenti amministrativi soggetti ai normali controlli giurisdizionali (sentenze n. 4 del 1977, n. 26 del 1961 e n. 8 del 1956), possono essere contestate dalla Regione nelle competenti sedi giudiziarie ed eventualmente, ricorrendone i necessari presupposti, anche innanzi a questa Corte mediante ricorso per conflitto di attribuzione.

In conclusione, il legislatore regionale non può utilizzare, come è avvenuto nel caso di specie, la potestà legislativa per paralizzare – nel periodo di vigenza della situazione di emergenza ambientale – gli effetti di provvedimenti di necessità ed urgenza, non impugnati, emanati in attuazione delle riportate disposizioni di legge espressive di principi fondamentali.

4.— Alla luce delle considerazioni che precedono, le norme impuginate debbono essere dichiarate costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, con conseguente assorbimento delle rimanenti censure.

*misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma.*

*Art. 2-ter. Le questioni di cui al comma 2-bis sono rilevate d'ufficio. Davanti al giudice amministrativo il giudizio è definito con sentenza succintamente motivata ai sensi dell'articolo 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, trovando applicazione i commi 2 e seguenti dell'articolo 23-bis della stessa legge.*

*Art. 2-quater. Le norme di cui ai commi 2-bis e 2-ter si applicano anche ai processi in corso. L'efficacia delle misure cautelari adottate da un tribunale amministrativo diverso da quello di cui al comma 2-bis permane fino alla loro modifica o revoca da parte del tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma, cui la parte interessata può riproporre il ricorso".*

Sebbene tali norme siano state inserite in una legge recante misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania, il tenore testuale delle disposizioni induce a far ritenere tuttavia che le stesse non si applichino solo ai provvedimenti relativi all'emergenza rifiuti in Campania.

Emerge da queste disposizioni che il TAR Lazio, sede di Roma, ha una competenza funzionale, inderogabile ed esclusiva, su tutte le ordinanze ex lege 225/1992 emanate ai sensi dell'art. 5 comma 1 (e, quindi, per quelle situazioni che rientrano nelle ipotesi di cui all'art. 2, lett. c)) nonché ai provvedimenti consequenziali adottati dai Commissari; che tale competenza è rilevabile anche di ufficio; che il giudizio si svolge nelle forme accelerate di cui all'art. 26 della legge Tar e ai commi 2 ss. dell'art. 23 bis della stessa legge.<sup>31</sup>

Tali disposizioni sono immediatamente applicabili ai giudizi in corso e si estendono anche alle misure cautelari. L'efficacia delle misure cautelari adottate

---

<sup>31</sup> L'art. 26 legge Tar, ora abrogato dal d.lgs. 104/2010 prevedeva che Il tribunale amministrativo regionale, ove ritenga irricevibile o inammissibile il ricorso, lo dichiara con sentenza; se riconosce che il ricorso e' infondato, lo rigetta con sentenza. Se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l'atto impugnato, e, quando e' investito di giurisdizione di merito, può anche riformare l'atto o sostituirlo, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa. Il tribunale amministrativo regionale nella materia relativa a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito può condannare l'amministrazione al pagamento delle somme, di cui risulti debitrice.

da un Tribunale diverso è conservata fino alla loro modifica o revoca da parte del Tar Lazio, che può essere adito con apposito ricorso.<sup>32</sup>

Interessante è osservare l'applicazione che è stata fatta di queste norme dai Tribunali amministrativi. Il Tar Campania, Salerno<sup>33</sup>, ad es. ha stabilito che per dichiarare la propria incompetenza territoriale non possono utilizzarsi i meccanismi ordinari, dovendosi piuttosto in tali casi dichiararsi la improcedibilità, impregiudicata restando la facoltà per la parte interessata di riproporre ricorso davanti al giudice territorialmente competente. E' evidente inoltre che una tale soluzione ermeneutica non può pregiudicare i principi di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale per cui devono essere sempre preferite quelle soluzioni che consentano di pervenire alla salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda.<sup>34</sup>

Altri Tribunali hanno osservato come tale disciplina processuale non sia applichi solo in caso di impugnazione di ordinanze extra ordinem posto che quello che rileva è che tali ordinanze siano adottate sul presupposto di un deliberato e dichiarato stato di emergenza, giusto il rinvio all'art. 5 comma 1 L. 225/1992. In effetti il secondo comma dell'art. 5 in questione stabilisce che per l'attuazione degli interventi di emergenza conseguenti a tale dichiarazione si provvede *anche* a mezzo di ordinanze derogatorie sicché, come è stato già ampiamente sottolineato, le ordinanze derogatorie sono solo uno dei provvedimenti che possono essere adottati in tale quadro emergenziale. Questo implica, allora, che la deroga alle regole stabilite in via ordinaria per determinare la competenza troverà applicazione non solo in caso di ordinanze derogatorie ma altresì in caso di ordinanze finalizzate ad evitare situazioni di pericolo o maggiori danni a persone o a cose" (art. 5, co. 3, L. 225/1992).<sup>35</sup>

Non sono mancate tuttavia, interpretazioni più ristrette secondo le quali la competenza funzionale del Tar Lazio riguarderebbe solamente le ordinanze della protezione civile che siano derogatorie della legislazione ordinaria.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Si deve notare la differenza rispetto alla legge del 2003 n. 280, di conversione del d.l. 220/2003, che con riferimento alle misure cautelari affermava che quelle adottate da un tribunale amministrativo diverso da quello di Roma avrebbe dovuto considerarsi sospese fino alla conferma, modifica o revoca da parte del Tar Lazio cui la parte può proporre ricorso.

<sup>33</sup> Sentenza n. 84/2006

<sup>34</sup> Corte Cost. sentenza n. 77/2007.

