IUS/09 · ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO ISSN 2532-9871

CONTRIBUTO SCIENTIFICO · SOTTOPOSTO A REVISIONE TRA PARI

Stato d´emergenza e potere di ordinanza

Vito Fiorentino

IDENTIFICATIVO
Contributo n. 4976
ISSN 2532-9871

LICENZA
Accesso aperto · gli autori conservano i propri diritti

STORIA EDITORIALE
Pubblicato il 29 aprile 2020
Sottoposto a revisione tra pari

FASCICOLO
II/2020 · Anno VII

COME CITARE
VITO FIORENTINO, *Stato d´emergenza e potere di ordinanza*, in Riv. Cammino Diritto, fasc. II/2020, ISSN 2532-9871.

ABSTRACT

Già dall'età della Roma repubblicana e fino alla più recente epoca liberale, la necessità è stata spesso invocata quale vera e propria fonte del diritto, o presunta tale, idonea a giustificare deroghe, spesso vistose, alla legislazione vigente nell'ottica del superamento della di volta in volta contingente fase emergenziale. Ma possono ancora oggi, alla luce della Costituzione del 1948, ritenersi validi gli assunti secondo il quale "necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit lege" (la necessità non conosce leggi, ma diventa essa stessa legge).

From the age of Republican Rome, and up to the most recent Liberal Age, "the need" was often invoked as a real source of law, or a supposed one, able to justify showy derogations from the constitutional legislation. Is it correct to affirm, even in the light of the actual Constitution, that "necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem" and "quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum"? And if so, on what terms?

SOMMARIO

Premessa 1. Il rilievo della necessità nel nostro ordinamento giuridico; 2. Le ordinanze di necessità ed urgenza; 2.1. Limiti; 2.2. Presupposti; 2.3. Natura giuridica; 3. Le ordinanze della Protezione civile; 4. Tutela giurisdizionale; 5. Criticità; 6. Conclusioni.

Premessa

"Salus rei publicae suprema lex esto": la legge suprema sia il benessere della popolazione (Cicerone, De Leg. IV). In che termini? Entro quali limiti? Si può ancora oggi, in età repubblicana e democratica, ergere la necessità a suprema fonte dell'ordinamento e presupposto del diritto eccezionale? Interrogativi, questi, antichi quasi quanto il dibattito giuridico stesso ma che non mancano di riproporsi ciclicamente all'insorgere di eventi straordinari ed eccezionali, quali la pandemia recentemente scoppiata in tutto il mondo a causa del Covid-19.

1. Il rilievo della necessità nel nostro ordinamento giuridico.

In ambito giuridico possiamo definire la necessità come il presupposto al verificarsi del quale il legislatore giustifica l'adozione di atti o comportamenti altrimenti illegittimi o illeciti. Essa viene in rilievo in diversi settori dell'ordinamento: si pensi, nel diritto costituzionale, alla decretazione d'urgenza ex art. 77 Cost., alla dichiarazione dello stato di guerra ex art. 78 Cost., allo scioglimento del Consiglio regionale e alla rimozione del Presidente della Giunta ex art. 126 Cost.; nel diritto penale, alla scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.; nel diritto civile all'art. 2045 c.c.; in quello amministrativo agli atti necessitati ed alle ordinanze di necessità ed urgenza.

I primi sono atti la cui adozione è subordinata al verificarsi di determinate situazioni e circostanze previamente indicate dalla legge. In questi casi è, dunque, la stessa norma attributiva del potere a stabilire quali provvedimenti la P.A. debba adottare al verificarsi di determinati fatti e con quale contenuto (1); ciò alla stregua dei tradizionali principi di tassatività e nominatività dell'*agere* amministrativo.

Lo stesso non può dirsi, di contro, per le ordinanze di necessità ed urgenza, le quali, sono caratterizzate da una pressocché totale atipicità contenutistica, fondamentale, peraltro, a far fronte a situazioni inconsuete ed ineffabili non prevedibili né predeterminabili, neppure queste, in via normativa (2). Ciò ne spiega e giustifica la *vis derogatoria* rispetto alla normativa di rango primario, nonché il loro apprezzamento quale vere e proprie valvole di sfogo dell'architettura ordinamentale.

