

(<https://ratioiuris.it>)



# Il potere di ordinanza contingibile e urgente

## Autore articolo

Francesca Saraceno (<https://ratioiuris.it/author/francesca-saraceno/>)

---

### Abstract:

**IT** – Il presente elaborato intende focalizzarsi sul potere di ordinanza contingibile e urgente nel panorama del “diritto amministrativo dell'emergenza”, da sempre oggetto di acceso dibattito interno alla dottrina e alla giurisprudenza a causa della loro portata libera ed extra ordinem (in contrapposizione agli atti “necessitati”), tanto da suscitare dubbi di legalità e soprattutto di costituzionalità e della cui storia e collocazione giuridica risulta opportuno approfondimento.

Proprio con l'ausilio della giurisprudenza costituzionale e amministrativa pronunciate sul punto, si cercherà, infine, di enucleare le questioni fondamentali e le relative soluzioni che gli organi giudicanti hanno dato, di volta in volta, ad aspetti sempre più complessi del potere di ordinanza e della sua attuazione nel panorama giuridico.

**EN** – This paper focuses on the power of contingent and urgent ordinances within the context of “emergency administrative law”, which has long been the subject of heated debate within scholars and jurisprudence due to its unrestricted and *extra ordinem* scope (as opposed to “necessary” acts). This has raised questions of legality and, above all, constitutionality. Its history and legal context are worth exploring.

With the help of constitutional and administrative case law on this issue, it can be made an attempt to identify the fundamental issues and the solutions that adjudicating bodies have provided, from time to time, to increasingly complex aspects

of the power of issuing ordinances and their implementation within the legal landscape.

Sommario: 1. Introduzione; 1.1. L'emergenza in Costituzione; 2. Storia ed evoluzione del potere di ordinanza extra ordinem; 2.1. Definizione e presupposti; 2.2. Potere derogatorio e rapporto col principio di legalità e i suoi corollari; 2.3. Natura giuridica delle ordinanze e rispetto dei "principi generali dell'ordinamento giuridico"; 2.4. Brevi cenni alla teoria della necessità come fonte del diritto; Conclusioni

## 1. Introduzione

Nel campo del "diritto amministrativo dell'emergenza" forte interesse e accesi dibattiti vedono coinvolto il potere di ordinanza contingibile e urgente, il cui ambito di applicazione spazia dalla materia della "protezione civile" – attraverso lo strumento delle ordinanze adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Capo del Dipartimento per la Protezione civile (ex art. 25 D.Lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018, "nuovo Codice della Protezione civile") – a quella dell'ordine pubblico, igiene pubblica e sicurezza urbana tramite i provvedimenti adottati in tali sedi da Sindaco e Prefetto (rispettivamente, ex artt. 50 e 54 t.u.e.l. e art. 2 t.u.l.p.s.).

Secondo autorevole dottrina pronunciata in merito, si tratta di «atti che hanno per presupposto un volgere di avvenimenti tale da far oggettivamente ritenere che interessi pubblici siano esposti a un pericolo di lesione irreparabile, per cui l'urgenza del provvedere raggiunga un'intensità tale da divenire necessità»<sup>[2]</sup>, idonei a suscitare dubbi di legalità e soprattutto di costituzionalità e della cui storia e collocazione giuridica risulta opportuno dedicare apposita attenzione.

Inoltre, si evidenzierà come i presupposti delle ordinanze di necessità e urgenza dovrebbero essere indicati *ex ante* e soprattutto in maniera tassativa e puntuale, senza fare riferimento a formule fin troppo generiche ("altri eventi") che potrebbero intaccare diritti costituzionalmente garantiti, riservando in via residuale tali compiti alla decretazione d'urgenza (fungibile per le emergenze innominate).

## 1. L'emergenza in Costituzione

Sin dall'inizio dei lavori dell'Assemblea costituente la dottrina pubblicistica italiana si è interrogata sull'opportunità di "costituzionalizzare l'emergenza", prevedendo nella Carta fondamentale delle norme che disciplinassero l'uso e la legittimità di strumenti e poteri che il Governo statale avrebbe potuto adottare in caso straordinari e urgenti.