<sup>35</sup> Tar Puglia, Lecce, sez. I, 22/02/2007, n. 614

<sup>36</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23/05/2006, n. 1230. Per una lettura restrittiva sempre il Tar Lombardia, 5/12/2006, n. 2867 afferma che con riferimento ai consequenziali atti adottati dai



Le citate disposizioni introdotte dalla legge n. 21/2006 sono state oggetto di molteplici ordinanze di rimessione sulle quali si è pronunciata la Corte Costituzionale.

In particolare la Corte nella sentenza 237/2007<sup>37</sup> ha dichiarato che non sono fondate, in riferimento all'art. 25 comma 1 cost., le q.l.c. dell'art. 3 commi 2 bis, 2 ter e 2 quater d.l. 30 novembre 2005 n. 245, conv., con modificazioni, in l. 27 gennaio 2006 n. 21, secondo cui, nelle situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5 comma 1 l. 24 febbraio 1992 n. 225, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al Tar del Lazio, con sede in Roma (comma 2 bis), la declaratoria del difetto di competenza deve essere adottata, anche "d'ufficio", con "sentenza succintamente motivata" ex art. 26 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (comma 2 ter), e anche nei procedimenti in corso (comma 2 quater). Deve infatti escludersi che siano in contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge, gli interventi legislativi modificativi della competenza aventi incidenza anche sui processi in corso.<sup>38</sup>

---

commissari delegati la deroga della competenza a favore del Tar Lazio si giustifica solo se vi sia contestazione anche delle ordinanze emergenziali. In caso diverso devono seguirsi le regole ordinarie.

<sup>37</sup> *Foro amm. CDS* 2007, 6, 1721

<sup>38</sup> In altra sentenza *Foro amm. CDS* 2007, 6, 1738 la Corte Costituzionale ha affermato che Non è fondata, in riferimento all'art. 90 dello statuto speciale per il Trentino Alto Adige, e all'art. 3 commi 1 e 4 d.P.R. 6 aprile 1984 n. 426, la q.l.c. dell'art. 3 comma 2 bis d.l. 30 novembre 2005 n. 245, conv., con modificazioni, in l. 27 gennaio 2006 n. 21, secondo cui, nelle situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5 comma 1, l. 24 febbraio 1992 n. 225, la competenza di primo grado a conoscere della legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al Tar del Lazio, con sede in Roma. Premesso che la ricorrente provincia autonoma di Trento è legittimata ad evocare quale parametro costituzionale qualsiasi norma dello statuto di autonomia e che, nella specie, non ha rivendicato alcuna competenza legislativa, né ha evidenziato l'esistenza di una qualche lesione della sua potestà legislativa in ordine alla organizzazione del locale tribunale regionale di giustizia amministrativa, o di altre sue competenze, e premesso che gli art. 90 e 91 dello statuto della regione Trentino Alto Adige e l'art. 3 della relativa disciplina di attuazione svolgono esclusivamente la funzione di regolare "l'assetto organizzativo" del tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento e della sezione autonoma di Bolzano, facendone oggetto di "una competenza riservata e separata" della provincia, la competenza del tribunale regionale amministrativo con sede in Trento non risulta violata dalla norma censurata, non incidendo questa sui suddetti profili di organizzazione di quel tribunale, e segnatamente sul potere, spettante alla provincia autonoma, di designazione di due dei suoi giudici, regolando, invece, i criteri generali di individuazione della competenza territoriale degli organi decentrati di giustizia amministrativa.

Tale norma, come già rilevato, stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale che ha ritenuto che tale deroga rientri nell'ambito del legittimo e ragionevole esercizio della discrezionalità del legislatore.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> In particolare il giudizio ha avuto ad oggetto nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*, del decreto-legge 30 novembre 2005, n. 245 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania). Continua la Corte ritenendo che «È, dunque, nel peculiare regime che connota le situazioni di emergenza – e particolarmente quelle di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 2 della legge n. 225 del 1992 – che deve essere, in definitiva, ricercata la *ratio* che ispira la disciplina processuale in esame.

Se è vero, infatti, che costituisce una precipua competenza del Governo – come ribadito da questa Corte nella sentenza n. 284 del 2006 – quella di «disciplinare gli eventi di natura straordinaria di cui al citato art. 2, comma 1, lettera c)» (tale competenza sostanziandosi, propriamente, nel potere del Governo di deliberare e revocare lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi), decisiva appare la constatazione «che tali funzioni hanno rilievo nazionale, data la sussistenza di esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione».

Analogo rilievo, pertanto, contraddistingue anche i provvedimenti attraverso i quali le gestioni commissariali – data la già rilevata loro natura di *longa manus* del Governo – pongono in essere le misure idonee a fronteggiare le situazioni di emergenza, sicché è proprio il carattere ultraregionale delle stesse – indipendentemente dal rispettivo ambito geografico d'incidenza – a giustificare la concentrazione del relativo contenzioso presso il Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

Alla luce delle considerazioni che precedono deve, quindi, ritenersi che ci si trovi, nella specie, di fronte ad un esercizio non manifestamente irragionevole della discrezionalità legislativa, ciò che esclude la possibilità di ravvisare la paventata violazione dell'art. 3 della Costituzione.

5.3.2.- Questa conclusione deve essere viepiù confermata anche in relazione alla censura specificamente sollevata dal Tribunale amministrativo regionale del Veneto, in riferimento alla scelta del legislatore di richiamare il peculiare regime processuale di cui agli artt. 23-*bis* e 26 della legge n. 1034 del 1971.

A prescindere, difatti, dalla circostanza – che potrebbe rilevare sotto il profilo del difetto di ammissibilità, *in parte qua*, della sollevata questione – che è dubbio se entrambe le norme sopra indicate trovino effettivamente applicazione sia nel processo radicatosi innanzi al giudice territorialmente incompetente, sia in quello destinato ad incardinarsi innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, deve ribadirsi come la previsione di forme celeri per la definizione delle controversie amministrative non possa considerarsi, di per sé, costituzionalmente illegittima, alla luce delle peculiarità che connotano le fattispecie in esame.