Tali ordinanze cosiddette straordinarie non sono da confondere con quelle cd. ordinarie, le quali sono adottate dalla Pubblica Amministrazione nell'ambito della normale gestione della *res publica*. A differenza delle prime, queste hanno un carattere amministrativo in senso stretto, incapaci come sono di derogare alla legge, ed un contenuto concreto ed a carattere vincolato.

Il concetto di ordinanza, dunque, ha natura polimorfa (3), potendo riferirsi a realtà giuridiche anche molto distanti fra loro (si pensi, a titolo esemplificativo, al potere di ordinanza in ambito giurisdizionale: nel processo civile, tale termine fa riferimento ai provvedimenti emanati dal giudice nel corso dell'istruttoria per regolarne lo svolgimento; in quello penale, indica i provvedimenti presi dal giudice volti a risolvere le questioni di natura incidentale del procedimento non contenenti alcuna decisione nel merito).

2. Le ordinanze di necessità ed urgenza.

2.1. Limiti

Torniamo alle ordinanze di necessità ed urgenza.

Abbiamo già detto che, con riguardo a queste, spetta alla Pubblica Amministrazione, al verificarsi dell'eccezionalità, decidere se e quali provvedimenti prendere e, soprattutto, con quale contenuto, operando nell'ottica di difesa dell'intero ordinamento giuridico.

Nel farlo, però, essa è pur sempre tenuta al rispetto di alcuni limiti, utili ad evitare di confondere un diritto eccezionale con l'assenza di ogni diritto (così, Vittorio Emanuele Orlando), la cui individuazione e perimetrazione è stata da sempre al centro di complessi studi e travagliati iter giurisprudenziali.

Il primo tra questi è rappresentato dal principio di proporzionalità, *latu sensu* inteso, ex art. 1 comma 1 l. 241/90, così come modificata nel 2005 (4).

La misura presa dall'Amministrazione deve, infatti, essere: astrattamente idonea al raggiungimento dello scopo prefissato, secondo una valutazione da effettuarsi *ex ante (Geeignetheit)*; deve mirare alla salvaguardia dell'interesse pubblico intaccando e comprimendo il meno possibile quello privato (cd. imposizione del mezzo più mite o *Erforderlichkeit*); parametrata alla necessità pubblica che si intende tutelare (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) (5).*

In secondo luogo, si è a lungo discusso circa la possibilità per il diritto europeo di costituire un ulteriore limite all'esercizio dei poteri *extra ordinem* dell'amministrazione. Su tale questione, due sono gli indirizzi emersi. Per un primo di essi, ormai risalente e minoritario, il potere delle ordinanze *de quibus* di derogare anche alle norme primarie consentirebbe, quasi a maggior ragione, anche la deroga alle norme comunitarie (6). Per un secondo indirizzo ermeneutico, oggi largamente predominante, le norme europee, invece, fungono da limite invalicabile al potere in commento tanto più alla luce della regola della disapplicazione, da parte del giudice nazionale, di tutte quelle norme interne contrastanti con il diritto di fonte europea. Permettere, pertanto, alla P.A. di poter agire in spregio alla normativa sovrastatale, seppure in situazioni emergenziali, produrrebbe insanabili ed illogiche torsioni nel sistema delle fonti del diritto ormai consolidato da decenni.

Ci si è chiesti, poi, se il fattore temporale possa anch'esso costituire o meno un limite al potere di ordinanza di cui si tratta. Anche in questo caso, due sono le linee di pensiero che si sono sviluppate sul punto. Per una prima e tradizionale tesi, il potere in questione non può che essere esercitato entro stretti e precisi limiti temporali (7). Nessuna misura può, infatti, definirsi straordinaria se adottata *sine die*: in tale evenienza l'eccezionalità diverrebbe ordinarietà e, conseguentemente, dovrebbe essere trattata come tale, cioè con i normali strumenti normativi che il nostro ordinamento offre (leggi ed atti aventi forza di legge).

In questi casi, l'uso di ordinanze in deroga alla legge "finisce per creare veri e propri ordinamenti speciali", permanenti e niente affatto transitori, costituenti eccezionali fughe dal diritto ordinario vigente (8). Per un'altra e più recente impostazione, invece, proprio il carattere imprevedibile della situazione che l'ordinamento si prepone di affrontare mediante il ricorso al potere di ordinanza *extra ordinem* giustificherebbe l'adozione di misure aventi orizzonti temporali più languidi e sfumati, con possibilità anche di proroghe (9).

