

LE ORDINANZE *EXTRA ORDINEM* DURANTE L'EMERGENZA COVID-19

Camilla Della Giustina

Abstract ita: lo scopo che si persegue con il presente contributo è quello di evidenziare come l'emergenza covid-19 abbia accelerato il processo di progressiva marginalizzazione del Parlamento. La prima parte è dedicata all'analisi di presupposti e requisiti che le ordinanze *extra ordinem* devono rispettare per essere compatibili con il sistema costituzionale italiano. La seconda parte, invece, analizza la situazione che si è verificata dal punto di vista giuridico per fronteggiare detta situazione di emergenza.

Abstract eng: *The aim of this contribution is to highlight how the covid-19 emergency has accelerated the process of progressive marginalization of Parliament. The first part is devoted to the analysis of assumptions and requirements that extra ordinances must comply with in order to be compatible with the Italian constitutional system. The second part, on the other hand, analyses the legal situation which has arisen in order to deal with this emergency situation.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** . Le ordinanze *extra ordinem*. **2.1.** Fonti e disciplina legislativa. **2.2.** La natura giuridica delle ordinanze contingibili ed urgenti. **2.3.** Limiti e presupposti delle ordinanze contingibili ed urgenti. **3.** Covid-19: quando le regole saltano **3.1.** Un nuovo istituto giuridico: il DPCM urgente. **3.2.** Le ordinanze *extra ordinem* dell'emergenza. **3.3.** Il caso delle Marche. 3.4. L'ordinanza e il contenzioso cautelare dell'ordinanza adottata dalla Campania **3.5.** Le ordinanze della Basilicata. **4.** Conclusione.

1. Introduzione.

Com'era la situazione giuridica prima dell'emergenza covid-19? Era simile a quella che stiamo vivendo durante l'emergenza stessa, diversa o peggiore?

Un articolo di Dicembre 2019 evidenziava che da molti, forse troppi anni, si assiste ad una crisi generalizzata del Parlamento ritenendo come nel tempo ci sia abituati a queste espressioni parlamentari atipiche senza rendersi conto che in *realtà si tratta di vere e proprie illegittimità e palesi difformità rispetto al modello costituzionale e legale*¹.

Lo scopo che intendo perseguire con il presente contributo è quello di mostrare come la riflessione dottrinale e giurisprudenziale che si era formata in tema di ordinanze *extra ordinem* avesse rinvenuto un proprio punto di equilibrio ammettendo l'adozione delle stesse al rispetto di determinati requisiti di sostanza e di forma e di come detti requisiti siano stati totalmente non seguiti durante l'emergenza che ci troviamo oggi a vivere.

L'aspetto preoccupante non concerne la limitazione apportata alle libertà fondamentali quanto le modalità con cui le stesse sono state ristrette.

2. Le ordinanze *extra ordinem*.

Il sostantivo ordinanza indica provvedimenti autoritativi i quali impongono, vietano o regolano un determinato comportamento esprimendo al contempo un comando maggiormente articolato rispetto al semplice ordine. Nell'interpretazione maggiormente estensiva l'ordinanza appartiene agli ordini ossia quella tipologia di atti attraverso i quali la pubblica amministrazione *sulla base di una potestà di supremazia, fa sorgere a carico d un soggetto un dovere di condotta positivo (comando) o negativo (divieto), la cui inosservanza espone l'obbligato ad una sanzione in caso di disobbedienza*². Oltre a questo l'ordinanza deriva da un processo valutativo tanto da rendere la stessa impregnata di discrezionalità³.

1 E. MINNEI, *L'art. 116 Cost. e la preoccupazione (strumentale?) della marginalizzazione del Parlamento*, in www.AmbienteDiritto.it, Fasc. 4/2019, p. 23, cit.

2 V. ITALIA, G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 222, cit.

3 G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1-2/2016, pp. 33-73.

In dottrina vengono adottati tre criteri di classificazione delle ordinanze. Si tratta di criteri che indicano i presupposti che legittimano l'adozione delle ordinanze, il livello di predeterminazione del contenuto delle stesse ad opera di una norma attributiva ed infine il grado gerarchico delle disposizioni che vengono sospese o derogate mediante l'adozione di dette ordinanze⁴. L'adozione del primo criterio comporta l'esistenza di due tipologie di ordinanze: *ordinanze generali* ossia capaci di far fronte a fatti emergenziali definiti come innominati e *ordinanze speciali* ossia quelle predeterminate per fronteggiare emergenze tipiche. Il secondo criterio fa riferimento alle ipotesi in cui il soggetto titolare del potere di ordinanza possa determinare le diverse misure emergenziali da adottare. Infine l'ultimo criterio richiamando il criterio gerarchico suddivide le ordinanze a seconda che le stesse rispettino il criterio poc'anzi menzionato, ossia le ordinanze in senso stretto, oppure derogano le disposizioni vigenti cioè le ordinanze *contra legem*⁵.

Ulteriore classificazione distingue tra *ordinanze normali o ordinarie*, *atti necessitati o provvedimenti d'urgenza* ed infine *ordinanze di urgente necessità o contingibili ed urgenti*⁶. Le prime sono dei provvedimenti attraverso cui viene imposta ad un soggetto una determinata condotta che è prevista solo in astratto dalla norma. Si assiste quindi ad una trasposizione di un obbligo generico ad un obbligo specifico grazie ad un provvedimento di esecuzione preordinato a far osservare e rispettare le prescrizioni contenute in

4 C. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza. Le ordinanze*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 41.

5 G. BERNABEI, *Carattere provvedimentale e decretazione d'urgenza*, Cedam, Padova, 2017, pp. 225-230.

6 Si segnala per completezza che parte della dottrina sostiene che si debba distinguere solamente tra ordinanze normali e ordinanze contingibili ed urgenti. T. TESSARO, *Gli atti amministrativi del Comune*, Maggioli, Rimini, 2002, p. 312.

Altra parte della dottrina propone una quadripartizione. Precisamente si avrebbero il potere di ordinanza istituzionalizzato, il potere di ordinanza tipicizzato, potere di ordinanza necessitato e ordinario ed infine potere di ordinanza *extra ordinem*. Il potere di ordinanza istituzionalizzato farebbe riferimento a un potere di ordinanza da ritenere istituzionalizzato nell'ordine delle competenze proprie degli organi della Pubblica Amministrazione che "può manifestarsi, anzitutto attraverso atti amministrativi generali, volti a disciplinare determinati settori della stessa amministrazione ovvero attraverso atti amministrativi particolari, indirizzati propriamente a dettare singole prescrizioni di comportamento, quali sono gli ordini di servizio. Il secondo sarebbe invece preordinato a garantire l'osservanza dei regolamenti e delle leggi. Il potere di ordinanza necessitato ordinario produrrebbe i propri effetti tutte le volte in cui a previsione normativa ipotizza delle potestà, attribuite normalmente ad un numero limitato di autorità amministrative, che permettono di provvedere, in occasione di determinati eventi già preventivamente indicati e individuati in termini fenomenici. Infine il potere di ordinanza *extra ordinem* dovrebbe essere esercitato nell'impossibilità di far fronte a determinate fattispecie con le norme giuridiche esistenti (leggi e regolamenti), salva la riserva assoluta di legge. F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto* XXX ed., Milano, 1980, p. 973, cit.

leggi e regolamenti⁷. La seconda categoria ossia gli atti necessitati sono anch'essi provvedimenti amministrativi tipici, previsti e disciplinati dalla legge per quanto concerne i presupposti ma il loro tratto distintivo è dato dalla possibilità per gli stessi di essere legittimati ad intervenire nel disciplinare situazioni determinate di necessità ed urgenza.

Da un punto di vista storico, la possibilità di adottare ordinanze d'urgenza è strettamente collegata all'esigenza di far fronte a situazioni straordinarie con strumenti straordinari, ossia *extra ordinem*. Questi ultimi sono utilizzabili nel momento in cui il verificarsi di eventi straordinari non possa essere gestito attraverso gli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento giuridico⁸.

Se questo è il presupposto affinché possano essere adottate le ordinanze *extra ordinem* risulta necessario individuare il perimetro di quella che può essere definita l'amministrazione dell'emergenza alla quale sono collegati in modo intimo i concetti di necessità ed eccezione. L'emergenza può essere definita come *l'insieme delle situazioni a fronte delle quali la normale scansione delle fasi in cui si articola ogni procedimento amministrativo non è né idonea, né sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito a determinate amministrazioni pubbliche da una particolare fonte di produzione normativa*⁹. Si tratta di un concetto che nel corso del tempo è stato soggetto a diversi cambiamenti. In epoca liberale, ad esempio, la nozione di emergenza veniva intesa quale *stato di eccezionale necessità, giuridicamente delimitata e fronteggiata con gli strumenti delle ordinanze contingibili ed urgenti o dello stato d'assedio, aventi come fine primario se non esclusivo la tutela della sicurezza e dell'incolumità dei cittadini*¹⁰. In un momento successivo lo stesso concetto di emergenza ha subito un ridimensionamento a causa della crescente complessità della società e della esponenziale crescita dei conflitti al punto da far divenire l'emergenza un aspetto tipico della vita quotidiana. Il risultato di questa evoluzione è stato il progressivo

7 M. AIMONETTO, *Le ordinanze del Sindaco e dei dirigenti comunali*, Maggioli, Rimini, 2004, pp. 24-30.

8 M. TURAZZA, *L'art. 54, comma 4, del t.u. enti locali al vaglio della Corte costituzionale: un anche di troppo? Nota a T.A.R. Venezia, 22 marzo 2010 n. 40 sez. III*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3/2010, pp. 2760-2775.

9 F. TEDESCHINI, voce *Emergenza (dir. amm.)*, in *Diritto on line*, http://www.treccani.it/enciclopedia/emergenza-diramm_%28Diritto-on-line%29/2017, cit.

10 M. A., M.A.CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Dir. pubblico*, n. 2/2010, p. 168, cit.

affiancamento all'amministrazione dell'emergenza quella del rischio¹¹. La prima può essere analizzata da prospettive differenti. *In primis* con l'espressione "amministrazione dell'emergenza" si può far riferimento alla particolare forma assunta dall'azione amministrativa durante i casi di emergenza. Precisamente il riferimento attiene al rapporto tra norma e fatto, ossia si deve analizzare le modalità che il potere pubblico può esercitare prendendo in considerazione due fattori: l'esistenza di un fatto imprevedibile e l'agire nel contesto di uno Stato di diritto. *In secundis* l'amministrazione dell'emergenza può essere l'elemento complementare dell'amministrazione del rischio. Infine l'espressione amministrazione dell'emergenza concerne anche i *profili organizzativi* dell'amministrazione nel momento in cui la stessa deve far fronte alle emergenze¹².

Le funzioni proprie dell'amministrazione dell'emergenza sono essenzialmente due ossia quella di prevenire¹³ e quella di gestire¹⁴ l'emergenza.

Lo strumento tipico dell'amministrazione dell'emergenza concerne il potere per la pubblica amministrazione di adottare ordinanze *extra ordinem*¹⁵ ossia ordinanze contingibili ed urgenti. Queste ultime rappresentano una sola delle quattro categorie giuridiche che consentono la possibilità di esperire poteri di emergenza. In una prima classe si fanno rientrare le elaborazioni dottrinarie esistenti circa il diritto non scritto, le riflessioni sul potere costituente ed infine l'analisi dei fenomeni relativi al colpo di stato e alle azioni rivoluzionarie. La seconda ricomprende tutta l'elaborazione teorica incentrata sulla sospensione dei diritti costituzionali, il riferimento al concetto di stato di assedio interno o civile dichiarato dal Governo per fronteggiare situazioni quali sommosse politiche o sociali o calamità naturali. La terza categoria ricomprende l'utilizzo del decreto-legge nonché i poteri straordinari del Governo in tempo di guerra. L'ultima categoria farebbe riferimento alle ordinanze contingibili ed urgenti¹⁶.