Questa Corte, difatti, in passato ha affermato – con riferimento a norme relative alla riduzione dei termini – che «l'ordinamento già conosce numerose leggi che, avvertendo l'esigenza di una rapida definizione del giudizio, in particolari e delicate materie, e di tempestiva salvaguardia dei relativi interessi (individuali e collettivi) coinvolti, [...] prevedono la riduzione a metà di tutti i termini processuali», ed ha, pertanto, ritenuto che una scelta legislativa siffatta – come, più in generale, tutte quelle a favore di modalità celeri di definizione del giudizio amministrativo – non siano incompatibili con il dettato costituzionale quando, come nella specie, venga assicurato il «rispetto di alcuni valori processuali, tra cui, in primo luogo, l'integrità del contraddittorio e la completezza e sufficienza del quadro probatorio ai fini della sentenza da adottare» (sentenza n. 427 del 1999).

5.4.- Del pari non fondata è la censura di violazione dell'art. 125 Cost.

Giova, in proposito, ribadire che «l'attribuzione della competenza al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, anziché ai diversi Tribunali amministrativi regionali dislocati su tutto il territorio nazionale, non altera il sistema di giustizia amministrativa», e dunque non viola l'art. 125 Cost. (sentenza n. 189 del 1992); ciò in special modo quando esistono ragioni idonee a giustificare la deroga agli ordinari criteri di ripartizione della competenza tra gli organi di primo grado della giustizia amministrativa.

6.- Non fondate sono anche le questioni di costituzionalità – relative ancora alla disciplina a regime, introdotta dai predetti commi 2-*bis* e 2-*ter* del censurato art. 3 – sollevate con riferimento agli artt. 24, 111 e 113 Cost.

---

Le censure a tal riguardo prospettate dai rimettenti tendono a sottolineare, rispettivamente, l'aggravio organizzativo e di costi, a carico dei soggetti ricorrenti, che deriverebbe dalla necessità per essi di adire unicamente il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, ovvero l'influenza negativa (o addirittura il *vulnus* al principio del giusto processo, conseguente alla creazione di una sorta di gerarchia tra quello del Lazio e gli altri tribunali amministrativi regionali) che la scelta compiuta dal legislatore, di disporre la concentrazione di tutte le controversie *de quibus* presso lo stesso giudice, eserciterebbe sui tempi dei processi, ed infine la introduzione di una (peraltro non meglio precisata) «differenziazione limitativa del regime ordinario di impugnabilità degli atti» della pubblica amministrazione.

A parte, infatti, il rilievo – che vale segnatamente per le doglianze formulate con riferimento all'art. 111 Cost. (in particolare laddove si lamenta, nella sostanza, la violazione di un preteso principio di pari dignità dei tribunali amministrativi regionali) – che tali censure non sono dotate di una propria autonomia rispetto all'ipotizzata violazione dell'art. 125 della Carta fondamentale, decisiva è la constatazione che nessuno dei lamentati inconvenienti costituisce un «grave ostacolo» (sentenza n. 50 del 2006) al conseguimento della tutela giurisdizionale.

Ciò in quanto, nella specie, non ricorre quella condizione di «sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione» (così, da ultimo, la sentenza n. 266 del 2006), che è suscettibile di integrare la violazione del citato parametro costituzionale. Né, d'altra parte, in senso contrario può richiamarsi – come fanno, invece, il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, sezione staccata di Catania (r.o. n. 293 del 2006), ed il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (r.o. n. 336 del 2006) – la sentenza n. 123 del 1987. Essa, difatti, ha ritenuto in contrasto con «il diritto del cittadino ad ottenere una decisione di merito senza onerose reiterazioni» – e dunque con l'evocato parametro costituzionale – la scelta del legislatore di prevedere un'ipotesi di estinzione *ope legis* di procedimenti giurisdizionali pendenti, mentre nel caso in esame viene in rilievo soltanto un'ipotesi di *translatio iudicii*.

La concentrazione presso il Tribunale amministrativo regionale del Lazio del contenzioso *de quo* neppure ha l'effetto di rendere «oltremodo difficoltosa» la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, evenienza che potrebbe dar luogo al contrasto con l'art. 113 Cost. (ordinanza n. 382 e n. 213 del 2005), in quanto si tratta di una norma il cui disposto, oltretutto, «interpretato nel suo complesso», non implica affatto che esso «intenda assicurare in ogni caso contro l'atto amministrativo una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile, essendo invece rimesso al legislatore ordinario, per l'esplicito disposto del terzo comma, di regolare i modi e l'efficacia di detta tutela» (sentenza n. 100 del 1987). Affermazione, quest'ultima, che può valere anche per i giudizi *a quibus*, se si considera che allora essa è stata posta a fondamento, non già di un semplice mutamento nella disciplina della competenza a giudicare provvedimenti adottati in situazioni di emergenza (ciò di cui si discute ora), ma addirittura della previsione di limitazioni allo stesso sindacato giurisdizionale.

7.- Quanto, poi, alla censura formulata con riferimento all'art. 23 dello statuto della Regione Siciliana, basata sull'assunto che anche l'impugnativa dei «provvedimenti adottati da organi dello Stato centrale, nelle situazioni di emergenza» rientra tra quegli «affari concernenti la Regione» che, ai sensi della predetta disposizione statutaria, sono devoluti, in sede di appello, alla competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, anch'essa si presenta non fondata.