Last but not least, non può tacersi del limite procedimentale di cui all'art. 3 l. 241/90, ai sensi del quale "ogni provvedimento amministrativo […] deve essere motivato". La disposizione, a ben vedere, non prevede alcuna esclusione per le ordinanze in commento e, anzi, include nel suo campo d'applicazione anche i provvedimenti relativi ai concorsi ed all'assunzione del personale. Sfuggono all'onere motivazionale prescritto solo gli atti di cui al comma 2 della stessa disposizione, ossia gli atti normativi e gli atti amministrativi generali, categorie alle quali non appartengono, però, le ordinanze di necessità ed urgenza.

L'amministrazione deve, dunque, esplicitare i presupposti fattuali e le ragioni giuridiche che l'hanno mossa all'adozione delle medesime in relazione alle risultanze dell'istruttoria, ancorché veloce e sommaria. Anzi, proprio l'eccezionalità del potere esercitato impone all'autorità pubblica maggiori sforzi e responsabilità motivazionali, alla stessa stregua di quanto accade con gli atti discrezionali (10).

2.2 Presupposti.

Come s'è già avuto modo di sottolineare, è oggi pacifico che la necessità e l'urgenza costituiscono presupposti indefettibili per l'adozione delle ordinanze *extra ordinem*.

Dottrina e giurisprudenza, però, si sono a lungo interrogate anche sul rapporto che deve intercorrere tra la menzionata urgenza ed il momento di insorgenza del pericolo.

Per una prima linea ermeneutica, l'evento che l'ordinanza mira a fronteggiare deve essere nuovo, impreveduto ed imprevedibile e non risalente e/o permanente (11).

Per una distinta impostazione, invece, ciò che conta è l'imminenza del pericolo al momento dell'adozione dell'ordinanza, a prescindere dal suo carattere prevedibile o meno. Anche se intuibile e previsibile, l'imminenza della pericolosità scolpa l'amministrazione dall'impiego di misure non ordinarie (12).

A prescindere dall'opzione alla quale si aderisce, si pone, tuttavia, il problema di capire quale sia la conseguenza derivante dall'appurata assenza di tali condizioni preliminari.

Anche in questo caso, due sono i formanti dottrinali e giurisprudenziali a contendersi la scena.

Per il primo di essi, l'adozione di ordinanze di necessità ed urgenza in assenza dei legittimi presupposti porrebbe la Pubblica Amministrazione in una situazione di radicale carenza di potere: il provvedimento sarebbe, dunque, nullo *ab origine* ed il relativo vizio censurabile innanzi al giudice ordinario.

Per il secondo, diversamente, la lacuna degli stessi integrerebbe un'ipotesi di cattivo uso o sviamento del potere, sindacabile al cospetto del giudice amministrativo (13).

Nell'uno e nell'altro caso è comunque oggi garantita al privato cittadino piena tutela risarcitoria per i danni conseguenti all'adozione del provvedimento comunque illegittimo.

2.3 Natura giuridica.

Vero *punctum pruriens* della disciplina relativa alle ordinanze di necessità ed urgenza è stato, da sempre, quello relativo all'individuazione della loro esatta natura giuridica.

Tre le tesi in campo.

Per la prima, esse hanno valore normativo. A sostegno di tale impostazione, viene tradizionalmente addotta sia la capacità delle stesse di derogare (anche) alle norme primarie, cioè alle leggi ed agli atti ad esse equiparati (decreti legge e decreti legislativi), che il loro carattere alle volte generale ed astratto (alla stessa stregua dei regolamenti), ossia la loro attitudine a trovare applicazione nei confronti della maggioranza dei consociati in un numero di casi non determinato o determinabile *a priori* (14).

Inoltre, limitatamente al periodo in cui è urgente e necessario provvedere con mezzi straordinari, le ordinanze sono in grado di innovare l'ordinamento, operando una parentesi nella vigenza delle leggi (per alcuni anche quelle costituzionali diverse dai principi fondamentali dell'ordinamento), la cui operatività rimane sospesa. Le ordinanze in argomento limitano indubbiamente l'efficacia delle norme sospese e l'eventuale contestazione che si tratta di un effetto pur sempre temporaneo non esclude, in ogni caso, il *factum* della riduzione di efficacia della norma recessiva.