11 U. BECK, *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2002, p. 31.

12 M. RICCI, *Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*, *AmbienteDiritto.it.*, fasc. 2/2019, pp. 1-25.

13 Essa è preordinata allo studio dei dati al fine di predisporre delle tattiche di prevenzione di eventi emergenziali ovvero analizzare misure limitative derivanti dalla conseguenze di detti eventi.

14 L'azione di essa è successiva al verificarsi di detti eventi.

15 Esse appartengono al *genus* delle ordinanze e in termini generali sono volte a garantire l'osservanza delle leggi o dei regolamenti.

16 R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4/2005, pp. 777-841.

Le ordinanze *extra ordinem* comprendono diverse tipologie di provvedimenti quali le ordinanze contingibili ed urgenti del Sindaco, le ordinanze dell'autorità di pubblica sicurezza, quelle conformi al modello della protezione civile¹⁷ ed infine le stesse Regioni ed Enti Locali possono adottare provvedimenti contingibili ed urgenti nei casi previsti dalla legge¹⁸.

Il tratto peculiare delle ordinanze *extra ordinem* concerne la conformità necessaria delle stesse alle norme costituzionali e ai principi informanti l'ordinamento giuridico. Oltre a questo è necessario che dette ordinanze dispieghino in modo limitato i propri effetti nel tempo alla luce della situazione di necessità ed urgenze che le stesse sono chiamate a disciplinare. È richiesto che le ordinanze *de qua* possiedano quale propria fonte una autorizzazione legislativa contenente il presupposto, la materia da disciplinare, la finalità perseguita¹⁹ e l'autorità legittimata ad adottarle. Infine è necessario che venga rispettata la riserva di legge²⁰.

Nonostante le ordinanze contingibili ed urgenti possiedano diverse esplicazioni le stesse sono accomunate dall'essere espressione di un potere straordinario²¹. Esso esplica i propri caratteri in senso pieno e

17 Il riferimento è all'art. 5 L. 225/1992 con la quale si istituiva il Servizio Nazionale di Protezione civile e veniva altresì ammesso il ricorso allo strumento delle ordinanze contingibili ed urgenti anche nell'ipotesi in cui le stesse dovessero derogare alle norme vigenti dell'ordinamento. In detta materia le ordinanze contingibili ed urgenti sono provvedimenti straordinari che possono essere in contrasto con l'ordinamento giuridico posto che esse vengono adottate in ambiti nei quali non sia possibile adottare fonti primarie il tutto all'interno di situazioni caratterizzate dalla necessità di provvedere. C. VENTIMIGLIA, *I poteri di ordinanza extra ordinem tra procedimento e processo: la Corte costituzionale segna il cammino*, in L.R. PERFETTI, *Procedura, procedimento e processo*, Cedam, Padova, 2010, pp. 159-162.

18 E. CASSETTA., *Manuale di diritto amministrativo*, XIX ed., Giuffrè, Milano, 2017, pp. 370-380.

19 Viene richiesto che sussista un nesso di strumentalità tra la situazione di emergenza e le misure adottate per gestire quest'ultima, a tal proposito è necessario il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, 23 maggio 1961, n. 26, 3 aprile 1987, n. 100, 3 maggio 1987, n. 201.

20 G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010.

21 Nel diritto amministrativo potere straordinario assume differenti significati. Un primo concerne il profilo soggettivo del potere ossia si definisce potere straordinario quello *costituito una tantum con provvedimento di una superiore autorità (politica, amministrativa o giurisdizionale), nell'ambito di un singolo ente, per far fronte a una specifica e transeunte esigenza operativa mediante l'esercizio di poteri altrimenti imputati ad organi ordinari dell'ente*. Ulteriore sfumatura viene assunta circa la modalità di esercizio del potere che *tuttavia resta dotato di tutti i suoi caratteri tipici, sia riguardo al soggetto (non viene derogato né l'ordine delle attribuzioni né quello delle competenze) sia riguardo all'atto adottato e ai suoi effetti (che resta quello previsto dalla legge nel suo modello tipico)*. Si tratta degli atti necessitati ossia quegli atti emanati in situazioni eccezionali in modo conforme a norme eccezionali che li prevedono. Precisamente assumono rilevanza nell'ipotesi in cui l'amministrazione debba adottare una disciplina che si discosta dal paradigma previsto normalmente derogando quindi allo stesso. Questo tratto derogatorio rinviene la propria fonte nella legge poiché è la stessa a prevedere la possibilità di intervenire

proprio solamente con riferimento al potere di ordinanze contingibili ed urgenti²². In questa ipotesi il potere straordinario è quello idoneo a fronteggiare situazioni straordinarie ossia situazioni capaci di danneggiare un determinata organizzazione di amministrazione. È evidente come in detto contesto l'espressione "*potere straordinario*" significa potere rispetto al quale non è possibile predeterminarne il contenuto e, di conseguenza, *derogatorio del principio di tipicità degli atti amministrativi, nonché derogatori rispetto all'ordine normale dell'attribuzione e delle competenze: la legge conferisce a una determinata amministrazione «la capacità di esercitare, a fronte di situazioni che per la loro eccezionalità la legge non è in grado di prevedere, ogni tipo di potere che si renda necessario allo scopo*²³. L'amministrazione alla quale viene attribuito dalla legge il potere straordinario può esercitare al ricorrere di situazioni straordinarie poteri amministrativi di diverso tipo a prescindere dall'ordine delle attribuzioni e dalle competenze.

La differenza sussistente tra le ordinanze contingibili ed urgenti e gli atti necessitati è data dal fatto che per quanto concerne le prime la deroga è disposta da singolo provvedimento volta per volta alla luce delle circostanze che richiedono questo tipo di intervento. In altri termini le disposizioni che prevedono le ordinanze possiedono un duplice effetto. *In primis* legittimano la pubblica amministrazione ad emanare provvedimenti anche in circostanze non previste dall'assetto normativo²⁴. *In secundis* ammettono la possibilità per le autorità di derogare ad un numero indeterminato di norme²⁵. Emerge

in maniera derogatoria qualora si dovesse verificare una determinata situazione definita dalla stessa legge come eccezionale. F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990. M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, p. 949.

22 A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del Governo*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 248-253. A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 172.

23 V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dirittopubblico*, 2007, p. 354, cit.

24 Posto che si tratta di provvedimenti atipici che consentono di attribuire poteri straordinari nell'ipotesi in cui vi sia il presupposto dell'urgenza è richiesto che l'obbligo di motivazione per il Sindaco con il quale devono essere evidenziate sia la gravità che la pericolosità della situazione oltre alla precisa elencazione dei pericoli gravi e concreti che possono rappresentare una minaccia imminente per la popolazione. Si tratta di elementi idonei a giustificare l'adozione delle ordinanze *extra ordinem*.

T.A.R. Campania-Napoli, III, 15 febbraio 2011 n. 952. M. VACCARELLA, *Il potere di ordinanza sindacale per la sicurezza urbana e l'incolumità pubblica. Quaderni di Diritto e processo amministrativo*, 14, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p.39.

25 G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XII, Utet, Torino, 1965, p. 92.

di conseguenza con chiarezza la vera natura delle ordinanze *extra ordinem*: ossia esse derogano all'insieme dei poteri ordinari disciplinati e previsti dall'ordinamento giuridico al fine di regolare e disciplinare situazioni ordinarie e tipiche. Nonostante il potere di adottare ordinanze *extra ordinem* ponga dubbi di conformità dello stesso rispetto all'ordinamento costituzionale le stesse *rispondono ad un compito insostituibile*: ossia le stesse svolgono la funzione di *valvola nei casi in cui la norma non appronta alcun provvedimento tipico per intervenire*²⁶.

Volendo pervenire ad una definizione delle ordinanze di necessità ed urgenza o contingibili ed urgenti bisogna precisare, in primo luogo, come detta locuzione *non rappresentano un endiadi, ma caratterizzano lo stato accidentale di necessità*. In secondo luogo si deve sottolineare che secondo la ricostruzione esistente in giurisprudenza e dottrina la caratteristica dell'urgenza *attiene all'indifferibilità del provvedimento che deve essere tale da impedire l'impiego dei mezzi ordinari*, mentre la contingibilità farebbe riferimento al *contenuto di straordinarietà, accidentalità e imprevedibilità*²⁷. Poste queste due riflessioni autorevole dottrina ha definito detta tipologia di ordinanze *quali atti di autorità amministrative, adottabili sul presupposto della necessità e dell'urgenza del provvedere, per far fronte ad un pericolo di danno grave ed imminente per la generalità dei cittadini, con contenuto discrezionalmente determinabile e non prestabilito dalla legge e con il potere di incidere derogativamente e sospensivamente sulla legislazione in vigore, con efficacia (tendenzialmente) temporanea*²⁸. Solamente in relazione a questa tipologia di atti si ritiene che possa esplicarsi il potere di ordinanza in senso stretto ossia quale esercizio di un potere *extra ordinem*. L'esercizio di detto potere consente di adottare *atti generali o singolari non predeterminati quanto al contenuto, emanati in casi di urgente necessità da autorità amministrative diverse dal Governo*²⁹. Si tratta di atti definibili come atipici in quanto il loro contenuto non è predeterminato³⁰ e di conseguenza sono atti derogatori posto che gli stessi introducono o deroghe a diritto qualora lo stesso non disciplini la fattispecie o

26 V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 143, cit.

27 F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, op. cit., pp. 979-980, cit.

28 G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità ed urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, cit.

29 G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, op., ult., cit., p. 91.

30 M. BROCCA, *Le contraddizioni delle ordinanze ordinarie del sindaco. Nota a Corte Costituzionale*, 7 aprile 2011, n. 115, in *Foro amministrativo*, CDS, fasc. 7-8/2011, pp. 2278-2305.

deroghe a specifiche disposizioni nell'ipotesi in cui queste ultime contengano mezzi di intervento non applicabili nel caso concreto³¹.

2.1. Fonti e disciplina legislativa.

Volgendo la disamina alle fonti legislative del potere di ordinanza a livello degli enti locali si esamineranno le fonti legislative che riconoscono detto potere in capo al Presidente della Regione, al Prefetto ed infine al Sindaco. Prima di procedere all'analisi normativa si precisa che la regola per distribuire la competenza tra detti enti locali si rinviene dalla lettura congiunta dell'art. 117 co. 1 del Dlgs. 112/1998 e dell'art. 32 L. 833/1978. Il criterio cardine da seguire è rappresentato dall'ambito territoriale rispetto al quale insiste l'emergenza da gestire: se avrà carattere locale la competenza sarà del Sindaco, se insisterà su più Comuni o sull'intero territorio regionale la competenza sarà del Presidente della Regione³².

Partendo dalle prime la fonte attributiva del potere di ordinanza contingibile ed urgente al Presidente della Regione è l'art. 32 co. 3 L. 833/1978 il quale enuncia che *nelle medesime materie³³ sono emesse dal presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente piu' comuni e al territorio comunale.*

Per quanto concerne il potere di ordinanza riconosciuto al Prefetto la fonte di tale potere è stata rinvenuta nell'art. 2 Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza³⁴ secondo cui *il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica.* Dall'analisi di detta disposizione non emergono alcuni presupposti ai quali ancorare l'attivazione dello stesso. La stessa Corte costituzionale ha ritenuto che detta disposizione indichi anche il limite del potere del Prefetto *perché circoscrive il potere prefettizio a materie determinate, ancorandolo,*

31 F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, op., cit., p. 2.

32 M. BORGATO – D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24.3.2020.

33 Si tratta di quelle contenute nel precedente comma ossia *materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi.*

34 R.D. 18 giugno 1931, n. 773),

*per altro verso, ai soli motivi di sanità o di sicurezza pubblica*³⁵. Di conseguenza il Prefetto può ricorrere al potere di ordinanza ogni volta che lo stesso reputi necessario ed urgente intervenire in modo derogatorio: dal punto di vista legislativo quindi si tratta di una competenza definibile come generale poiché idonea a fronteggiare fatti emergenziali sia naturali, sia connessi con l'attività umana sia emergenze pubbliche³⁶. L'art. 216 del medesimo testo unico disciplina un'ipotesi particolare, ossia facendo salvo quanto contenuto nell'art. 2 *qualora la dichiarazione di pericolo pubblico si estenda all'intero territorio della Repubblica, 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.*

Le fonti normative che attribuiscono al Sindaco il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti sono due.