Questa Corte ha già affermato in passato che «l'attribuzione della competenza al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, anziché ai diversi Tribunali amministrativi regionali dislocati su tutto il territorio nazionale», non viola l'art. 23 dello statuto siciliano, giacché esso «stabilisce soltanto che gli organi giurisdizionali centrali debbano avere in Sicilia le sezioni per gli affari concernenti la regione: norma in esecuzione della quale è stato a suo tempo istituito il Consiglio di Giustizia Amministrativa» (sentenza n. 189 del 1992).

Sebbene, dunque, tale norma statutaria rifletta «un'aspirazione viva, e comunque saldamente radicata nella storia della Sicilia, ad ottenere forme di decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali» (sentenza n. 316 del 2004), essa – anche in ragione del suo riferimento ad una nozione in definitiva elastica («affari concernenti la Regione»), non facendo leva sull'efficacia territorialmente circoscritta del provvedimento impugnato – esprime una scelta di organizzazione processuale rispetto alla quale non è necessariamente incompatibile la previsione, come nella specie, di concentrare presso un unico giudice controversie pur sempre connotate da specifici profili d'interesse generale, giacché traggono origine dall'esercizio di un potere – quello emergenziale – il cui «carattere eccezionale» – come già sopra evidenziato – è

---

stato a più riprese sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 127 del 1995, n. 201 del 1987, n. 4 del 1977, n. 26 del 1961 e n. 8 del 1956).

8.- Neppure fondata è la questione sollevata con riferimento all'applicazione in via transitoria (comma *2-quater*) della disciplina recata dai predetti commi *2-bis* e *2-ter* dell'art. 3, in relazione all'art. 25, primo comma, Cost.

Se è vero, infatti, che alla nozione di giudice naturale – la quale, contrariamente a quanto assume il Tribunale amministrativo regionale della Campania (r.o. n. 43 del 2007), «corrisponde a quella di “giudice precostituito per legge”» (sentenza n. 460 del 1994; nello stesso senso, sentenze n. 72 del 1976 e n. 29 del 1958) – non è affatto estranea «la ripartizione della competenza territoriale tra giudici, dettata da normativa nel tempo anteriore alla istituzione del giudizio» (da ultimo, sentenza n. 41 del 2006), deve notarsi che la giurisprudenza costituzionale – diversamente da quanto ipotizzano i rimettenti – non reputa necessariamente in contrasto con l'art. 25, primo comma, Cost. gli interventi legislativi modificativi della competenza aventi incidenza anche sui processi in corso.

Ha affermato, difatti, questa Corte che il principio costituzionale del giudice naturale «viene rispettato» allorché «la legge, sia pure con effetto anche sui processi in corso, modifica in generale i presupposti o i criteri in base ai quali deve essere individuato il giudice competente: in questo caso, infatti, lo spostamento della competenza dall'uno all'altro ufficio giudiziario non avviene in conseguenza di una deroga alla disciplina generale, che sia adottata in vista di una determinata o di determinate controversie, ma per effetto di un nuovo ordinamento – e, dunque, della designazione di un nuovo giudice “naturale” – che il legislatore, nell'esercizio del suo insindacabile potere di merito, sostituisce a quello vigente» (sentenza n. 56 del 1967; nello stesso senso, sentenze n. 207 del 1987 e n. 72 del 1976).

9.- Restano da esaminare le questioni di costituzionalità sollevate, in via gradata, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (r.o. n. 266 del 2006) prima con riferimento a parte del comma *2-bis* e poi al solo comma *2-quater* del censurato art. 3.

9.1.- In particolare, il rimettente, subordinatamente a quanto dedotto in via principale in ordine alla denunciata illegittimità costituzionale del comma *2-bis* nel suo complesso, assume che lo stesso sarebbe comunque costituzionalmente illegittimo limitatamente alla parte in cui sottrae alla competenza dei Tribunali amministrativi regionali locali l'impugnativa dei «conseguenziali provvedimenti commissariali».

La violazione degli artt. 3, 24 e 125 Cost., nonché dell'art. 23 dello statuto di autonomia è dedotta sotto il profilo secondo cui, ipotizzandosi il caso – quale è quello, in effetti, oggetto del giudizio *a quo* – in cui il giudice amministrativo risulti investito dell'impugnativa dei «soli provvedimenti attuativi commissariali», allorché gli stessi presentino «carattere (soggettivo e oggettivo) esclusivamente locale», e dunque un'efficacia territorialmente circoscritta alla sola Regione, non ricorrerebbe alcun nesso logico tra la controversia e la competenza esclusiva del Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

9.2.- A ciò è da aggiungere che, in via ulteriormente subordinata, è dedotta l'illegittimità costituzionale – per contrasto con gli artt. 24 e 25 Cost. – del solo comma *2-quater*, sul presupposto che l'estensione della nuova disciplina anche ai «processi in corso» si ponga in contrasto sia con il principio del giudice naturale precostituito per legge, sia con «il principio della difesa», che implica «il diritto del cittadino ad ottenere una decisione di merito senza onerose reiterazioni». Nella specie, invece, si assiste – secondo la prospettazione del rimettente – ad una estinzione del giudizio originariamente incardinato, con la necessità della riproposizione del ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, «al quale vanno altresì presentate eventuali istanze di revoca o modifica delle misure cautelari in precedenza disposte».

La suddetta censura si riallaccia a quelle sollevate anche da altri giudici rimettenti, ora evocando il medesimo parametro di cui all'art. 25, primo comma, Cost. (è il caso del Tribunale amministrativo regionale palermitano), ora facendo riferimento, invece, al principio del giusto processo, *ex art.* 111 Cost. (secondo la prospettazione seguita dalla sezione catanese di quello stesso Tribunale), ovvero denunciando – come fa il rimettente veneziano – il presunto difetto di ragionevolezza del predetto comma *2-quater*, giacché grazie ad esso il Tribunale amministrativo regionale del Lazio «non assume soltanto una nuova competenza funzionale esclusiva di primo grado, ma sembra configurarsi anche come vero e proprio giudice di appello sulle decisioni cautelari di un tribunale periferico, potendo “modificare” o “revocare” le misure cautelari da questo concesse».