Ciò avvenne – espressamente<sup>[3]</sup> – solo in parte con le previsioni di cui agli articoli 77, 78 (e finanche 120) della Costituzione<sup>[4]</sup>. Nel sistema italiano di gestione delle emergenze, dunque, il potere di ordinanza *extra ordinem* non venne pienamente costituzionalizzato «non per negare il suo diritto di cittadinanza all'interno dell'ordinamento, dato che esso era già stato positivizzato dalla legislazione fascista e gli stessi Costituenti si resero conto che il decreto-legge non era uno strumento idoneo a fronteggiare le emergenze che comportassero la necessità di sospendere temporaneamente le libertà costituzionali, ma perché dare ad esso esplicita copertura costituzionale dovette sembrare più inutile dal punto di vista pratico [...] e più pericoloso dal punto di vista teorico [...], di quanto non apparisse opportuno nella speranza di disciplinarlo e limitarlo»<sup>[5]</sup>. Inoltre, qualche autore ricorda anche «l'uso abnorme» che il governo fascista fece dei “decreti reali”, modificando la forma di Stato attraverso numerose deroghe legislative ma senza mai intaccare formalmente lo Statuto albertino<sup>[6]</sup>. Per questi motivi, ad oggi, lo strumento maggiormente adoperato in quanto più adatto (e adattabile) a fronteggiare situazioni contingibili e urgenti – rappresentato proprio dal potere di ordinanza – ha carattere sub-costituzionale<sup>[7]</sup>.

Al riguardo v'è chi parla, al contrario, di una «*decostituzionalizzazione dell'emergenza*»<sup>[8]</sup> che sarebbe stata intrapresa nel momento in cui si scelse di conferire al legislatore statale (quindi ad un livello inferiore rispetto a quello costituzionale) il potere di prevedere un ulteriore stato d'eccezione, in virtù del quale è possibile adottare, in casi di emergenza, ordinanze in deroga alle norme vigenti da parte degli organi della pubblica amministrazione: atti straordinari aventi contenuto particolare e concreto (o al contrario, in determinati casi, generale e astratto), di rango primario o subordinati<sup>[9]</sup>.

È dunque evidente come il potere di ordinanza, nel novero dei poteri e provvedimenti amministrativi adottabili dalla pubblica amministrazione, spicchi particolarmente nella disciplina degli eventi emergenziali che giustificano eccezioni al normale assetto ordinamentale e al regolare svolgimento dei procedimenti amministrativi, poiché tali mezzi ordinari sono ritenuti inadeguati e insufficienti a fronteggiare situazioni tanto straordinarie e particolari.

- **Storia ed evoluzione del potere di ordinanza extra ordinem**

L'utilizzo di poteri *extra ordinem* risale storicamente alla seconda metà del XIX secolo ma è in occasione del terremoto di Reggio Calabria e Messina del 1908 che si assistette ad un utilizzo sempre più massiccio, da parte del governo statale, dei provvedimenti *extra ordinem* per fronteggiare particolari situazioni di urgenza<sup>[10]</sup>:

difatti, all'indomani dello sciame sismico che colpì le due città dello Stretto, fu deliberato (con r.d. n. 1 del 1909) il c.d. stato d'assedio<sup>[11]</sup>, col quale si era stabilita una temporanea sospensione dell'ordinamento vigente nei luoghi colpiti dal sisma<sup>[12]</sup>.

È successivamente a tali fatti e soprattutto a partire dal secondo decennio del XX secolo che si sentì la necessità di ricollegare tali poteri *extra ordinem* all'interno del modello dello Stato di diritto, ipotizzando un'applicazione analogica dello stato di necessità o della legittima difesa<sup>[13]</sup>: su tale strada il dibattito politico tentò di addivenire ad una tipizzazione dei poteri emergenziali, in specie quello della decretazione d'urgenza, disciplinata dall'allora vigente legge n. 100 del 1926, e dalle ordinanze prefettizie, regolate tutt'oggi dall'art. 2 t.u.l.p.s. (r.d. n. 773 del 1931).

Con l'avvento della Costituzione nel 1948, come anticipato, si scelse di introdurre le previsioni di cui agli artt. 77 e 78 Cost.<sup>[14]</sup>, il primo dei quali considerabile come «norma di chiusura del sistema» dalla portata generale e residuale nel campo dell'emergenza<sup>[15]</sup>, successivamente tanto (ab)usato nella prassi governativa come strumento ordinario di «iniziativa legislativa rafforzata»<sup>[16]</sup>, tale da soppiantare il ricorso al precedente potere di ordinanza – come tale definito un «fossile (dell'ordinamento statutario) del tutto incapace di adattarsi al mutato ambiente costituzionale»<sup>[17]</sup>.

In tale direzione si mossero infatti le successive pronunce della Corte costituzionale che, a più riprese, arricchirono la materia in esame sancendo principi e limiti del potere di ordinanza (temporaneità, proporzionalità, derogabilità nei limiti dei principi dell'ordinamento, dovere di motivazione *etc.*): tuttavia, ciò non sancì la caduta in disuso del potere di ordinanza contingibile e urgente poiché il ricorso a tale tipologia di provvedimenti – con vincoli e controlli meno stringenti – continuò a crescere, specialmente a seguito della statuizione di illegittimità costituzionale della c.d. “reiterazione” dei decreti-legge<sup>[18]</sup>.