La prima è data dall'art. 104 L. 2248/1865 all. a) secondo cui *appartiene pure al sindaco di fare i provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza ed igiene pubblica sulle materie di cui al numero 6 dell'articolo 138, e di far eseguire gli ordini relativi a spese degli'interessati senza pregiudizio dell'azione penale in cui fossero incorsi.* La seconda invece si rinviene negli art. 50 co. 5-6³⁷ e 54 co.4

35 Corte cost. 4 gennaio 1977, n. 4.

Oltre a questo la Corte precisa anche che *la tutela della salute e dell'incolumità delle persone non può non limitare il concreto esercizio del diritto di sciopero, così come avviene per altri interessi, che trovano del pari riconoscimento nel testo costituzionale e la cui salvaguardia, insieme a quella della sicurezza verso l'esterno, costituisce la prima ed essenziale ragion d'essere dello Stato. i particolari limiti che all'esercizio del diritto di sciopero possono derivare dall'applicazione dell'art. 20 del t.u. comunale e provinciale del 1934 trovano il loro fondamento nell'art.32 Cost., a norma del quale "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività", poiché tra i motivi legittimanti il Prefetto a provvedere con ordinanze contingibili e urgenti vi sono espressamente menzionati quelli "di sanità" (concretamente invocati nel caso de quo dall'ordinanza del Prefetto di Rieti). Ed a conclusioni analoghe deve giungersi altresì per i motivi "di sicurezza", che hanno riferimento alla integrità fisica ed incolumità delle persone e costituiscono perciò concetto diverso da quello di "ordine pubblico" (distintamente richiamato, infatti, nell'art. 2 del t.u. di p.s.): non potendosi dubitare che l'interesse alla tutela di quei beni rientri nel nucleo essenziale degli interessi generali, preminenti su ogni altro, sottostanti all'intera Costituzione e da questa perciò recepiti e garantiti (anche espressamente, attraverso l'ampia formulazione dell'art. 2 relativo ai "diritti inviolabili dell'uomo").*

36 G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

37 *In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza ivi compresa la*

e 4-*bis*³⁸ del D.lgs. 267/2000 ossia il Testo Unico degli Enti Locali successivamente modificato con Dl. 92/2008 convertito successivamente nella L. 125/2008³⁹. A seguito di detta modifica l'art. 54 co. 4 aveva creato problemi di legittimità costituzionale nella parte in cui era stata inserita la congiunzione “anche” prima delle parole “contingibili ed urgenti”. Secondo la ricostruzione del T.A.R. Veneto⁴⁰ in questo modo al Sindaco sarebbe stato attribuito *potere normativo sganciato dai presupposti fattuali della contingibilità ed urgenza, dunque tendenzialmente illimitato e capace di incidere sulla libertà dei singoli di tenere ogni comportamento che non sia vietato dalla legge* al punto da rendere *la disposizione censurata avrebbe disegnato una vera e propria fonte normativa, libera nel contenuto ed equiparata alla legge*.

A seguito dell'ordinanza di remissione del T.A.R. Veneto la Consulta⁴¹ ha osservato come l'espressione *anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento* sia posta tra due virgole che consentono di concludere come questa espressione debba essere riferita esclusivamente ai provvedimenti contingibili ed urgenti e non anche alle ordinanze sindacali di ordinaria amministrazione⁴². Oltre a questo il Giudice delle Leggi evidenzia che

costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.

In caso di emergenza che interessi il territorio di più comuni, ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti ai sensi del precedente comma.

38 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.

I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4 concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti.

³⁹ Esse rinvergono a loro volta la propria fonte nell'art. 153 R.D. 148/1915 il quale riconosceva al Sindaco un potere generale *extra ordinem* al fine di far fronte a tutti i casi di urgenza e necessità che avessero dovuto verificarsi nell'ambito locale. A. PIROZZOLI, *Il potere di ordinanza del sindaco*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, pp. 1-6.

⁴⁰ Ordinanza n. 191 del 22.3.2010.

⁴¹ Corte cost. n. 115, 7.4.2011.

⁴² Oltre a questo la Corte costituzionale sottolinea che nonostante le ordinanze sindacali ordinarie e quelle di contingibili ed urgenti nonostante abbiano in comune la finalità, ossia garantire la tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana risultano essere diverse rispetto ai presupposti e al regime giuridico al quale sono assoggettate. Le prime devono rispettare le disposizioni legislative e regolamentari mentre le seconde possiedono quale presupposto quello dell'urgenza e sono ammesse solamente nel rispetto di detta situazione eccezionale e soggiacciono ai principi generali dell'ordinamento.

se la corretta interpretazione della norma oggetto del sindacato non *conferisce ai sindaci alcun potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative o regolamentari vigenti*⁴³.

Ulteriori modifiche si sono realizzate mediante il Dl. 14/2017 convertito con modificazioni in L. 48/2017⁴⁴. Essenzialmente detto decreto-legge interviene su tre fronti. In primo luogo viene concettualizzata la nozione di sicurezza urbana rinvenibile negli scopi che il legislatore canalizza i poteri sindacali ossia *benessere delle comunità territoriali* (art. 1, co. 2), attraverso *una serie di misure di assicurazione finalizzate a rafforzare la percezione che le pubbliche istituzioni concorrono unitariamente alla gestione delle conseguenti problematiche, nel superiore interesse della coesione sociale*. In secondo luogo viene specificatamente attribuito al Sindaco la possibilità di adottare provvedimenti *extra ordinem* qualora ricorrano *«situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana»*, con particolare attenzione alla tutela *della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materie di orari di vendita e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche* (art. 8). Viene altresì previsto che nelle materie rispetto alle quali viene consentito il potere di ordinanza contingibile ed urgente i Comuni possano adottare regolamenti. Infine l'art. 54 co. 4-*bis* ha subito modifiche ad opera dell'art. 8 Dl. 14/2017 poiché è stata inserita la previsione secondo cui i provvedimenti *extra ordinem* adottabili dal Sindaco al fine di

43 Successivamente la pronuncia *de qua* analizza i diversi profili di illegittimità costituzionale dell'art. 54 co. 4. La Corte rileva come l'attribuire ai Sindaci, quali Ufficiali di Governo, un potere non collegato ai presupposti della contingibilità ed urgenza consente l'esercizio *di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore*. Detto potere, nella ricostruzione della Consulta, risulta essere indeterminato ed espressione di una discrezionalità illimitata al punto da porsi in contrasto con il principio di legalità sostanziale. Esso deve essere rispettato in relazione a qualsivoglia conferimento di poteri amministrativi e non ammette *l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa*. Oltre a questo il potere attribuito ai Sindaci di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione viola l'art. 23, 97 e 3 Cost. Precisamente il primo risulta essere violato poiché lo stesso *non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati*. Il secondo, invece, risulta essere compromesso dato che contiene una riserva relativa di legge preordinata a garantire l'imparzialità della pubblica amministrazione. L'art. 3 sarebbe violato in quanto in ipotesi di assenza di una base legislativa *gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci*.

L. IACOBONI, *Il potere di ordinanza del sindaco nella più recente giurisprudenza*, in www.contabilita-pubblica.it.

44 S. GARDINI, *Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, in Federalismi.it, n. 15/2018, pp. 1-25.

prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti e lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardanti fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti.

2.2. La natura giuridica delle ordinanze contingibili ed urgenti.

È opinione condivisa in dottrina⁴⁵ che la questione relativa alla fonte del potere circa l'adozione di ordinanze debba essere collocato all'interno della questione molto più ampia e complessa relativa alla completezza o non completezza dell'ordinamento giuridico. La questione concerne, in altre parole, la non previsione di strumenti giuridici capaci di fronteggiare situazioni non prevedibili secondo una valutazione *ex ante*⁴⁶. A tal proposito è stato affermato che l'ordinamento giuridico non ammetta l'esistenza di lacune in quanto lo stesso manifesta e rappresenta quello che è il diritto vivente esistente in una determinata società. La prospettiva cambia quando anziché studiare l'ordinamento giuridico si volge lo sguardo all'ordinamento normativo il quale è formato dalle leggi promulgate dal Parlamento al fine di disciplinare le diverse situazioni e necessità che le singole leggi sono chiamate a regolare. Con riferimento all'ordinamento normativo lo stesso può essere definito lacunoso in quanto è impossibile prevedere, disciplinare ogni eventuale fattispecie concreta. Questa mancanza normativa nella concretezza viene colmata grazie all'attività di interpretazione mediante la quale, in prima battuta, si deve collocare il problema rispetto al quale si ritiene essere esistente la lacuna. La risoluzione dello stesso avviene mediante l'applicazione di principi generali dell'ordinamento giuridico, principio di giustizia, criteri di risoluzione delle antinomie oppure interpretazione estensiva o analogica⁴⁷.

45 L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza: le ordinanze*, op., cit.

46 A tal proposito è stato sostenuto che *poiché l'ordinamento giuridico non può non essere completo ed offrire così una regolamentazione esaustiva di tutte le possibili situazioni conflittuali [...] 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 nel nostro ordinamento è quella contenuta nel secondo comma dell'art. 12 disp. prel. che rinvia ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.* V. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2007, p. 51, cit.

47 F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, op., ult., cit., p. 3.

In relazione al quadro appena prospettato è stato sostenuto che il potere di ordinanza sia una delle forme di eterointegrazione dell'ordinamento. Si tratta di un *modus operandi* eccezionale dato che le lacune non sono sanate dalla legge ma grazie all'attività del soggetto chiamato a rinvenire una soluzione concreta rispetto ad un conflitto di interessi non sciolto dalla norma. La particolarità di questo potere ordinanza è che in detta ipotesi esso perderebbe il carattere di attività amministrativa poiché l'attività stessa assumerebbe quali caratteristiche l'essere creativa e dispositiva. Nel meccanismo appena descritto, infatti, la soluzione del conflitto viene rinvenuta attraverso un'attività normativa particolare, diretta ed occasionale decisa dallo stesso amministratore con la conseguenza che l'attività amministrativa svolge non la propria funzione, ossia quella di perseguire fini di pubblico interesse, ma crea il diritto⁴⁸.

Posta questa peculiarità del potere di ordinanza ci si è interrogati circa la natura giuridica delle stesse ordinanze. Partendo dalla riflessione secondo cui le norme che attribuiscono il potere di ordinanza possiedono la struttura tipica delle norme sulla produzione giuridica si è arrivati a ritenere come le stesse ordinanze emanate sulla base di quelle disposizioni siano atti di produzione giuridica. Questa conclusione poggia su altri due aspetti. *In primis* la capacità derogatoria delle ordinanze offrirebbe la prova circa la capacità delle stesse di innovare l'ordinamento giuridico. *In secundis* la caratteristiche delle stesse di essere generali ed astratte consentirebbe di sostenere come le stesse siano norme in quanto dotate delle caratteristiche tipiche di queste ultime ossia la generalità e l'astrattezza⁴⁹.