10.- Nessuna di tali ulteriori questioni è fondata.

Con riferimento, invece, al riparto di giurisdizione, deve rilevarsi che L'art. 4 del d.l. 230 maggio 2008, n. 90, convertito con modificazioni nella legge 14 luglio 2008, n. 123 che detta misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania stabilisce, in relazione alla tutela giurisdizionale, che "*ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 3 del decreto legge 30 novembre 2005, n. 245, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 gennaio 2006, n. 245, con le risorse umane e strumentali previste a legislazione vigente, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di*

---

10.1.- Quanto, infatti, alla pretesa – cui mira la richiesta declaratoria di illegittimità costituzionale *in parte qua* del predetto comma 2-bis – di sottrarre alla competenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio l'impugnativa dei provvedimenti consequenziali adottati dal commissario, risulta evidente come la scelta compiuta dal legislatore di accomunare tali atti alle ordinanze che ne costituiscono il presupposto risponda alla (già segnalata) non irragionevole esigenza di assicurare – per i motivi in precedenza esposti – la concentrazione presso lo stesso giudice di tutte le controversie che investano le modalità di esercizio dei poteri emergenziali, e ciò indipendentemente dall'ambito territoriale di efficacia, più o meno delimitato, dei provvedimenti che ne sono estrinsecazione.

10.2.- In relazione, infine, alla censura che investe la sola disciplina transitoria, prevista dal comma 2-quater, debbono innanzitutto richiamarsi le considerazioni, già innanzi svolte, tese ad evidenziare come il previsto meccanismo di *translatio iudicii* non rappresenti, né comporti, un «grave ostacolo» all'esercizio del diritto di difesa, né determini la designazione del giudice compiuta *a posteriori* «in relazione ad una determinata controversia»; deve, quindi, escludersi la violazione degli artt. 24 e 25, primo comma, Cost.

Neanche, d'altra parte, può ipotizzarsi il contrasto con tali parametri costituzionali – ovvero con gli artt. 3 e 111 Cost., come assumono, rispettivamente, i Tribunali veneziano e catanese – in ragione del fatto che il Tribunale amministrativo regionale del Lazio sarebbe necessariamente chiamato a decidere – donde la prospettata duplicazione di attività processuali – in ordine alla «revoca o modifica delle misure cautelari in precedenza disposte».

Tale interpretazione, difatti, non trova conforto nello stesso tenore letterale della norma.

Difatti, giova sottolineare che, ai sensi del censurato comma 2-quater, l'efficacia delle misure cautelari adottate da un tribunale amministrativo diverso da quello di cui al comma 2-bis permane fino alla loro modifica o revoca da parte del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con sede in Roma, cui la parte interessata può riproporre il ricorso.

Il giudice rimettente avrebbe dovuto valutare la possibilità di interpretare la norma in conformità con quanto previsto dall'art. 21, tredicesimo comma, della legge n. 1034 del 1971; nel senso cioè che l'efficacia del provvedimento cautelare adottato dal Tribunale locale sia destinata a venire meno, in tutto o in parte, non in forza di una revisione da compiersi necessariamente da parte del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, il quale in tal modo assumerebbe una anomala funzione di giudice di secondo grado rispetto a provvedimenti emessi da un organo giurisdizionale equiordinato, bensì in forza di una decisione da prendere sulla base degli ordinari presupposti previsti dall'ordinamento del processo amministrativo per la modificazione o revoca di precedenti misure cautelari già concesse.

Sotto questo profilo, pertanto, la norma – che, in definitiva, ribadisce una regola già presente nel sistema – si giustifica in ragione dell'esigenza di chiarire che se, ordinariamente, il giudice abilitato a revocare o modificare il provvedimento cautelare è quello che lo ha adottato, nei casi oggetto dei giudizi *a quibus* – attesa la sopravvenuta declaratoria di incompetenza da parte dei Tribunali inizialmente aditi – tale potestà decisoria non può che essere esercitata dal giudice divenuto successivamente competente.

*gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'Amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati. La giurisdizione di cui sopra si intende estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati”.*

Va rilevato che un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione non potrebbe che far ritenere, in coerenza con i principi espressi dalle note sentenze della Corte Costituzionale 204/2004 e 191/2006, che la norma attenga a situazioni che postulano l'esercizio di un potere pubblico.

In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa<sup>40</sup> la quale ha affermato che la giurisdizione del giudice amministrativo sia da escludere ogniqualvolta la controversia, o la singola censura, afferisca ai rapporti obbligatori derivanti da pattuizioni di tipo negoziale intervenute tra le parti per regolamentare la gestione dei rifiuti e, quindi, riguardi l'an o il quantum della pretesa patrimoniale, atteso che in tal caso la fattispecie, di tipo meramente privatistico, esula completamente dal possibile esercizio di un potere autoritativo (58). Le controversie totalmente estranee all'esercizio del potere pubblico di gestione in materia di rifiuti non potrebbero così essere sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario, ancorché la fonte del rapporto obbligatorio in contestazione sia volto a disciplinare, anche da un punto di vista patrimoniale, la gestione dei rifiuti.

Rimarrebbero, invece, devolute alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie che attengono alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, comprese quelle attinenti all'impugnazione dell'ordinanza sindacale di ripristino dello stato dei luoghi ai sensi dell'articolo 192 del D.Lgs. 152/2006.