Tali argomentazioni sono state, però, fortemente criticate dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, oltre che dal Giudice delle Leggi, i quali propugnano fermamente la tesi della natura amministrativa delle ordinanze oggetto del presente approfondimento. Diversi gli argomenti richiamati a sostegno della predetta asserzione. In prima battuta, viene fatta notare la mancanza nelle stesse del carattere dell'innovatività, quintessenza di qualunque strumento che aspiri ad essere qualificato in termini di fonte del diritto: le ordinanze in parola, infatti, hanno un'efficacia meramente derogatoria, e non innovativa, nel nostro ordinamento giuridico.

Esse possono solo derogare a norme di rango primario, ma mai abrogarle o modificarle; e, per di più, solo per periodi di tempo più o meno limitati. A ciò si aggiunga che, frequentemente, esse ineriscono a situazioni ben specifiche e concrete (alla stessa stregua di provvedimenti ed ordini), relative a posizioni giuridiche soggettive ben delineate ed agevolmente circoscrivibili: il che fa quantomeno vacillare i predetti e presunti caratteri della generalità e dell'astrattezza (15).

La finalità del potere in esame è stata, infatti, storicamente ricondotta dalla migliore dottrina all'esigenza di *"creare il diritto per il caso singolo, limitatamente a quelle situazioni di necessità ed urgenza per le quali nessuna norma può provvedere"* (così Galateria).

I primi spunti in tal senso sono stati forniti dalla Corte Costituzionale già nel corso del suo primo anno di operatività con la sentenza n. 8 pronunciata con riguardo all'art. 2 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (T.U.L.P.S) del 1931, la quale permetteva che il prefetto adottasse "*in caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e la sicurezza pubblica*".

Ci si chiedeva, dunque, in che modo ed entro che limiti il potere apparentemente illimitato conferito all'autorità prefettizia dall'appena citata disposizione di matrice fascista potesse giustificarsi alla luce dei "nuovi" principi democratici e repubblicani fondanti il recente e ritrovato Stato di diritto italiano.

L'autorevole risposta arrivò a mezzo di sentenza interpretativa di rigetto prima, e di accoglimento poi, con la quale la Consulta ebbe modo di specificare schiettamente e sin da subito che il controverso potere prefettizio andava interpretato "*non nel sistema in cui ebbe nascimento, bensì nell'attuale sistema in cui vive*". Ciò implica, giocoforza, la pedissequa osservanza, sul lato teorico, dei principi fondamentali del nostro sistema giuridico *"dovunque siano espressi o comunque risultino"*, quali quello di legalità e di gerarchia delle fonti e, sul versante pratico, l'adozione di ordinanze con efficacia temporale e spaziale limitata oltre che vincolate ai presupposti dell'ordinamento. Suddetta interpretazione, evidentemente, è quella che rende la competenza straordinaria in esame meno confliggente con il carattere della nostra Costituzione repubblicana.

Infine, per un ultimo e mediano orientamento, occorrerebbe evitare pericolose generalizzazioni e considerare, dunque, le ordinanze in questione come atti normativi ovvero amministrativi a seconda del contenuto che esse assumono in concreto nelle singole fattispecie. L'interprete sarà chiamato quindi, secondo quest'impostazione, a vagliare, volta per volta, la consistenza quantitativa e qualitativa dell'ordinanza emanata così da poterne con esattezza ricostruire l'inclinazione normativa ovvero amministrativa.

3. Le ordinanze della Protezione Civile.

La legge n. 225 del 1992 (tutt'ora in vigore seppur con qualche modifica) ha istituito il Servizio Nazionale della Protezione Civile *"al fine di tutelare la integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e da altri eventi calamitosi"*.

Tale struttura del Governo della Repubblica Italiana preposta al coordinamento delle politiche e delle attività di difesa e protezione civile con sede in Roma è oggi incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, di cui costituisce un dipartimento.

La legge istitutiva distingue gli eventi connessi alle attività e all'operatività della struttura in tre macro aree: una relativa ad eventi naturali o connessi all'attività umana che possono essere fronteggiati da singoli enti ed amministrazioni con strumenti ordinari; un'altra concernente gli eventi naturali o connessi all'attività dell'uomo cui è possibile far fronte da più enti ed amministrazioni in collaborazione e cooperazione tra loro con mezzi ordinari; e, infine, una terza categoria afferente a calamità, catastrofi ed altri eventi *cui resisti non potest* se non facendo ricorso ad espedienti straordinari. Quest'ultima è, evidentemente, l'evenienza che maggiormente ci interessa scandagliare ai fini della nostra trattazione.