Ricostruzione opposta e maggiormente condivisa in dottrina e giurisprudenza sostiene come le ordinanze debbano essere ricondotte all'interno del *genus* dei provvedimenti amministrativi⁵⁰. A sostegno di questa tesi vi è quale argomento principale quello secondo cui le ordinanze sono emanate dall'amministrazione nello svolgimento e per lo svolgimento dei compiti attribuiti alla stessa. Oltre a questo si richiede che le ordinanze possiedano il carattere della concretezza in quanto devono essere strettamente collegate ad una situazione determinata relativa ad un fatto contingente ed eccezionale. Oltre a ciò le ordinanze possiedono una capacità innovativa delimitata temporalmente ossia circoscritta al periodo di

48 L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza: le ordinanze, op., ult., cit.*, pp. 13-20.

49 M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giurisprudenza com. cass. civ.*, vol. XXVII, 1948, p. 388.

50 A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 42-55.

tempo entro cui persistente la situazione che l'ordinanza è chiamata a disciplinare⁵¹. Infine, *le ordinanze non possiedono e non possono possedere la stessa caratteristica degli atti con forza di legge* ossia quella di innovare l'ordinamento giuridico e non hanno nemmeno la stessa efficacia ossia la capacità di abrogare le leggi anteriori o gli atti equiparati alle leggi⁵². Aderente a questo approccio dottrinario risulta essere una pronuncia⁵³ della Corte costituzionale secondo cui la natura sia sostanziale che formale delle ordinanze è quella amministrativa. A tal proposito la Corte precisa che qualora le ordinanze siano normative *non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge. Sia che si rivolgano a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi.*

Una tesi intermedia tra quelle appena esposte ritiene che le ordinanze contingibili ed urgenti possano essere definite *come atti proprio al limite tra fonte e provvedimento*⁵⁴. Le stesse nonostante possiedano le caratteristiche della generalità e dell'astrattezza sono volte a disciplinare solamente la situazione concreta da disciplinare. Un ulteriore aspetto problematico che ha impegnato il dibattito dottrinale concerne la possibile conformità a Costituzione di queste ordinanze. *La Carta costituzionale italiana* annovera fra i suoi principi la rigidità della costituzione, il riconoscimento dei diritti fondamentali, la previsione della riserva di legge, la tipicità e la tassatività delle fonti primarie del diritto, la supremazia del Parlamento rispetto al Governo nella distribuzione del potere legislativo, la tipicità degli atti aventi forza di legge, il principio di separazione tra potere legislativo e amministrativo nonché il principio di legalità dell'amministrazione⁵⁵. Dato questo assetto normativo ci si è chiesti se sia ammissibile la permanenza degli atti *extra ordinem* all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano.

51 Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2004, n. 4402.

52 G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, op. cit., p. 94, cit.

53 Corte cost. 4 gennaio 1977, n. 4.

54 V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2000, p.29, cit.

55 A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI, *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 148-149.

La dottrina maggioritaria ha ritenuto la legittimità di dette ordinanze precisando come le stesse *sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità* e che il potere di ordinanza può essere definito come *potestà di creare provvedimenti atipici al di fuori della previsione normativa e, pertanto, sotto tale profilo, necessariamente derogatori, senza tuttavia che ciò possa significare che il titolare abbia un'assoluta libertà di scelta*⁵⁶.

Ulteriore aspetto concerne il perimetro entro cui è possibile per la pubblica amministrazione intervenire con le ordinanze. Vi deve essere quale presupposto quello dell'urgente necessità il quale deve essere a sua volta declinato entro specifici limiti siano essi di materia (igiene, sanità pubblica) o relativi a specifici fini da perseguire (ordine pubblico, sicurezza pubblica, ecc)⁵⁷. Si deve precisare come la legittimità delle ordinanze *extra ordinem* all'interno dell'ordinamento costituzionale dipende dal rispetto di alcuni limiti e presupposti che ne indicano l'ammissibilità.

2.3. Limiti e presupposti delle ordinanze contingibili ed urgenti.

Come detto nel precedente paragrafo le ordinanze *extra ordinem* sono ritenute rispettose della Carta costituzionale a condizione che le stesse rispettino determinati presupposti e determinati limiti ossia che le stesse spieghino la propria azione all'interno di un perimetro ben delimitato e circoscritto.

Il primo presupposto che legittima l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti è dato dal verificarsi di situazioni di necessità avente carattere eccezionale ed imprevedibile che proprio per la loro peculiarità non possono essere regolate con gli strumenti ordinari dell'ordinamento giuridico e che pertanto legittimano la pubblica amministrazione ad esercitare provvedimenti *extra ordinem*.

56 M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 580.

57 E. MAGGIORA, *Le ordinanze negli enti locali*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 247-255.

Ulteriori presupposti sono dati dall'urgenza, dalla contingibilità ed infine dalla temporaneità degli effetti dei provvedimenti *de quibus*.

Per quanto concerne i limiti le ordinanze contingibili ed urgenti devono spiegare i propri effetti nel rispetto della Costituzione e delle norme imperative primarie e possono essere emanate nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, quale ad esempio il principio di legalità⁵⁸. Nonostante detto principio⁵⁹ non possa essere eluso dall'adozione di dette ordinanze queste costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità delle fonti dell'ordinamento. Precisamente le ordinanze di cui si tratta hanno lo scopo di affrontare situazioni caratterizzate da particolare necessità, connotate da eccezionalità ed urgenza ed infine non possono avere contenuto predeterminato⁶⁰.

Si deve precisare che le ordinanze contingibili ed urgenti possiedono quale caratteristica principale quella secondo cui *il contenuto prescrittivo viene stabilito volta per volta dall'atto senza previa determinazione nel diritto vigente*⁶¹. Le norme che attribuiscono il potere si limitano solamente a determinare il presupposto, ossia l'urgente necessità di provvedere, ad indicare la materia che le stesse possono disciplinare ed infine il fine che le stesse devono perseguire. Si tratta di indicazioni generiche alle quali si deve aggiungere la circostanza in base alla quale le norme attribuenti detto potere autorizzano i soggetti in capo ai quali sorge il potere di ordinanza di *porre in essere qualunque tipo di atto e quindi di determinare qualunque tipo di effetto in ordine a situazioni soggettive indeterminate, al fine di provvedere secondo ciò che richiede una determinata situazione di necessità*⁶².

58 Se necessario possono essere adottate *contra legem* a condizione che le stesse intervengano in materie non coperte da riserva assoluta di legge.

59 Il principio di legalità richiede che qualsiasi potere amministrativo sia sempre previsto dalla legge. La funzione che il principio de quo svolge risulta essere duplice: assume un aspetto garantista in quanto richiede che l'azione pubblica sia conforme alle orme generali ed astratte ma anche democratica ossia l'esigenza che la norma derivi da un atto *che rinvenga la propria forza vincolante dalla volontà dei cittadini*. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Traccani*, XVIII, Roma, Ist. Enc. It., 1990, p. 1.

Conseguenza diretta ed immediata del principio di legalità è data dalla tipicità degli atti amministrativi ossia la legge deve stabilire i presupposti, il procedimento e gli effetti del potere che attribuisce ad una determinata amministrazione. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 508,

60 G.M. FOTI, *Il potere di ordinanza del Sindaco alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.ildirittoamministrativo.it, pp. 1-6.

61 G.U. RESCIGNO, *Recenti e problematici sviluppi del potere di ordinanza del Sindaco*, in M. MANETTI – R. BORELLI, *Sicurezza urbana: poteri e garanzie. Atti del convegno Monteriggioni*, 11 Giugno 2010, Maggioli, San Marino, p. 24.

Da quanto appena descritto emerge come il potere di ordinanza possa essere definito anche come una deroga al principio di legalità *sub-specie* tipicità delle fonti primarie⁶³.

Si tratta di una deroga ammessa e consentita solamente al ricorrere di determinate condizioni. Oltre al ricorrere della situazione di urgenza⁶⁴ e contingibilità è richiesto che l'amministrazione ponga in essere solamente quelle limitazioni indispensabili per il perseguimento dell'interesse pubblico e che allo stesso tempo risultino si traducano nel minor sacrificio possibile rispetto alle posizioni soggettive dei soggetti destinatari dell'ordinanza⁶⁵. L'amministrazione potrà adottare strumenti straordinari solamente quando la situazione eccezionale non possa essere affrontata con i poteri ordinari ossia quelli conferiti alle diverse autorità amministrative in relazione ai diversi compiti di amministrazione. Qualora non dovesse ricorrere questa condizione il potere di ordinanza risulterebbe non essere giustificato⁶⁶.

Posto che il potere di ordinanza risulta essere residuale poiché il presupposto per il suo esercizio è dato dall'inadeguatezza dei poteri determinati nel contenuto il potere in questione può essere tollerato solamente nell'ipotesi in cui *non vi siano, o non siano sufficienti, gli strumenti esistenti, sia ordinari, sia d'urgenza tipizzati*⁶⁷. Sostenere che le ordinanze *extra ordinem* possiedano carattere residuale vuol dire come il potere di adottare le stesse sia precluso ogni volta in cui vi sia una normativa specifica che disciplini la fattispecie in questione⁶⁸.

62 V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 290-291, cit.

63 A tal proposito autorevole dottrina ha sostenuto che *andare contro il principio di tipicità degli atti amministrativi significa ledere il principio di legalità in senso sostanziale. La legalità formale c'è: l'atto infatti è previsto da una disposizione con forza di legge; ma la legge in questo caso si limita ad attribuire un potere generico e generale, indeterminato, e cioè il potere di stabilire qualunque cosa il soggetto abilitato decida di decidere, salvi gli eventuali presupposti e le eventuali finalità per cui l'atto è ammissibile secondo legge. Viene meno l'essenziale della legalità in senso sostanziale, e cioè la possibilità di commisurare l'atto concreto al tipo astratto previsto dalla legge (l'ordinanza, per quanto riguarda il contenuto, e cioè il momento più importante di un atto autoritativo, diventa per dir così legge di se stessa)*. G.U. RESCIGNO, *Recenti e problematici sviluppi del potere di ordinanza del Sindaco*, op.,cit., , pp. 25-26, cit.

64 Deve essere interpretata come urgenza di provvedere ossia non possibilità di differimento dell'adozione degli atti volti a tutelare l'interesse in pericolo. F. BARTOLOMEI, voce *Ordinanza* in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980.

65 R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 62.

66 V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, op., cit, pp. 353-358.

67 M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2005, p. 672, cit.

68 Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6366.

In conclusione il potere di adottare ordinanza *extra ordinem* è legittimo solamente quando la situazione di urgenza sia strettamente correlata alla situazione di necessità e di contingibilità⁶⁹. La necessità che viene ammessa quale deroga del diritto è solamente quella che si traduce in uno stato di fatto che richiede che sia necessario ed indispensabile derogare al diritto⁷⁰. Per quanto attiene alla contingibilità la stessa è stata equiparata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza al concetto di imprevedibilità.

A questa posizione è stato obiettato come l'ordinanza possa intervenire anche su una situazione già conosciuta e esistente da tempo senza che questo comporti l'urgenza circa la necessità di provvedere⁷¹. Una caratteristica intrinseca di questo aspetto è dalla provvisorietà. Si deve trattare di un provvedimento temporaneo, legato a circostanze contingenti e destinato a perdere efficacia quando le stesse verranno meno⁷².

Si tratta di un requisito interpretato dalla giurisprudenza amministrativa all'interno della quale si individuano essenzialmente due filoni interpretativi. Il primo⁷³ ha costantemente sostenuto come le ordinanze *extra ordinem* debbano possedere un'efficacia limitata nel tempo poiché le stesse sono finalizzate a offrire un rimedio avente carattere occasionale e momentaneo destinato a spiegare effetti all'interno dei limiti temporali in cui si verifica la situazione di fatto che si intende fronteggiare⁷⁴. Secondo la ricostruzione fornita dai giudici amministrativi quindi l'amministrazione non avrebbe il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti ogni volta che detta ordinanza dovesse assumere il carattere di continuità e stabilità degli effetti⁷⁵. Un secondo orientamento giurisprudenziale, invece, ha sottolineato che le ordinanze *de quibus* non debbano per forza possedere il carattere della temporaneità quando essere dirette ad eliminare la situazione di pericolo che risulta essere il tratto peculiare e caratteristico⁷⁶. Questa interpretazione estensiva non deve essere interpretata come *un segnale di incoerenza con i*

69 A tal proposito le ordinanze contingibili ed urgenti sono definite altresì come ordinanze di necessità ed urgenza.

70 Solo se la necessità è tale da non consentire di ricorrere ai normali strumenti di intervento, cioè solo se è urgente, è ammissibile ricorrere al potere di ordinanza. G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, op., ult., cit., p. 92, cit.

71 Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2006, n. 5639.

72 V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, op., cit., p. 293.

73 Tar Lazio, sez. II, 6 ottobre, 2001 n. 8173; Cons. St., sez. V, 14 aprile 1997 n. 351; CGA Sicilia, sez. giur., 30 aprile 1997 n. 39; Cons. St., sez. V, 4 aprile 1975 n. 426; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 4 ottobre, 1991 n. 1227.