---

<sup>40</sup> T.A.R., Lazio, Roma, Sez. I, 1 aprile 2009, n. 3482, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Nella fattispecie sottoposta all'esame del Collegio, il Comune ricorrente aveva contestato gli atti con cui l'Amministrazione statale aveva operato una trattenuta sui trasferimenti erariali a fronte di un debito per il servizio di smaltimento rifiuti previamente accertato, deducendo che si sarebbe invece dovuto procedere ad una compensazione legale tra detto debito ed il credito vantato a titolo di ristoro ambientale. Il Collegio qualifica la domanda proposta come richiesta di accertamento del diritto soggettivo alla compensazione legale delle obbligazioni patrimoniali derivanti dal servizio di gestione dei rifiuti con il credito complessivamente vantato per ristoro ambientale, dichiarando così il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione. Conforme, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 18 febbraio 2009, nn. 1653 e 1655, in *www.ambientediritto.it*. Sostanzialmente nello stesso senso, cfr. altresì Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 30 settembre 2008, n. 5260, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Sull'art. 4 del D.L. 90/2008 si è pronunciata la Corte Costituzionale che ha dichiarato infondata la relativa questione di legittimità sollevata. La Corte Costituzionale nella sentenza n. 35/2010<sup>41</sup>, ha precisato i limiti costituzionali che il legislatore ordinario incontra (in particolare, alla luce

---

<sup>41</sup> Non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. 23 maggio 2008, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123, impugnato, in riferimento all'art. 103, primo comma, Cost., in quanto devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche relative a diritti costituzionalmente tutelati, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei oggetti alla stessa equiparati. Premesso che la giurisprudenza della Corte ha chiaramente definito i confini della giurisdizione amministrativa esclusiva, esigendo, ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla detta giurisdizione, che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse; che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di "blocchi di materie", ma di materie determinate; e che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio; la disposizione impugnata, ove interpretata alla luce delle indicate condizioni prescritte dalla giurisprudenza costituzionale, non viola l'art. 103, primo comma, Cost. Infatti, il legislatore, nell'attribuire alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, ha, innanzitutto, individuato una "particolare" materia, rappresentata appunto dalla "gestione dei rifiuti", ed ha considerato l'attività amministrativa preordinata all'organizzazione o all'erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti. Inoltre, l'espresso riferimento normativo ai comportamenti della pubblica amministrazione deve essere inteso nel senso che quelli che rilevano, ai fini del riparto della giurisdizione, sono soltanto i comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di un'attività autoritativa. Nella specie, venendo in rilievo questioni meramente patrimoniali connesse al mancato adempimento da parte dell'amministrazione di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, i comportamenti posti in essere dall'amministrazione stessa non sono ricompresi nell'ambito di applicazione della norma impugnata e rientrano, invece, nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, correttamente adita. Per l'affermazione che l'art. 103, primo comma, Cost., pur non avendo conferito al legislatore ordinario un'assoluta e incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, gli ha riconosciuto il potere di indicare "particolari materie" nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi, v. le citate sentenze n. 204/2004, n. 191/2006 e n. 140/2007. Nel senso che la cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, possa avere ad oggetto, nel necessario concorso degli altri requisiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale, anche soltanto diritti soggettivi

dell'articolo 103.1 Cost.) nel prevedere nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'articolo 4 del decreto legge 90/2008, nella parte in cui ha introdotto un'ipotesi di giurisdizione esclusiva in materia di controversie relative alla esecuzione di contratti di appalti pubblici per la gestione dei rifiuti nella Regione Campania .

Le argomentazioni che sorreggono il decisum del Giudice delle Leggi paiono corroborare le riflessioni svolte sopra sulla cognizione del giudice amministrativo in relazione alle controversie sulla gestione dei rifiuti.

Interpretando la norma impugnata, la Consulta ha rilevato come il legislatore, nell'attribuire al g.a. la giurisdizione esclusiva sulle controversie attinenti alla complessa azione di gestione dei rifiuti, abbia, innanzitutto, individuato una particolare materia, rappresentata appunto dalla gestione dei rifiuti.

Inoltre, il riferimento ai comportamenti, deve essere inteso nel senso che quelli che rilevano, ai fini del riparto della giurisdizione, sono soltanto i comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'Amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa.

L'espressione azione di gestione dei rifiuti va logicamente intesa nel senso che l'attività della Pubblica amministrazione deve essere preordinata alla organizzazione o alla erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti.

Ne consegue che nelle controversie in cui vengano in rilievo questioni meramente patrimoniali, connesse al mancato adempimento da parte dell'Amministrazione di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, i comportamenti posti in essere dall'Amministrazione stessa non sono compresi nell'ambito di applicazione della norma, come sopra interpretata, e rientrano, invece, nella giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Cfr. V. CINGANO, *I presupposti applicativi per l'adozione dell'ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti abbandonati e per il ripristino dello stato dei luoghi, ai sensi dell'articolo 192 del decreto legislativo n. 152 del 2006*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2010, 3-4. 465 ss.



Quanto stabilito prima nel D.L. 245/2005 e poi nel D.L. 90/2008 è stato ribadito nel nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), in cui è stato previsto all'art. 133 lett. p.), che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, salvo ulteriori disposizioni di legge "le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225 e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati". E' evidente che con lo stabilire la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche quando l'ordinanza *ex lege* 225/1992 violi diritti costituzionalmente tutelati ovvero anche nelle ipotesi in cui la P.A. ponga in essere non atti ma comportamenti, significa che la giurisdizione del giudice ordinario residua solo nelle invero limitate ipotesi di atti posti in essere in carenza assoluta di potere.

A chi spetterà a questo punto la competenza territoriale?

Poiché la legge 21/2006, di conversione del d.l. 245/2005, è tuttora vigente deve rilevarsi che sarà comunque competente il Tar Lazio se la gestione dei rifiuti avvenga attraverso il ricorso alle ordinanze *ex lege* 225/1992 emanate in una dichiarata situazione di emergenza. In caso diverso si applicheranno gli ordinari criteri di individuazione della competenza territoriale.