E', infatti, al verificarsi di quest'ultima ipotesi che l'art. 5 della legge in commento prevede la possibilità per il Presidente del Consiglio dei ministri di dichiarare con proprio decreto lo stato d'emergenza, previamente deliberato dal Consiglio dei Ministri, delimitandone la portata spazio-temporale in relazione alla natura degli eventi.

Non è mancato chi, peraltro, nel silenzio della stessa legge n. 225, e tenuto conto delle regole generali rinvenibili nella legge sull'attività di Governo e l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri n. 400 del 1988, ha evidenziato l'assoluta peculiarità di tale iter procedimentale, il quale fa seguire ad una delibera dell'organo consiliare del Governo, un decreto del suo stesso Presidente invece che quello del Presidente della Repubblica.

Ciò è quanto accaduto proprio il 30 Gennaio di quest'anno: data nella quale il Presidente del Consiglio, a seguito della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) causato dalla rapida diffusione a livello planetario di un'infezione polmonare identificata come nuovo coronavirus Sars-Cov-2, ha formalizzato lo stato d'emergenza nazionale per un periodo di tempo di sei mesi, al fine di consentire l'adozione delle necessarie ordinarie di Protezione Civile, anche in deroga ad ogni disposizione vigente (art. 5 comma 3 l. cit.).

Argomentando in chiave letterale-restrittiva l'espressione "ogni disposizione vigente" (ritrovabile anche all'art. 54 T.U.E.L. in materia di potere d'ordinanza dei Sindaci), e raffrontandola con altre simili previsioni (si pensi all'art. 216 del T.U.L.P.S., che parla di ordinanze "in deroga alle (sole) leggi vigenti"), alcuni studiosi sono addirittura arrivati a sostenere che siffatto potere di ordinanza possa sospendere e/o derogare provvisoriamente anche norme di livello costituzionale purché non qualificabili alla stregua di principi fondamentali dell'ordinamento (16).

Esse, in virtù del comma 5, devono essere motivate, indicare le principali norme alle quali derogano, pubblicate in Gazzetta Ufficiale e comunicate ai Sindaci interessati affinché siano pubblicate presso gli Albi Pretori.

La titolarità del potere necessitato di ordinanza spetta, in via generale, allo stesso Primo Ministro, ferma la possibilità di delegarlo al ministro per il coordinamento della protezione civile o a commissari delegati (ad esempio, il capo del Dipartimento della Protezione Civile o i Prefetti).

La stessa disposizione prosegue poi stabilendo che lo stesso Primo Ministro, o ancora il ministro per il coordinamento della protezione civile su sua delega, possa emanare specifiche ordinanze finalizzate ad evitare pericoli a persone o cose in presenza di gravissime ed improvvise emergenze per far fronte alle quali non può attendersi neppure il tempo per la predetta dichiarazione.

La disciplina introdotta dalla legge n. 225 ha superato indenne anche l'esame dei giudici costituzionali, i quali ne hanno a più riprese rimarcato la compatibilità (anche) con i principi di autonomia regionale e di reparto di competenze Stato-Regioni, sia prima che dopo la riforma del Titolo V introdotta con l. cost. n. 3 del 2001.

La Protezione Civile rientra, infatti, oggi, nelle materie a competenza cd. concorrente, nelle quali lo Stato è chiamato a dettare i principi fondamentali della materia vincolanti la legislazione regionale a mezzo di leggi cd. cornice, qual è, giustappunto, la n. 225 del 2000. Il potere governativo d'ordinanza *extra ordinem*, pertanto, è correttamente esercitato tutte le volte in cui esso si estrinseca in misure proporzionate alla concreta situazione da fronteggiare e rispettose del principio di leale collaborazione, che impone ai diversi livelli di governo di un medesimo ordinamento di cooperare probamente tra loro. Ciò implica, a cascata, che la Corte costituzionale, eventualmente chiamata a giudicare la ragionevolezza del contenuto delle ordinanze in discorso, dovrà valutare l'adeguatezza delle forme di cooperazione intraprese fra Stato centrale e Regioni nell'emanazione delle stesse. Afferma lo stesso Giudice delle leggi, invero, che l'ordinanza va analizzata e valutata *"alla luce di questo criterio collaborativo, anche là dove non è testualmente enunciato… in modo che risulti congruo e proporzionato un intervento statale che, ancorché per fronteggiare una situazione di emergenza, interferisce pur sempre con competenze regionali per di più di carattere primario*" (17). L'emergenza, dunque, non legittima *ex se* "*il sacrificio illimitato*