74 Tar Calabria, sez. II, 13 dicembre 2011 n. 1552.

75 Cons. St., sez. V, 30 giugno 2011 n. 3922; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2001 n. 998.

*principi generali in tema di provvisorietà e temporaneità della misura, bensì come la conferma della elasticità che caratterizza necessariamente questi provvedimenti*⁷⁷. Questo assunto prende le mosse dalla considerazione secondo cui i provvedimenti *extra ordinem* hanno quale finalità essenziale e peculiare quella di disciplinare situazioni di rischio imprevedibili od impreviste dalle quali potrebbero derivare effetti provvisori o permanenti collegati al perdurare o meno della situazione di pericolo da disciplinare⁷⁸.

In giurisprudenza⁷⁹ si è affermato come la contingibilità di detto potere si debba necessariamente coniugare con la proporzionalità. Risulta essere quindi preclusa all'amministrazione procedente *la facoltà di discostarsi da regole che di regola presiederebbero il suo doveroso modus procedendi in tutti i casi in cui ciò non risulti ragionevolmente necessario in relazione alla natura dei provvedimenti da adottare, né giustificato alla stregua di tutte le contingenze della vicenda concreta*⁸⁰. Il principio di proporzionalità diviene il canone rispetto al quale valutare se il potere pubblico sia coerente e rispettoso delle linee fondanti l'ordinamento giuridico e non invada sfere di potere che a detto potere devono essere estranee. Si tratta di un principio che si declina a sua volta in due sotto-principi. *In primis* si esplica quale elemento di valutazione dell'adeguatezza della misura in relazione all'interesse pubblico che l'amministrazione persegue. *In secundis* viene un criterio utile per modulare il sacrificio imposto agli interessi privati dinnanzi all'interesse pubblico⁸¹.

La Corte costituzionale ha sostenuto che alla luce del principio di proporzionalità affinché le misure siano legittime è necessario che le stesse siano proporzionali, appunto, rispetto alla situazione da fronteggiare. Di conseguenza il Giudice delle Leggi ha evidenziato l'esistenza di *un rapporto di proporzionalità tra la portata dell'evento cui far fronte e il contenuto dei provvedimenti: tra le misure adottate e la qualità e la natura degli eventi deve sussistere un nesso di*

76 Tar Campania, Salerno, sez. I, 15 dicembre 2006, n. 2216; Tar Valle d'Aosta, 20 dicembre 2004, n. 165; Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6168.

77 Cons. St., sez. V, 9 febbraio 2001, n. 580, cit.

78 A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità ed urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Foro amministrativo TAR*, fasc. 9/2012, pp. 3009-3047.

79 Cons. St., sez. V, 28 giugno 2004, n. 4767, confermativa di Tar Piemonte, sez. I, 18 novembre 1999, n. 707.

80 P. M. VIPIANA PERPETUA, *Le ordinanze sindacali contingibili ed urgenti in materia di circolazione stradale e tutela della salute e dell'incolumità fisica*, in *Istituzioni del Federalismo*, n.3 e 4/2013, p. 804, cit.

81 Tar Lazio, Roma, sez. III, 15 settembre 2006, n. 8614; Tar Campania, Salerno, sez. II, 22 aprile 2005, n. 659; Tar Lazio, Roma, sez. I, 30 dicembre 2004, n. 4088.

*congruità e proporzione*⁸². Sempre in relazione al principio di proporzionalità una pronuncia del Consiglio di Stato sottolinea che *il principio di proporzionalità, di cui si fa applicazione in materia di ordinanze di necessità ed urgenza, rientra tra i principi generali dell'ordinamento ed implica che la Pubblica Amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti. Di conseguenza, le autorità amministrative non possano imporre con atti amministrativi straordinari obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria alla tutela del pubblico interesse che l'autorità è tenuta a perseguire, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da realizzare, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile*⁸³.

Dalla disamina delle sentenze proposte in relazione al principio di proporzionalità emerge come lo stesso qualora non venga rispettato conduca all'illegittimità della stessa ordinanza. Situazione di emergenza che presenti i tratti dell'urgenza e della contingibilità non è la sola idonea a garantire che il potere di adottare ordinanze *extra ordinem* venga ritenuto conforme all'ordinamento costituzionale.

L'aspetto sul quale fare chiarezza concerne l'individuazione dei confini da porre affinché il potere di ordinanza non invada i contenuti propri di scelte che devono essere riservate al legislatore⁸⁴. L'esempio tipico di ordinanza contingibile ed urgente si rinviene nell'art. 2 R.D⁸⁵. n. 773/1931 con il quale veniva previsto che *il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*. Con riferimento a detta disposizione la Consulta ha sostenuto come solamente prevedendo e indicando limiti al potere di ordinanza le norme attributive dello stesso possono ritenersi conformi a Costituzione⁸⁶. In questa pronuncia il Giudice delle Leggi sottolineò come non sia ammesso il contrasto tra i provvedimenti del Prefetto e i principi generali dell'ordinamento in quanto *dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che,*

82 Corte costituzionale 14 aprile 1995, n. 127, cit.

83 Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, cit.

84 R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, op., cit., pp. 93-97.

85 È rimasta in vigore nella sua originaria formulazione grazie alla pronuncia della Corte costituzionale 27 maggio 1961, n. 26, che l'ha dichiarata incostituzionale *nei sensi e nei limiti indicati in motivazione*.

86 Corte cost. n. 26/1961.

*rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga, nemmeno ad opera della legge ordinaria*⁸⁷. I principi generali dell'ordinamento comprendono i principi costituzionali e i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico⁸⁸ all'interno dei quali devono essere ricompresi quelli derivanti dal diritto europeo ossia quelli contenuti nelle pronunce della Corte di Giustizia o rinvenibili nelle disposizioni sovranazionali⁸⁹. Se queste sono le "fonti" da cui derivano i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico gli stessi, ad una prima approssimazione, possono essere individuati all'interno *dei criteri informatori dell'intero ordinamento giuridico dello Stato, i quali sono anzitutto enunciati nella Costituzione (es. principio di democraticità, di solidarietà, di eguaglianza)* e possono essere altresì ricavati *dalla ratio di complessi normativi, comuni all'intero diritto statale, attraverso un procedimento induttivo dal generale al particolare*⁹⁰.

L'altro limite individuato dalla Corte è stato quello rappresentato dalla riserva di legge, sia essa assoluta o relativa. Precisamente la Consulta ha ricordato che nelle materie rispetto alle quali è prevista la riserva assoluta di legge non è ammissibile l'esistenza di un atto amministrativo avente un contenuto difforme dalle previsioni costituzionali e che l'eventuale legge che dovesse attribuire il potere di adottare un simile atto dovrebbe ritenersi illegittima. Nelle materie rispetto alle quali è dettata la riserva relativa di legge la legge può legittimamente attribuire poteri amministrativi aventi contenuto integrativo a condizione però che la legge stessa contenga criteri idonei ad imbrigliare la discrezionalità degli organi titolari dei poteri. Rispettare la riserva di legge non si traduce ad una prescrizione normativa ad opera del legislatore *"in bianco" genericamente orientata ad un principio valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione*

87 La corte si era già pronunciata sulla medesima questione (Corte cost. 2 luglio 1956, n. 8) e in quell'occasione aveva stabilito che l'art. 2 non fosse contrario a Costituzione a condizione che lo stesso venisse interpretato nel modo indicato dalla pronuncia stessa. Precisamente la Consulta aveva ritenuto che l'art. 2 doveva essere interpretato alla luce del nuovo ordinamento costituzionale e che le ordinanze menzionate nello stesso erano ascrivibili ai provvedimenti amministrativi. La seconda volta la Corte mutò orientamento in quanto nel frattempo era intervenuta una sentenza della Corte di Cassazione (Cass., S.U., 16 giugno 1958, n. 2068) con la quale l'ordinanza prefettizia era stata ascritta alle ordinanze libere e che qualora vi fossero stati altri presupposti le stesse sarebbero state idonee a degradare i diritti soggettivi garantiti dalla Costituzione in interessi legittimi. S. FRANCHIONI, *Potere di ordinanza, sicurezza urbana e Costituzione*, in A. LORENZETTI- S. ROSSI (a cura di) *Le ordinanze in materia di incolumità pubblica e di sicurezza urbana. Origini, limiti e contenuti*, Jovene, 2010, p.10.

88 Cons. St., sez. IV, del 28 ottobre 2011 n. 5799.

89 Cons. St., sez. IV, 27 maggio 2002 n. 2915.

90 Tar Campania, Salerno, 25 maggio 1987 n. 182, cit.

*amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini*⁹¹. Sempre la Corte costituzionale⁹² successivamente ha precisato che l'adozione di un decreto ministeriale recante la disciplina dell'ambito di applicazione delle norme di potere di ordinanza assolve solamente la funzione di orientare l'esercizio della funzione di Sindaco quale ufficiale del Governo e all'interno del rapporto gerarchico che lega il primo al Ministro dell'Interno. Dall'altra parte però questo non risulta rispettare il requisito della riserva di legge dato che si tratta di un atto inidoneo a delimitare la discrezionalità del potere pubblico. *Questa inadeguatezza del decreto ministeriale deriva dalla natura dello stesso ossia l'essere un atto amministrativo espressione di discrezionalità e non capace per propria natura a porre limiti alla discrezionalità stessa*⁹³. Alla luce di questo esso non potrebbe ritenersi assolta la funzione di riserva di legge ex art. 23 Cost. *senza incorrere in un vizio logico di autoreferenzialità*. Ulteriore aspetto evidenziato dalla Corte concerne il fatto che la sfera di libertà dei cittadini è *suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare*.

L'attività amministrativa straordinaria risulta essere imbrigliata altresì dal rispetto dei principi relativi all'organizzazione della pubblica amministrazione quale per esempio il *principio di sussidiarietà, di leale collaborazione tra Stato e Regioni*.

Partendo dal primo si deve rammentare che il nostro ordinamento risulta essere informato al principio di sussidiarietà ossia nel momento dell'individuazione dell'organo competente ad esercitare un pubblico potere la preferenza cade sull'autorità locale più vicina ai cittadini. Solamente nell'ipotesi in cui detto intervento dovesse rivelarsi insufficiente viene ammesso l'intervento di un'autorità appartenente a un livello superiore di governo⁹⁴. Si deve registrare un orientamento della Corte costituzionale secondo il quale la compressione della sfera di autonomia regionale debba ritenersi legittima solo quando la stessa possa essere definita come indispensabile al fine di offrire una direzione coerente ed unitaria durante la situazione di emergenza⁹⁵. Questa limitazione secondo la giurisprudenza della Consulta può essere definita come legittima

91 Corte cost. 4 aprile 2011, n. 115, cit.

92 Corte cost., 24 giugno 2009, n. 196.

93 A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra presupposizione legislativa e conformità alla previa legge: un doppio regime per la riserva relativa?* In *giurisprudenza costituzionale*, fasc. 2/2011, pp. 2065-2104.

94 G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e urgenza*, op., cit.

95 Corte cost. 5 febbraio 2003, n. 39.

solamente a due condizioni. In primo luogo è necessario che detta limitazione risulti essere circoscritta e a condizione che la stessa non sfoci in un sacrificio *del nucleo essenziale delle attribuzioni regionali*⁹⁶. In secondo luogo viene richiesto che intervenga il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni attraverso cui realizzare una compartecipazione delle Regioni alla fase decisionale la quale a sua volta deve assumere le vesti di un'intesa fra Regioni e Stato⁹⁷. A tal proposito in giurisprudenza è stato ricordato che *il principio di diritto per cui la situazione di necessità ed emergenza che autorizza, ai sensi di art. 5 legge 225/1992, l'adozione, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di ordinanze extra ordinem, non vale a comprimere senza limiti l'autonomia regionale che esige, viceversa, che gli interventi straordinari si realizzino d'intesa con le Regioni interessate*⁹⁸.