Va in effetti rilevato come essendo la disposizione contenuta nella legge 21/2006 norma eccezionale essa andrà applicata in modo rigoroso per i soli casi stabiliti senza poter fare alcun ricorso ad interpretazioni analogiche.

#### **4.La violazione delle Direttive comunitarie in materia di gestione dei rifiuti.**

La rilevanza per l'Unione europea della questione rifiuti nella Regione Campania si può far risalire alla decisione della Commissione europea del 27 giugno 2007, che ha messo in mora la Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 226 d Trattato CE. La decisione è stata il primo atto della procedura di infrazione n. 2007/219516, con la quale la Commissione europea ha chiesto spiegazioni

sulla mancanza di raccolta di rifiuti nella Regione per un certo periodo di tempo, le aveva determinato la chiusura delle scuole per motivi di salute che aveva indotto gli abitanti a dare fuoco ai sacchi di rifiuti accumulati per le strade. Tali circostanze si ponevano in contrasto con quanto previsto dagli artt. 4 e 5 della direttiva-2006/12/CE del parlamento europeo e del Consiglio relativa ai rifiuti.<sup>43</sup>

L'art. 4 di questa direttiva stabilisce che gli Stati membri, adottino le misure necessarie per assicurare che i rifiuti vengano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente.

L'art. 5 della direttiva 2006/12/CE, gli Stati membri, di concerto con gli altri Stati membri qualora ciò risulti necessario od opportuno, adottano le misure appropriate per la creazione di una rete integrata ed adeguata di impianti di smaltimento. Questa rete deve consentire alla comunità nel suo insieme di raggiungere l'autosufficienza in materia di smaltimento dei rifiuti e ai singoli Stati membri di mirare al conseguimento di tale obiettivo.

La Commissione ha contestato, nella Regione Campania, l'adeguatezza del sistema di smaltimento dei rifiuti e i relativi impianti e che tale inadeguatezza sia fonte di gravi problemi.

Ciò che la Commissione contesta, e che determina, quale effetto direttamente connesso, tutti i problemi sopra riportati, è l'assenza di un'adeguata rete integrata di impianti per lo smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania, che, sulla base di un piano strutturale, elimini in radice la situazione di continua emergenza. Non è sembrato idoneo a risolvere i suddetti problemi quanto contenuto nel decreto-legge 11 maggio 2007, n. 61, poi convertito nella legge 5 luglio 2007, n. 87, che, prevedeva la sola apertura di quattro nuovi siti adibiti a discarica, e cioè quelli di Serre, di Savignano Irpino, di Terzigno e di Sant'Arcangelo Trimonte.

A fronte delle censure della Commissione che ha considerato condizione imprescindibile per avere un efficace sistema di gestione di rifiuti l'adozione

---

<sup>43</sup> Le direttive costituiscono la codificazione della direttiva 75/442/CEE del Consiglio, del luglio 1975, relativa ai rifiuti, che era stata modificata più volte in maniera sostanziale. La codificazione consiste nell' adottare un atto giuridico nuovo, da pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale (Serie L), che integra ed abroga gli atti oggetto della codificazione, senza cambiarne la sostanza.

di un nuovo piano di gestione dei rifiuti, è stato adottato il piano di gestione dei rifiuti con ordinanza del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti, n. 500 del 30/12/2007. Nonostante l'adozione del Piano, la Commissione ha proseguito la procedura di infrazione considerate la perdurante presenza di ingenti quantità degli stessi sulle strade, la mancata entrata in funzione degli inceneritori e di tutte le discariche previste nel decreto-legge n. 61 dell'11 maggio 2007.

## **5. Considerazioni finali**

Si può asserire all'esito del presente studio che in tutti gli ordinamenti che abbiano raggiunto una certa evoluzione è riscontrabile un "diritto dell'emergenza", per fronteggiare, con speciali modalità di azione e (quasi sempre) con apparati organizzatori diversi da quelli ordinari, eventi eccezionali (quali guerre, disordini, epidemie, calamità naturali e altro) che non possono essere efficacemente gestiti con i normali strumenti operativi.

Questo diritto dell'emergenza rappresenta una cultura istituzionale ormai egemone che tende a investire l'intero processo decisionale riguardando sia le scelte più impegnative sia quelle meno importanti. Una cultura, in parte alimentata da fattori interni alla stessa amministrazione (si pensi a tutte le inefficienze che ormai almeno in parte sono fisiologiche all'interno delle PP.AA.); in parte anche da fattori esterni. Tra questi ultimi si può considerare "la profonda incertezza che caratterizza la nostra epoca (definita non a caso «l'età dell'incertezza»), la quale - proprio perché priva di valori forti - finisce spesso per avallare soluzioni di basso profilo, ispirate unicamente alla logica del contingente o del mero accaparramento delle risorse"<sup>44</sup>.

Si deve notare, infatti, come il nostro sistema giuridico molto spesso utilizza impropriamente (e con esiti non sempre brillanti) gli istituti giuridici e la logica dell'emergenza per problemi che poco o nulla hanno a che fare con la vera emergenza ovvero per risolvere situazioni che hanno dell'emergenziale ora a causa delle cattive scelte politico-amministrative da parte degli organi

---

<sup>44</sup> F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, p. 763 ss.

decisionali ora a causa delle inefficienze interne al modus operandi e gerundi delle PP.AA.

Inoltre non può non rilevarsi come il ricorso massiccio al diritto dell'emergenza attraverso ordinanze in deroga possa sovrapporsi all'unico diritto dell'emergenza che trova fondamento nella nostra Carta Costituzionale, vale a dire il diritto dell'emergenza attraverso decreti legge<sup>45</sup>. Tale sovrapposizione non può negarsi che sia pericolosa soprattutto perché, come già si è sottolineato nel primo capitolo, la dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri si sottrae ad ogni controllo parlamentare, controllo che invece è ineliminabile nella decretazione di urgenza ex art. 77 Cost. In questo modo le scelte emergenziali si sottraggono ad ogni controllo, anche successivo, proprio della dialettica tra opposizione e maggioranza, con il rischio di adottare scelte importanti, in settori delicati, che non siano condivise.