dell'autonomia regionale e quindi l'esercizio del previsto potere di ordinanza deve risultare circoscritto in modo tale da non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali" (18).

4. Tutela giurisdizionale.

Ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. p) c.p.a., sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni 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, nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell'art. 5 commi 2 e 4 della medesima legge n. 225 del 1992.

Per essi, inoltre, trova applicazione la disciplina del rito abbreviato, così come prescritto dall'art. 119 comma 1 lett. h) c.p.a.: l'esigenza di tale previsione si giustifica facilmente tenendo in conto la natura stessa che le ordinanze ed i provvedimenti in questione rivestono nell'ottica di tutelare beni costituzionalmente garantiti.

In virtù di ciò, pertanto, i termini processuali ordinari dei relativi giudizi sono tutti dimezzati (ad eccezione, nel primo grado, di quelli per la notifica del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti), nonché di quelli previsti in materia di appello cautelare dall'art. 62 comma 1 c.p.a. e quelli espressamente disciplinati dallo stesso art. 119.

Non tutte le ordinanze ed i provvedimenti consequenziali alla dichiarazione dello stato d'emergenza, però, rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 119 c.p.a. . Illuminanti, sul punto, alcune pronunce del Supremo Consesso Amministrativo, il quale ha tassativamente escluso l'operatività della disposizione in commento relativamente a tutti quei provvedimenti che, pur adottati da commissari straordinari e delegati nel quadro della già dichiarata emergenza, *"costituiscono attività gestionale proiettata verso il futuro*" (si pensi a quegli interventi di carattere programmatorio di future ricostruzioni o riparazioni di quanto andato distrutto o danneggiato a seguito di un terremoto). In siffatte ipotesi, invero, non v'è alcuna imminente esigenza di salvaguardia di beni costituzionalmente garantiti: ciò è *ex se* sufficiente ad impedire l'applicazione del rito abbreviato di cui all'art 119 c.p.a. . Disposizione, peraltro, di carattere eccezionale, la quale, ai sensi dell'art. 14 delle Preleggi, non si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati.

5. Criticità.

Punctum dolens dell'intera sistematica attinente il potere d'ordinanza è quello relativo ai rapporti intercorrenti tra questo e quello della decretazione d'urgenza ex art. 77 Cost. Il comma 2 di tale disposizione prevede, infatti, che *"in casi di necessità e urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge"*, i quali devono lo stesso giorno essere presentati alle Camere parlamentari per la conversione. Anche se sciolte, le stesse devono essere appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. Interpretando alla lettera detta previsione costituzionale sembrerebbe non residuare, in situazioni emergenziali, spazio alcuno per atti e provvedimenti diversi da quelli tipicamente ammessi, ossia i decreti-legge.

Facilmente intuibile è la *ratio* ispiratrice della norma *de qua*: evitare che l'insorgenza di criticità ed emergenze possa in qualche modo agevolare il sovvertimento del sistema delle fonti e, per l'effetto, della complessiva forma di governo. I padri costituenti, ancora scottati dall'indimenticabile tragedia della dittatura nazista nata sotto l'aurea di legittimità dell'art. 48 della Costituzione di Weimar, vollero

deliberatamente e coscientemente evitare di riproporre nella nostra Carta Fondamentale previsioni che permettessero, in casi di emergenza, l'accentramento di pieni poteri a questo o quell'organo, sì da evitare che questo potesse adottare atti atipici in grado di limitare, o peggio, sopprimere i diritti dei cittadini.