3. Covid-19: quando le regole saltano.

L'emergenza covid-19 avvenuta in Italia a partire dal mese di Gennaio 2020 ha rappresentato un terreno fertile per far emergere le criticità che da tempo segnano il nostro sistema costituzionale.

I precedenti paragrafi dedicati alla disamina degli aspetti di legittimità delle ordinanze *extra ordinem* corroborati dalla riflessione della dottrina e della giurisprudenza svolgono la funzione di esaltare maggiormente il contrasto tra ciò che rappresenta(va) essere il punto d'arrivo di una riflessione giuridica e quello che è avvenuto nell'ultimo lasso temporale.

Per completezza si ritiene di seguire il seguente metodo: una prima riflessione verrà dedicata alla fonte primaria adottata per gestire l'emergenza evidenziando come successivamente si sia realizzata una vera e propria fuga dalle fonti primarie per approdare a quelle secondarie. Successivamente si analizzeranno le ordinanze adottate dalla Regione Marche e Basilicata ripercorrendo lo svolgimento del contenzioso amministrativo cautelare che si è sviluppato in relazione ad un'ordinanza adottata dalla prima.

3.1. Un nuovo istituto giuridico: il DPCM urgente.

Il primo provvedimento con il quale furono adottate misure restrittive fu il Dl. 6/2020⁹⁹ il quale agli art. 1 e 2 predisponeva

96 Corte cost. 14 aprile 1995, n. 127.

97 Corte cost., 30 ottobre 2003, n. 327.

98 Cons. St., sez. V, 29 aprile 2003, n. 2154., cit.

99 Successivamente convertito in L. 13/2020.

misure atte a contenere l'emergenza e la diffusione del virus covid-19.

Questo decreto-legge prevedeva nel proprio articolato la possibilità di adottare con successivi DPCM sentiti i Ministri competenti nonché il Presidente della Regione interessata misure maggiormente restrittive di contenimento dell'emergenza¹⁰⁰. Queste premessa necessaria e doverosa permette di svolgere alcune riflessioni circa l'evoluzione del decreto-legge nonché dei DPCM adottati. Partendo dal primo si ricorda come lo stesso sia stato utilizzato in maniera inadeguata quale strumento di normazione primaria. Nella situazione d'emergenza che stiamo vivendo detto decreto ha assunto la funzione di assolvere a fonte legale rispetto al potere di decretazione del Presidente del Consiglio e non quale strumento idoneo per affrontare *casi straordinari di necessità ed urgenza*¹⁰¹.

Concentrando l'attenzione nei confronti dei diversi DPCM adottati¹⁰² in questa situazione emergenziale si deve evidenziare come gli stessi incidano su diritti e libertà garantiti dalla nostra Carta costituzionale quali: *libertà di circolazione ed espatrio, libertà di riunione, libertà di culto, libertà di manifestazione del pensiero, diritto alla tutela giurisdizionale*¹⁰³, *diritto alla salute, libertà di emigrazione ed infine libertà di iniziativa economica*. Rispetto ad esse il Governo è intervenuto con DPCM il quale avrebbe quale fonte il decreto-legge adottato in all'inizio dell'emergenza. I diversi decreti presidenziali adottati inducono la gran parte della dottrina a chiedersi se gli stessi possano ritenersi conformi al dettato costituzionale dato che gli stessi disciplinano materie rispetto alle quali è prescritta la *riserva di legge sia essa assoluta o relativa*.

Ulteriore aspetto problematico concerne l'impossibilità di agire per ottenere l'annullamento dei diversi DPCM posto che l'art. 3 Dl.

100 Art. 2 L. 13/2020 enuncia che *le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1.*

101 L. DELL'ATTI – G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da covid-19*, in *Biodiritto*, 11.3.2020, successivamente inserito nel n.2/2020.

102 DPCM 4.3.2020, DPCM 8.3.2020, DPCM 9.3.2020, DPCM 11.3.2020.

103 In relazione a questo aspetto si deve rammentare che vengono sospesi i procedimenti civili e penali ad eccezione dei casi urgenti ex art. 2 co.2 lett. g Dl. 11/2020.

11/2020 dispone il rinvio delle udienze dei procedimenti amministrativi anche fino al 31.12.2020. Si tratta di un'ipotesi astratta e meramente eventuale ma comunque idonea a non garantire la tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. posto che la Corte costituzionale giudica solamente *sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni* ex art. 134 Cost..

Ulteriore aspetto che induce a ritenere come lo strumento del decreto-legge sarebbe stato quello da prediligere ed adottare¹⁰⁴ concerne la caratteristica dei diversi DPCM adottati ossia come gli stessi siano "a termine". A tal proposito si ritiene che lo strumento della decretazione d'urgenza¹⁰⁵ sarebbe stato estremamente conforme a Costituzione per almeno due ordini di motivi. In primo luogo il periodo di vigenza dei sessanta giorni sarebbe stato maggiormente ampio rispetto alle varie scadenze contenute nei diversi DPCM. In secondo luogo qualora vi fosse stata la necessità di reiterare il decreto-legge essa sarebbe stata supportata da nuovi presupposti aventi natura straordinaria. La caratteristica peculiare dei decreti-legge, infatti, è l'essere una fonte definibile come *extra ordinem*¹⁰⁶ poiché con la decretazione d'urgenza la circostanza *straordinaria di necessità ed urgenza* assurge a legge ossia *costituisce essa medesima una vera e propria fonte del diritto*¹⁰⁷.

Infine questo *vulnus* che si è realizzato rispetto alle garanzie apprestate dalla nostra Costituzione ai diritti e alle libertà non ha visto l'intervento di nessun altro organo costituzionale quale Presidente della Repubblica, Consiglio dei Ministri, Corte costituzionale o qualsiasi magistrato, Parlamento poichè tutti sono stati *relegati al ruolo di mero spettatore e, sostanzialmente,*

104 Autorevole dottrina evidenziò che nel passato, precisamente *la prassi dell'ultimo venticinquennio ha progressivamente complicato i termini di una problematica che nei primi lustri del periodo repubblicano sembra relativamente semplice. Di più: sia nel senso quantitativo che nel senso qualitativo, la decretazione legislativa d'urgenza rappresenta ormai – per eccellenza – il punto saliente del distacco riscontrabile fra la fedeltà delle fonti normative e il modello immaginato o presupposto dai costituenti.* L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 241, cit. La situazione emergenziale del covid-19 sarebbe stata la situazione ideale per poter utilizzare la decretazione d'urgenza in quanto sarebbe stata perfettamente corrispondente alla *ratio* dell'art. 77 Cost.

105 In dottrina è stato sostenuto che la particolarità del decreti-legge, in quanto atto governativi concerne la possibilità per gli stessi di violare le leggi, ossia risultano essere un'eccezione alla regola secondo cui gli atti governativi non possono derogare o sospendere le leggi ma non hanno la forza per abrogare la legislazione vigente in quanto sono solamente dei provvedimenti provvisori. Qualora il decreto-legge non dovesse venire convertito in legge lo stesso sarebbe illegale in quanto non sarebbe giustificata la violazione della legge da parte di un atto amministrativo. P. PINNA, *Lo stato di eccezione e il decreto legge*, in *Diritto @ storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 12/2014.

106 G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 24, cit.

107 S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, n. 1/1909, pag. 262, cit.

*deprivati di strumenti di intervento*¹⁰⁸. Non si può che ritenere che il Presidente del Consiglio dei Ministri abbia esercitato il proprio potere in modo abnorme poiché l'art. 2 L. 13/2020 gli consentiva di adottare i provvedimenti attuativi dell'emergenza a condizione che gli stessi fossero correlati, in quanto discendenti, al Dl. 6/2020. Con i DPCM del 8, 9 e 11 Marzo il Presidente del Consiglio ha esercitato ricorrendo a fonti secondarie un potere sostanzialmente legislativo¹⁰⁹.

La situazione che si è concretamente realizzata durante l'emergenza epidemologica è stata una *notevole concentrazione di potere in capo al Presidente del Consiglio, secondo una valorizzazione inedita della sua responsabilità e delle prerogative di cui all'art. 95, co. 1 Cost. (e inaspettata, se si pensa agli inizi della legislatura), il quale si trova autorizzato ad apprestare limiti consistenti alle libertà fondamentali dei cittadini (principalmente di circolazione, con conseguenti riverberi sulle libertà di riunione e di iniziativa economica) su tutto il territorio nazionale, prescindendo dalla collegialità governativa e anche dal controllo del capo dello Stato (che, come ha dichiarato Conte, rimane comunque costantemente informato delle scelte compiute)*¹¹⁰.

Parte della dottrina ritiene come nonostante tutto si possa ritenere rispettato il principio di legalità partendo dalla constatazione secondo cui la stessa Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile in un paio di pronunce che le norme contenute in decreti-legge possano a loro volta rinviare a fonti secondarie per la propria attuazione¹¹¹. In questa ricostruzione teorica e giurisprudenza sembra che la funzione del decreto-legge sia quella di fornire una base legale ad atti secondari e duttili il tutto finalizzato ad adottare misure

108 A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemologica"* in *Biodiritto*, 13.3.2020, successivamente inserito nel n.2/2020, p. 6, cit.

109 E. FALLETTI, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza covid-19 in Italia*, in *Biodiritto*, 19.3.2020, successivamente inserito nel n.2/2020.

110 A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *Biodiritto*, 18.3.2020, successivamente inserito nel n.2/2020, p. 3, cit.

Per completezza e correttezza si segnala come altra corrente dottrina ritenga che non si dovrebbe manifestare troppa preoccupazione per la tenuta dello Stato costituzionale di diritto: il Presidente della Repubblica, in occasione di un videomessaggio rivolto alla Nazione, ha espresso la propria approvazione e sostegno nei confronti degli strumenti governativi impiegati, e il c.d. "modello Italia" è considerato esemplare e lodato dalla comunità internazionale. A. PALMA, *Libertà e dovere: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza covid-19*, in *Biodiritto*, 18.3.2020, successivamente inserito nel n.2/2020, p. 2, cit.

Si ritiene di non poter condividere questa affermazione in quanto non si può sovrapporre un ragionamento giuridico ad un politico. La nostra Costituzione ha previsto uno strumento ossia il decreto-legge per fronteggiare *casi straordinari di necessità ed urgenza* idoneo anche a limitare i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti.

111 Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5, Corte cost. 21 febbraio 2018, n. 98.

proporzionali nei confronti dei cittadini e rapportate all'evoluzione della situazione emergenziale. In questo scenario la legalità sostanziale è stata interpretata in maniera abbastanza "blanda" rispetto alla quale, secondo parte della dottrina, sono stati adottati adeguati bilanciamenti al fine di garantire una legalità procedurale¹¹².

L'opinione di chi scrive è che anche nelle situazioni di emergenza non si dovrebbe dimenticare che la riserva di legge possiede una valenza democratica, e non solo, nel momento in cui la stessa risulta essere la fonte e il perimetro del potere. Leggendo la riserva di legge come strumento espressione del principio democratico emerge come non vi sia nessuna discrasia tra l'idea che il principio di legalità abbia quale fonte la nozione di legge in senso formale e quella secondo cui detto principio possieda altresì un aspetto sostanzialistico diretto a regolare il contenuto e limiti della discrezionalità di cui gode la pubblica amministrazione¹¹³.

Successivamente il Presidente della Repubblica ha emanato il Dl. 19/2020¹¹⁴ con il quale sono state introdotte delle prescrizioni più precise e dettagliate rispetto al precedente. Precisamente l'art. 3 co. 1 e 2 prevede che *nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1.* Il secondo elemento inedito concerne la depenalizzazione retroattiva delle violazioni commesse in data anteriore all'entrata in vigore del presente del decreto ex art. 4. co. 8. Infine prevede l'abrogazione del *decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020,*

112 La dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti – impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale (Cons. Stato VI sez., 24 maggio 2016 n. 2182).

113 L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, pp. 153-154.

114 Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*. (20G00035) ([GU Serie Generale n.79 del 25-03-2020](#))

n. 13, ad eccezione degli articoli 3, comma 6-bis, e 4 e dell'articolo 35 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 (art. 5 co.1).