Si consideri inoltre che molto spesso le ordinanze extra ordinem contengono anche disposizioni in deroga alla legge sulla contabilità di stato con l'effetto, pertanto, di sottrarsi anche al controllo contabile.

In dottrina c'è chi si è limitato ad osservare che, se l'attuale sistema dei poteri derogatori di protezione civile può far sorgere alcuni dubbi, è solo la sua estensione ai "grandi eventi" a dover essere ritenuta inammissibile<sup>46</sup>.

Che il sistema delle fonti del diritto attraversi una profonda crisi è constatazione fin troppo ovvia: il settore dell'emergenza è forse solo il terreno sul quale tale crisi si manifesta con maggiore evidenza.<sup>47</sup>

Infatti, se la disciplina speciale che caratterizza gli interventi di protezione civile si configura come un sistema di fonti parallelo, istituito senza l'intervento di organi rappresentativi, essa risulta pur sempre sottoposta al controllo (potenzialmente penetrante) del giudice amministrativo. Sull'altro

---

<sup>45</sup> La tesi dell'incostituzionalità del potere di ordinanza, abbandonata dopo i primi interventi della Corte Costituzionale negli anni '50 e '60, è stata riproposta da G. MARAZZITA in *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, 449 ss

<sup>46</sup> V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/2007, 345-383;

<sup>47</sup> La letteratura in materia è notoriamente copiosa. Due efficaci sintesi sono state proposte da F. MODUGNO e A. RUGGERI, in *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, relazioni al convegno « *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione* », Università degli Studi di Roma Tre, 27-28 novembre 2008, entrambe disponibili su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

versante, d'altronde, non mancano esempi di decreti-legge <sup>48</sup>emanati con la precisa intenzione di aggirare ogni garanzia procedimentale e giurisdizionale prevista dalla legge per gli interventi di amministrazione attiva, e sostituirle in blocco con il giudizio di legittimità da parte della Corte .

Da sempre, il problema degli interventi emergenziali ha sollevato un dibattito intorno al concetto giuridico di "necessità". La dottrina più risalente, come si è visto, propendeva per qualificare quest'ultima come autonoma fonte del diritto, ma questa tesi sembra oggi definitivamente abbandonata. <sup>49</sup>

Tuttavia, nonostante l'estrema varietà delle soluzioni alternative proposte per un inquadramento dogmatico del potere di ordinanza, il suo rapporto con il principio di legalità non appare ancora definito in modo soddisfacente. L'interpretazione estensiva dei concetti giuridici di necessità e urgenza - oggi dilagante nella prassi - rende ancora più preoccupante tale impasse.

In questo quadro, è presumibile che il problema destinato a porsi, in futuro, in modo sempre più pressante, sia quello della presenza nel sistema di adeguate forme di controllo, democratico e giuridico del potere.

Di fronte al diritto dell'emergenza (reale o asserita) mostra tutta la sua inadeguatezza l'attuale sistema di sindacato giurisdizionale fondato sulla rigida ripartizione tra atti aventi forza di legge (soggetti unicamente al vaglio della Corte) e atti soggettivamente amministrativi (riservati al giudice amministrativo). Già le prime pronunce del Giudice delle Leggi sulle ordinanze prefettizie sottolinearono l'inammissibilità di un proprio sindacato esteso al loro contenuto singolare<sup>50</sup>. In seguito, la Corte costruì la propria giurisprudenza sul potere di ordinanza a partire dall'affermazione - al limite della tautologia - secondo la quale "[tali] provvedimenti, finché si mantengono nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato all'attività degli organi costituzionali [ed] il rispetto di tali limiti impedisce ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77"

---

<sup>48</sup> Sul quale, con specifico riferimento ai decreti-legge, si v. il recente intervento di A. RUGGERI, « Evidente mancanza » dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008), in « Itinerari » di una ricerca sul sistema delle fonti. XII. Studi dell'anno 2008, Torino, 2009, 270 ss

<sup>49</sup> Si v. la ricostruzione operata da G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza*, in *Diritto e Società*, 1994, 220 ss.

<sup>50</sup> "Il giudicare se l'ordinanza prefettizia leda tali diritti è indagine da farsi di volta in volta dal giudice competente. In questa sede di legittimità costituzionale [ciò che viene in esame] è la norma legislativa", Corte Cost., n. 8/1956,

<sup>51</sup>. Così, se i principi generali dell'ordinamento non sono mai apparsi un riferimento normativo sicuro per il sindacato sulle ordinanze contingibili e urgenti, il giudice si trova oggi fronteggiare la novità del massiccio impiego di ordinanze derogatorie, esplicitamente contra legem, con la poco attraente prospettiva di sollevare questioni di legittimità costituzionale delle norme attributive “nella parte in cui” consentono l'adozione di determinate misure.

*Tra giudizio di costituzionalità della norma, generale ed astratta, e quello di legittimità dell'ordinanza - vincolato al rispetto dei « principi generali » ma capace di derogare alla legge - si apre in definitiva un pericoloso spazio grigio, che rischia di tradursi in assenza di controllo.*

*C'è da augurarsi che il problema irrisolto del potere di ordinanza, da sempre fonte di dibattito intorno ai contenuti del principio di legalità, stimoli altresì una riflessione su questo sempre più evidente limite del nostro sistema di garanzie costituzionali.*<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Corte Cost., n. 26/1961

<sup>52</sup> A. CARAPELUCCI, *Il potere d'ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, *Foro amm.* TAR 2010, 01, 321