Lo strumento più eccezionale che i costituenti seppero elaborare per fronteggiare situazioni emergenziali fu, per l'appunto, il decreto-legge, il quale, se non convertito in legge dal Parlamento entro sessanta giorni dalla pubblicazione perde efficacia fin dall'inizio (*ex tunc*). In tal modo, il rapporto fiduciario tra il potere legislativo (Parlamento) e quello esecutivo (Governo) viene mantenuto, come dimostra lo stesso procedimento di emanazione e conversione. Per converso, laddove si riconoscesse al Governo ogni decisione sull'emergenza attraverso l'ampio e generico strumento dell'ordinanza, tale equilibrio verrebbe giocoforza ad incrinarsi: l'esecutivo assumerebbe, infatti, una posizione predominante giocando un ruolo di primo piano nella gestione dello Stato esautorando, *de facto*, quello del Parlamento.

Il tutto, a peggiorare le cose, a Costituzione invariata. Nel nostro meccanismo di difesa emergenziale, quello delineato prudentemente dall'art. 77 Cost., il Parlamento (e, in esso, addirittura entrambe le Camere) svolge un ruolo cruciale ed ineliminabile, potendo cancellare, nei predetti limiti, ogni disposizione governativa anche solo con la semplice inerzia (*rectius*: mancata conversione) rendendola *tamquam non esset*. Senza dimenticare che spetta sempre all'organo rappresentativo della sovranità popolare il potere di regolare con legge i rapporti sorti sulla base dei decreti non convertiti e che, anche dopo la conversione, il decreto legge può essere sottoposto a controllo da parte della Corte Costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost.

Guarentigie, quelle appena analizzate, tutte escluse per le ordinanze, le quali, per la loro veste formale, scivolano come anguille anche al cospetto del controllo macroscopico di costituzionalità che, di regola, è svolto dal Capo dello Stato in sede di emanazione delle deliberazioni del Consiglio dei ministri.

Da queste osservazioni si deduce chiaramente che argomento principe dei detrattori della tesi della cittadinanza del potere di ordinanza nel nostro ordinamento è quello della menomazione che la forma di governo parlamentare subirebbe in conseguenza di un'attività incidente in modo significativo sulla forza attiva e passiva della normazione primaria (19). Ciò che, dunque, allarma i più radicali e puri costituzionalisti sono le nubi che il potere di ordinanza rischia di addensare attorno all'assunto della centralità del massimo organo rappresentativo della sovranità popolare; fine a sé stessa, o almeno del tutto marginale, apparendo, di contro, qualsiasi *querelle* relativa ad aspetti formali e procedimentali dell'esercizio del medesimo.

Ad ulteriore conforto, si fa notare che la stessa Costituzione resta saldamente ancorata all'idea della decisa centralità del Parlamento anche all'ora di dettare disposizioni per il caso, eccezionale in *re ipsa*, di guerra. L'art. 78 prevede, infatti, che sia compito delle Camere deliberare lo stato di guerra e conferire al Governo i poteri necessari a farvi fronte. Anche *in bellum*, il fulcro dell'intera struttura statale resta il Parlamento; *a fortior*i, deve esserlo al verificarsi di allarmi ed urgenze meno gravi.

Il richiamo continuo e pretestuoso all'emergenza quale modalità per derogare, sospendere ed innovare il diritto vigente, finisce, con le sue tempistiche accelerate e la mancanza di controlli preventivi e successivi, per annientare l'intervento parlamentare e, con esso, la responsabilità politica del Governo innanzi allo stesso e, di riflesso, ai cittadini. In ultima istanza, favorirebbe la creazione di un legame

diretto tra governanti e governati, esautorando le assemblee rappresentative del loro ruolo di mediazione ed indebolendo gli organi di controllo e garanzia, sia a livello politico che sociale.

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto detto, è indubitabile che la disciplina del potere di ordinanza merita di essere rivista e rielaborata dal punto di vista sia sostanziale che procedurale.

Un primo aiuto in tal senso potrebbe giungere da una corretta e più precisa individuazione e perimetrazione dei casi di necessità ed urgenza legittimanti l'esercizio di poteri straordinari da parte dell'Esecutivo. Il ché permetterebbe al decreto-legge di venire in soccorso quale strumento idoneo al contrasto dell'eccezionalità, senza necessità di scomodare apolidi categorie giuridiche quali le ordinanze, così contenendo i poteri d'azione governativa entro lo steccato del costituzionalmente tollerabile.

Ciò impone un complessivo ripensamento dell'intera forma di governo italiana attraverso procedure di razionalizzazione che la rendano più dinamica, moderna e maggiormente aderente all'attuale realtà sociopolitica ed economica.