3.2. Le ordinanze *extra ordinem* dell'emergenza.

L'aspetto problematico che si rinviene in materia di fonti secondarie nel caso di specie concerne il mancato rispetto del D.lgs. 1/2018¹¹⁵. Ricostruendo i fatti si ricorda come il 31.1.2020 sia stato dichiarato lo stato di emergenza¹¹⁶ preceduto da un paio di ordinanze del Ministero della Salute. Solo un momento successivo il Capo del Dipartimento della protezione civile ha provveduto ad adottare un'ordinanza concernente *primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*¹¹⁷. Questo primo passaggio porta con sé un *empasse*. Stando all'art. 24 D.lgs. 1/2018 la dichiarazione di stato di emergenza promana da una proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri su richiesta del Presidente della Regione interessata e si basa su di una valutazione rapida ad opera del Dipartimento della Protezione civile. Analizzando la Delibera del Consiglio dei Ministri emerge come la stessa possieda quale base la considerazione secondo cui la situazione che si è in concreto verificata, a causa della sua *intensità ed estensione, non è fronteggiabile con i mezzi e poteri ordinari*", di modo che, *altrettanto correttamente, si giunge alla dichiarazione dello stato di emergenza in base all'art. 7, comma 1, lett. c), del citato decreto legislativo 1/2018, che fa riferimento a situazioni di carattere "nazionale"*¹¹⁸ risultando quindi assente una valutazione ad opera del Dipartimento della protezione civile.

Alla luce di dette considerazioni il provvedimento *de quo* si dipana in tre fasi fondamentali: l'attribuzione del potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga ad ogni disposizione di legge e nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, la dichiarazione di stato di emergenza per sei mesi ed infine lo stanziamento di 5.000.000 in attuazione dei primi interventi.

115 Codice della protezione civile.

116 Delibera del Consiglio dei ministri adottata ai sensi dell'art 7, co. 1, lett. c) del D.lgs. n. 1 del 2018 che ragiona di "emergenze di rilievo nazionale", delibera pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 26 del 1 febbraio 2020.

117 Ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020, a firma appunto del Capo del Dipartimento della protezione civile Angelo Borrelli.

118 Delibera del Consiglio dei ministri di data 31 gennaio 2020.

Emerge come l'aspetto problematico riguardi l'attribuzione al Capo del Dipartimento della protezione civile del potere di ordinanza poiché da una parte risulta essere una previsione superflua da una parte e dall'altra carente di alcuni elementi. Partendo dal primo aspetto si deve richiamare l'art. 25 D.lgs. 1/2018 il quale enuncia che *per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza*. È evidente quindi che l'attribuzione del potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile derivi direttamente dalla dichiarazione dello stato di emergenza.

L'aspetto carente invece concerne i limiti e le modalità riferibili a detto potere di ordinanza. Si ritiene che gli stessi siano quelli tipici stabiliti per le ordinanze contingibili ed urgenti. Il problema nasce dal fatto che la delibera si riferisce solamente *ai principi generali dell'ordinamento giuridico* mentre il D.lgs. allude anche *alle norme dell'Unione Europea* alle quali l'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile fa riferimento in maniera generica quali *vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*¹¹⁹. Con riferimento a dette espressioni si deve rammentare la giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui detti principi devono assolutamente comprendere anche le norme e i diritti costituzionali al punto da sostenere che il potere di ordinanza possa essere definito legittimo e compatibile con l'impianto costituzionale a condizione che lo stesso non travolga detti diritti¹²⁰ e che non si possa menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Carta costituzionale attraverso le ordinanze del Prefetto¹²¹.

Ulteriore aspetto concerne l'indicazione ex art. 25 co.1 D.lgs. 1/2018 nelle ordinanze circa *l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare*. Si tratta di una disposizione che può essere definita sia come superflua sia come difficile da attuare nelle situazioni concrete. Si ricorda che l'ordinanza *extra ordinem* deve possedere un contenuto perimetrato che dovrebbe permettere una facile individuazione delle norme che sono derogate o che potrebbero essere derogate dalla stessa. L'ordinanza n. 630/2020 contiene quale previsione *la deroga alle norme vigenti*. Questo

119 Ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020 del Capo del dipartimento della protezione civile, recante appunto Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

120 Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8.

121 Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26.

dettato conduce a qualificare il contenuto come generico nonché meramente ricognitivo di previsioni già contenute nella legge. Ad esempio in detta ordinanza viene prevista la convocazione di un Comitato scientifico nazionale. Si ritiene che utilizzare un'ordinanza per far ricorso ad un atto meramente organizzativo non possieda un motivo fondato anche perché l'art. 13 del D.lgs. 1/2018 contiene un elenco relativo a tutte le strutture operative della protezione civile e che quindi avrebbe potuto svolgere la funzione di norma di copertura.

Ulteriore aspetto caratteristico dell'ordinanza n. 630/2020 concerne l'indicazione delle leggi da derogare al fine di realizzare le attività previste da detta ordinanza. In particolare l'art. 3 prevede che sia possibile derogare *leggi ed altre disposizioni regionali strettamente connesse alle attività previste dalla presente ordinanza*. Si tratta di un enunciato abbastanza strano posto che la deroga con riferimento alle leggi regionali debba essere *strettamente connessa alle attività previste dall'ordinanza*. Si tratta di un'ulteriore discrasia rispetto al dettato del D.lgs. 1/2018 il quale prevede ex art. 25 co.1 che le ordinanze della protezione civile possano derogare *ad ogni disposizione vigente* senza quindi distinguere tra leggi regionali o leggi statali.

Infine l'ordinanza n. 630/2020 oltre a riportare nella propria intestazione "Capo del Dipartimento della protezione civile" e non "Capo della protezione civile" sembra discostarsi dall'assetto normativo contenuto dal D.lgs. 1/2018¹²².

Superata la disamina dell'ordinanza n. 630/2020 si ritiene necessario esaminare alcune delle ordinanze adottate dai Presidenti delle Regioni. Si ricorda come l'art. 3 del Dl. 6/2020 il quale ha autorizzato il Ministero della Salute, i Presidenti regionali e i Sindaci ad emanare ordinanze contingibili ed urgenti in materia di igiene e sanità pubblica rispetto *all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni, alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale*. Il Ministro della Sanità ha altresì concluso intese con i Presidenti di diverse regioni (Veneto, Friuli Venezia Giulia, Piemonte e Lombardia) e approvando con un proprio decreto un modello da seguire per l'emanazione delle ordinanze contingibili ed urgenti ad opera dei diversi Presidenti delle Regioni¹²³.

122 G.P. DOLSO, *Prime note sulla dichiarazione dello Stato di emergenza*, in www.AmbienteDiritto.it, Fasc. 1/2020.

123 L. DELL'ATTI – G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da covid-19, op., cit.*

3.3. Il caso delle Marche.

Si tratta di una delle poche ordinanze rispetto alle quali si è sviluppato il contenzioso amministrativo.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri proponeva ricorso avverso la Regione Marche chiedendo la sospensione dell'efficacia e l'annullamento dell'ordinanza n. 1 del 25.2.2020 contenente "misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" con la quale è stata disposta che a partire dalle ore 00.00 di mercoledì 26 febbraio 2020 fino alle ore 24,00 del 4 marzo 2020, sul territorio della Regione Marche è disposta: a) *la sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche, di qualsiasi natura; 4/3/2020 N. 00118/2020 REG.RIC. 2/4* b) *la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche, universitarie (lezioni, esami di profitto e sedute di lauree) e di alta formazione professionale e dei percorsi di istruzione e formazione professionale, salvo le attività formative svolte a distanza e quelle relative alle professioni sanitarie ivi compresi i tirocini;* c) *la sospensione di ogni viaggio di istruzione sia sul territorio nazionale sia estero;* d) *la sospensione dell'apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura e delle biblioteche;* e) *la sospensione dei concorsi pubblici fatti salvi quelli relativi alle professioni sanitarie per le quali dovranno essere garantite le opportune misure igieniche.*

Precisamente la Presidenza del Consiglio dei Ministri evidenziava come la Regione avesse emesso l'ordinanza nonostante non ricorresse il presupposto ex art. 1 co.1 Dl. 6/2020 ossia l'esistenza di almeno una persona positiva all'interno della zona interessata.

Il TAR Marche rilevava con decreto cautelare (n. 56/2020) l'inesistenza di casi di contagio accertati nelle Marche al momento dell'adozione dello stesso nonché riteneva esistente il presupposto dell'estrema gravità ed urgenza previsto dall'art. 56 c.p.a al fine di concedere la tutela monocratica urgente. Per queste ragioni accoglieva l'istanza cautelare provvedendo a sospendere gli effetti del provvedimento impugnato e fissando per la trattazione collegiale la camera di consiglio in data 4.3.2020.

Precisamente è stato sostenuto che *anche l'ulteriore censura svolta dalla ricorrente, con la quale si prospetta che la Regione avrebbe erroneamente indicato, a sostegno del potere di ordinanza, la disposizione di cui all'art. 2 del D.L. n. 6 del 2020 - che prevede la possibilità per le autorità competenti di disporre misure "ulteriori",*

al di fuori dei casi di cui all'art. 1 comma 1 (ossia anche in assenza del riscontro di almeno una persona positiva) - pare assistita dal fumes boni iuris, atteso che tali misure non possono essere altrettanto invasive, sia per intensità sia per latitudine, rispetto a quelle giustificate dalla presenza di un focolaio di infezione; in altri termini, la possibilità di adottare misure "ulteriori" va, in via sistematica, riferita ad interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6.

Si possono svolgere almeno un altro paio di considerazioni. *In primis* si ritiene che sussista una violazione del principio di leale collaborazione ad opera della Regione in relazione alle modalità attraverso le quali è stata adottata l'ordinanza ossia il giorno 24 Febbraio il Presidente della Regione avrebbe annunciato ai giornalisti la decisione di adottare un'ordinanza contenente misure di contenimento analoghe a quelle adottate nelle Regioni con casi positivi. A seguito di detta dichiarazione sarebbe seguito "un incontro telefonico" tra il Presidente del Consiglio e il Presidente della Regione attraverso il quale il primo invitava il secondo a posticipare al giorno successivo l'adozione dell'ordinanza in occasione del tavolo tecnico che si sarebbe dovuto tenere al fine di coordinare le operazioni tra il governo centrale e quello locale. Durante l'incontro tenutosi la Regione non ha manifestato la *voluntas* circa l'adozione del provvedimento in questione per poi adottarlo nelle ore immediatamente successive a quell'incontro.

In secundis la necessità di ricorrere al giudice amministrativo al posto della Corte costituzionale con conflitto di attribuzioni sembra essere giustificata sia sotto il profilo temporale sia per il fatto che non sussisteva un vero e proprio accordo formale raggiunto tra il Governo e la Regione¹²⁴.

3.4. L'ordinanza e il contenzioso cautelare dell'ordinanza adottata dalla Campania.

L'ordinanza citata in questo paragrafo ha dato luogo ad un'altra ipotesi di contenzioso cautelare amministrativo. L'ordinanza n. 15/2020 obbliga all'art. 1 tutti i cittadini a rimanere nelle proprie abitazioni ammettendo spostamenti solamente per esigenze lavorative, situazioni di necessità o motivi di salute. Nel successivo

124 G. DI COSIMO – G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il Caso Marche*, in *Biodiritto*, 16.3.2020, successivamente inserito nel n.2/2020.

chiarimento n. 6/2020 viene disposto che l'attività sportiva svolta in luoghi pubblici o aperti al pubblico non è coerente con lo spirito dell'ordinanza n. 15/2020. Con ricorso n. 1048/2020 l'Avvocato chiedeva l'annullamento previ sospensione dei provvedimenti appena citati e il TAR in sede cautelare sottolineava che *l'ordinanza 15/2020 richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate, il che esclude ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale.*

Oltre a questo viene sostenuto che la situazione di necessità ed urgenza causata dalla rapida diffusione del virus Covid-19 consenta di adottare misure restrittive della libertà personale in considerazione della prevalenza della tutela della salute pubblica. A tal proposito il tribunale sostiene che *considerato peraltro aspetto che, nella valutazione dei contrapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale a fronte di limitata compressione della situazione azionata, va accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica.*

Per i motivi appena descritti il TAR Campania in sede cautelare respinge la richiesta di sospensione dell'Ordinanza n. 15/2020 e del chiarimento n. 6/2020 fissando la camera di consiglio in data 21.4.2020 per la trattazione collegiale.