Necessità, questa, che emerse già in seno all'Assemblea costituente del 1946 e di cui si fece portavoce Tommaso Perassi, il quale, con l'ordine del giorno del 5 settembre, espresse dubbi e perplessità in merito alle possibili degenerazioni di un sistema parlamentare di tipo compromissorio (o a prevalenza del Parlamento). Impianto, questo, caratterizzato da un sistema politico multipolare e da maggioranze spesso instabili, di Governi sovente incapaci di imporre un preciso ed univoco indirizzo politico e che cercano di far sentire la propria voce a suon di decreti e questioni di fiducia, svilendo la natura stessa di tali strumenti che da eccezionali orpelli divengono ordinari strumenti di bilanciamento delle inefficienze e lungaggini di un bicameralismo perfetto in agonia. E', quindi, proprio la necessità di governare e l'impellenza di prendere decisioni spesso decisive ed improcrastinabili per il Paese ad indurre, in molte occasioni, l'Esecutivo a spostare sempre più in là i confini del suo *agere* legittimo.

È su questo punto che bisogna intervenire, allora, se si vuole contenere l'abuso del potere di ordinanza.

In tal senso, diversi costituzionalisti ed amministrativisti hanno sottolineato l'impatto positivo che potrebbe avere una riforma di ampio respiro e su vasta scala in grado, finalmente, di meglio razionalizzare la nostra forma di governo nell'ottica di un definitivo superamento del bicameralismo cd. piuccheperfetto (sì da rendere più rapida l'approvazione di leggi e la conversione di decreti) e di riordinare la caotica disciplina che, in materia di poteri necessitati e di ordinanza, si è accumulata negli anni (20).

C'è chi, ad esempio, ha proposto di distinguere, secondo canoni e criteri ben definiti, *ca va sans dire*, a livello legislativo, tra casi maggiormente gravi, legittimanti il ricorso alla misura straordinaria di previsione costituzionale, ed altri meno difficili, abbordabili a mezzo d'ordinanza. In casi particolarmente complessi, poi, si potrebbe intervenire con decreto al fine di dichiarare lo stato d'emergenza, derogando alle ordinanze il compito di dettare la disciplina puntuale in relazione alle differenti fattispecie (21).

In questo modo, l'individuazione delle leggi derogabili avverrebbe con uno strumento, la decretazione emergenziale, avente la loro medesima forza attiva e passiva: un po' come avviene con il meccanismo delle leggi di delegificazione di cui all'art. 17 comma 2 della legge n. 400 del 1988. Così come le leggi

della Repubblica, secondo lo schema cristallizzato dalla legge disciplinante l'attività di Governo, con il loro frapporsi tra l'emanando regolamento e la legge preesistente impediscono che al primo venga riconosciuta una capacità abrogativa sulla seconda, così, tornando alla prospettazione innanzi prefigurata, il decreto-legge fungerebbe da schermo tra la neonata ordinanza e la precedente legislazione accollandosi esso stesso l'onere abrogativo rispetto a quest'ultima.

Passando, poi, ad un piano squisitamente procedimentale, non sono mancate voci favorevoli alla previsione dell'obbligatorietà di raccogliere, in vista dell'esercizio del potere d'ordinanza, i pareri e le valutazioni di comitati tecnico-scientifici composti da illustri rappresentanti ed esponenti delle realtà socioeconomiche direttamente interessate dalle emergenze (22).

Un ulteriore strumento, ancora, potrebbe essere quello di prevedere l'obbligo di dichiarazione dello stato emergenziale a mezzo, oltre che di decreti-legge, di decreti del Presidente della Repubblica. Di tal fatta, si contempererebbero due contrapposte ma egualmente importanti esigenze: da un lato, quella del controllo preventivo e macroscopico di compatibilità costituzionale ad opera del Capo dello Stato; dall'altro, quella della celerità di far fronte in tempi rapidi e concisi a situazioni contingenti ed inusuali.

La necessità incarnata nell'ordinanza contingibile e urgente non ha legge purché, però, gli interessi sacrificati dalla medesima siano di rango inferiore o, al più, uguale rispetto a quelli salvaguardati: nessuna emergenza può mai, infatti, rendere *licitum* un'azione negatoria dell'ordine costituito.