Detta pronuncia seppur resa in un giudizio cautelare permette di svolgere alcune riflessioni relative al rapporto esistente ed intercorrente tra l'art. 16 Cost. e l'art. 32 Cost. *In primis* si ritiene doveroso ricordare che detto decreto contenga una frase abbastanza problematica ossia *l'ordinanza 15/2020 richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate.* Il quadro normativo che richiama l'ordinanza *de qua* è costituito dal Dl. 6/2020 e quattro DPCM adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri tra cui il DPCM 9 Marzo 2020 il quale prevede che sia *evitato ogni spostamento delle persone fisiche in entrata ed uscita dai territori di cui al presente articolo, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute.* Il TAR nella propria ricostruzione giuridica probabilmente ritiene consentita la riserva di legge *per relationem* rinvenendo la fonte del potere di ordinanza *extra ordinem* nell'art. 5 co. 4 DPCM 8 marzo 2020 il quale a sua volta richiama l'art. 3 co. 2 Dl. 6/2020 nella parte in cui *fa salvo il*

potere di ordinanza delle Regioni. In base al quadro normativo così ricostruito il Giudice amministrativo ritiene che il Presidente della Regione Campania rinvenga il proprio potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti nel Dl. 6/2020.

Analizzando il Dl. 6/2020 emerge che lo stesso contenga delle previsioni “in bianco” quali *le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1* (art. 2 co.1)¹²⁵. La disposizione in esame non risulta essere di certo rispettosa dei requisiti richiesti dalla Consulta la quale ha ritenuto necessario che *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 attribuito*¹²⁶.

Ulteriore questione problematica che emerge dal caso in esame è se la riserva di legge richiesta dall'art. 16 Cost. debba ritenersi assoluta o relativa posto che in dottrina non vi è una posizione unanime. Una risalente pronuncia della Corte costituzionale esplicava la *ratio* della previsione ex art. 16 Cost. ossia *in alcuni commenti dell'art. 16 si è rilevata la frase “limitazioni che la legge pone in via generale”, affacciando il dubbio che le limitazioni debbano riferirsi a situazioni di carattere generale, quali epidemie, pubbliche calamità e simili. Tale interpretazione, che pure era affiorata durante i lavori dell'Assemblea costituente, è infondata e fu perciò respinta; la frase deve intendersi nel senso che la legge debba essere applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie. Si è osservato, infatti, che la formula generica dell'art. 16 riguarda un'infinità di casi difficilmente prevedibili, che ben possono essere compresi nella sintetica dizione “motivi di sanità o di sicurezza”, e che la finalità della norma costituzionale è di conciliare l'esigenza di non lasciar liberi di circolare indisturbati soggetti socialmente pericolosi e l'esigenza di impedire un generico e incontrollato potere della Polizia*¹²⁷. Lo scopo di evitare che soggetti socialmente pericolosi possano circolare in maniera indisturbata sembra poco corrispondente alla situazione che è in atto a livello mondiale¹²⁸.

125 C. DELLA GIUSTINA, *Il TAR in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica. Nota a TAR Campania, sez. V, N. 01048/2020 del 18.3.2020*, in *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, su *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 30.3.2020.

126 Corte cost 27 maggio 1961, n. 26.

127 Corte cost., 14-23 giugno 1956, n. 2.

128 L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem con

Qualora si volesse ammettere che la previsione dell'art. 16 Cost. richieda la riserva di legge relativa e non assoluta si arriverebbe alla medesima conclusione per le ragioni poc'anzi esposte ossia l'esistenza di un decreto-legge contenente disposizioni troppo generali per poter limitare una libertà costituzionalmente garantita.

Poste queste precisazioni in tema di (mancato) rispetto del principio di legalità la domanda da porsi è se ed in che modo sia possibile ammettere un bilanciamento tra compressione delle libertà fondamentali e la tutela del diritto alla salute. Il diritto alla salute costituisce un *diritto fondamentale dell'individuo* e, al tempo stesso, *un interesse della collettività* ex art. 32 Cost. Queste due anime esistenti nel diritto alla salute portano a considerare lo stesso come un diritto avente una dimensione "superindividuale" oltre ad essere spesso oggetto di bilanciamento nelle pronunce della Corte costituzionale la quale spesso procede ad un continuo e vicendevole bilanciamento tra diritti fondamentali e principi costituzionali¹²⁹.

Partendo dal presupposto che è la stessa Consulta a sostenere che nel nostro ordinamento *tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri*¹³⁰ ci si deve chiedere se nel caso di specie, ossia emergenza covid-19, sia ammissibile procedere a detto bilanciamento. La tesi sostenuta fino a questo momento è che, in relazione all'ordinanza n. 15/2020, sia stato leso il principio di legalità e che detta ordinanza proprio per questo motivo non siano idonea a porre limiti alle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione italiana. La domanda che sorge è se il bilanciamento possa operare tra disposizioni che impongono il rispetto di una determinata procedura da adottare e le libertà compressa nelle ordinanze *extra ordinem*. In altri termini le prescrizioni contenute nel Dl. 6/2020 sono talmente generali ed astratte che anche ammettendo che l'art. 16 Cost. contenga una riserva relativa di legge non sarebbe comunque idoneo a fondare legittimamente il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti. Di conseguenza prima ancora di chiedersi se sia legittimo o meno il bilanciamento contenuto in esse si dovrebbe evidenziare che le stesse sono state adottate in violazione delle prescrizioni formali contenute nella Carta costituzionale italiana e nelle pronunce del Giudice delle Leggi.

ovvio conseguente strapotere delle pp.aa.. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it Osservatorio emergenza covid-19*, 23.3.2020.

129 F. MINNI- A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *RivistaAIC*, .n. 3/2013.

130 Corte cost. 9 maggio 2013, n.85.

Parte della dottrina ha ritenuto che proprio per lo scopo perseguito dai diversi DPCM ossia la tutela della salute collettiva gli stessi debbano ritenersi *apprezzabili, sia perché la situazione emergenziale in atto è del tutto inedita e implica l'adozione di misure eccezionali, sia perché essi risultano circoscritti in un arco temporale ben definito*¹³¹.

Sicuramente il diritto alla salute quale diritto fondamentale deve essere bilanciato rispetto agli altri diritti costituzionalmente garantiti ma nel rispetto di almeno due condizioni. *In primis* è necessario che intervenga un atto idoneo a comprimere i diritti ex art. 13 e ss. Cost. e che possieda non solo il rango di fonte primaria ma anche un contenuto preciso, concreto e definito. *In secundis* il bilanciamento deve avvenire secondo i tre criteri indicati nella sentenza 85/2013: necessità, sufficienza e proporzionalità della limitazione.

3.5. Le ordinanze della Basilicata.

Oggetto di studio sono le ordinanze n. 1 e 2 del 23 e 27 febbraio 2020 le quali rivengono la propria fonte normativa nell'art. 32 co. 3 L. 833/1978 e sono state entrambe emanate a seguito dell'adozione del Dl. 6/2020.

La prima ordinanza prevedeva l'obbligo per gli studenti residenti in Basilicata e provenienti dalle sei Regioni del nord Italia *di sottoporsi a misure di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva*. La seconda ordinanza sostitutiva della prima delimitava detta permanenza domiciliare solamente nei confronti di quei soggetti che avessero trascorso gli ultimi quattordici giorni nelle zone dichiarate a rischio epidemologico dall'OMS nonché nei confronti di quei soggetti che avessero soggiornato nei Comuni italiani nei quali si erano verificati episodi di trasmissione locale del virus.

La prima ordinanza contiene elementi di contrasto rispetto alla previsione dell'art. 2 DPCM 23 febbraio 2020 attuativo a sua volta del Dl. 6/2020 posto che in questi ultimi due provvedimenti la permanenza domiciliare era stata prefigurata quale *extrema ratio*¹³². Oltre a questo detta ordinanza presenta altri tre profili critici. Il primo concerne l'individuazione dei soggetti rispetto ai quali dette

131 A. PALMA, Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza covid-19, in *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, su *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 18.3.2020, p. 3, cit.

132 La misura della permanenza domiciliare era prevista solamente nei confronti di quei soggetti che provenivano dalle zone definite dall'OMS a rischio epidemologico mentre prescrizioni maggiormente stringenti erano previste per i soggetti che avessero avuto stretti contatti con casi confermati di malattia infettiva.

misure devono essere imposte ossia solamente gli studenti e non i lavoratori ad esempio. Il secondo concerne il collegamento territoriale in quanto detta ordinanza risulta applicabile solamente quando i soggetti prima indicati fossero residenti nei territori individuati ma non anche domiciliati presso gli stessi. Infine per quanto concerne le Regioni di provenienza l'ordinanza *de qua* nei indica sei mentre il DPCM individuava solamente due, ossia Veneto e Lombardia, e di queste solo alcuni comuni come territori *interessati alle misure urgenti di contenimento del contagio*.

4.4. Riflessioni circa le ordinanze regionali dell'emergenza.

I tre esempi di ordinanze riportate nei precedenti paragrafi dimostrano la difficoltà di coordinamento rivenuta nella gestione dell'emergenza sanitaria covid-19. I principi dell'interdipendenza soggettiva tra enti dello Stato e di leale collaborazione sono stati emarginati dalla responsabilità esistente in capo ai vertici governativi ed amministrativi. Probabilmente durante episodi di crisi emergenziale si dovrebbe garantire la supremazia statale al fine di evitare l'esistenza di disposizioni difformi sull'intero territorio nazionale.

Nonostante la materia "tutela della salute" sia una competenza concorrente tra Stato e Regione lo stesso diritto alla salute ex art. 32 Cost. dovrebbe consentire in periodi di emergenza sanitaria una gestione centrale e il principio di leale collaborazione dovrebbe fungere quale strumento per suggerire strategie organizzative e raccordi istituzionali inediti¹³³.

5. Conclusione.

L'emergenza covid-19 e la gestione della stessa hanno indotto la dottrina a porsi numerose domande, principalmente ci si chiede se il verificarsi di un'emergenza sia un valido motivo per imporre un considerevole sacrificio nei confronti delle libertà che dovrebbero caratterizzare gli ordinamenti liberali contemporanei. A questo si

133 F. SEVERA, Sui raccordi tra livelli di Governo in tempi di emergenza, in *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, su *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 28.3.2020.

deve aggiungere la considerazione secondo cui non viene rispettato il dettato costituzionale e si utilizzano fonti secondarie per apportare queste limitazioni.

A parere di chi scrive la riserva di legge non deve essere intesa come un capzioso formalismo ma come un istituto predisposto ad evitare un'eccessiva concentrazione del potere in capo al Governo. Precisamente viene notato che *il Costituente ha voluto prevedere una riserva di legge rinforzata proprio come ancora di stato di diritto nello stato di necessità, come fondamentale lume di garanzia nell'oscurità dell'eccezione*¹³⁴.

Ulteriore problema ha riguardato la gestione dello stato di emergenza. Si assiste ad una non-coordinazione tra centro e periferia, si sono utilizzati dati statistici incompleti e travisati nel loro significato al fine di giustificare un approccio unidirezionale a detta epidemia¹³⁵.

Le incongruenze evidenziate soprattutto nel terzo paragrafo non possono che condurre a ritenere come si stia assistendo ad una triste pagina della storia costituzionale italiana, un momento storico dettato dall'incertezza che investe diversi diritti costituzionali.

134 G. MENEGATTO, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*, in *Biodiritto*, 11.3.2020, successivamente inserito nel n.2/2020, p. 4, cit.

135 L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in *Biodiritto*, 18.3.2020, successivamente inserito nel n.2/2020.