Difatti le ordinanze, in specie di protezione civile, vennero usate per contesti spesso del tutto lontani dalle «calamità naturali» e dagli «eventi imprevedibili» dell'allora art. 5 legge n. 225 del 1992 (oggi art. 25 d.lgs. n. 1 del 2018), come lo smaltimento dei rifiuti<sup>[19]</sup> e i c.d. “grandi eventi”, proprio in virtù del mancato controllo *ex ante* e nemmeno *ex post* da parte del Parlamento, anche se l'impiego di un simile strumento straordinario dovrebbe essere adottato solo in situazioni davvero imprevedibili e richiedenti un intervento immediato.

- **Definizione e presupposti**

Ai fini dell'inquadramento dell'istituto e stante la definizione data da Massimo Severo Giannini[20], da integrare necessariamente con le elaborazioni dottrinali e soprattutto giurisprudenziali che si susseguirono sin dalla seconda metà del XX secolo<sup>[21]</sup>, è possibile delineare preliminarmente le coordinate del potere in esame.

Anzitutto, il maggiore apporto alla ricostruzione delle caratteristiche del potere di ordinanza è dato dal contributo di Roberto Cavallo Perin<sup>[22]</sup>, secondo il quale è necessario distinguere le ordinanze *libere* in esame da altri tipi di ordinanze che, benché pur sempre adottati da pubbliche amministrazioni sulla base di una situazione d'eccezione, hanno presupposti e contenuto non "libero" ma predeterminato dalla legge: i c.d. "atti necessitati"<sup>[23]</sup> (quali l'occupazione d'urgenza, la requisizione in uso etc.). Questi ultimi, al contrario delle ordinanze in esame, si affermano rispettosi dei principi di tipicità e nominatività degli atti amministrativi, in quanto la loro fattispecie legale è non solo prevista ma anche disciplinata positivamente nel suo contenuto da parte di norme di legge (per cui la discrezionalità dell'amministrazione nel merito si ridurrebbe alla scelta del tipo di provvedimento da adottare per disciplinare la fattispecie concreta).

Le ordinanze contingibili e urgenti, quindi, sono pacificamente ricondotte da dottrina e giurisprudenza alla categoria delle fonti *extra ordinem*<sup>[24]</sup>: al contrario delle fonti "tipiche", con le ordinanze libere si assiste ad una produzione di norme giuridiche al di fuori dell'ordinamento e in virtù di ciò non sarebbero previste da norme di organizzazione.

Per espressa previsione legislativa, inoltre, tali ordinanze, il cui contenuto non è però prestabilito dalla legge ma è a discrezione della p.a., hanno il potere di derogare a norme contenute in fonti primarie e in quelle ad esse subordinate, in alcuni casi non solo *prater legem*, per integrare il precetto, ma anche *contra legem*<sup>[25]</sup>.

E' possibile, quindi, tracciare le prime caratteristiche del potere di ordinanza, i cui presupposti sono rappresentati dall'apparente endiadi "contigibilità" ed "urgenza", la prima riscontrabile come «l'impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi» e la seconda quale «l'assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile»<sup>[26]</sup>.

- **Potere derogatorio e rapporto col principio di legalità e i suoi corollari**

Il rapporto tra il potere di ordinanza *extra ordinem* e il principio di legalità dell'azione e organizzazione amministrativa (ex art. 1 l. 241/1990) risulta complicato soprattutto in ragione dei "corollari" di quest'ultimo: i principi di nominatività e tipicità degli atti

amministrativi, apparentemente compromessi dalla possibilità di tali provvedimenti di derogare a precise norme dell'ordinamento giuridico vigente<sup>[27]</sup>, rischiando di costituire una sorta di «amministrazione parallela», straordinaria<sup>[28]</sup>.

Nello specifico, il principio di tipicità si riferisce agli effetti del provvedimento amministrativo che il legislatore “tipizza”, in modo tassativo, nella modifica – unilaterale – delle situazioni giuridiche soggettive di terzi; quello di nominatività attiene invece alla necessità della pubblica amministrazione di conseguire gli effetti tipici dei propri poteri solo ed esclusivamente attraverso modelli individuati, con elementi predeterminati in modo tassativo dalla legge<sup>[29]</sup>. La distinzione tra i due principi è perfettamente tangibile nel campo delle ordinanze di necessità e urgenza proprio perché i due aspetti, solitamente coincidenti, non sono qui entrambi rinvenibili: le ordinanze sarebbero atti nominati perché previsti dall'ordinamento ma non sufficientemente tipizzati, poiché i loro contenuti ed effetti non sono totalmente predefiniti dalle disposizioni legislative.

Poste tali premesse, sarebbe possibile risolvere in prima battuta la secolare questione fin qui analizzata attraverso la soluzione della compatibilità delle ordinanze *de quibus* con il principio di nominatività; è anche vero che i provvedimenti in questione sono sottoposti ad uno «stretto scrutinio di ragionevolezza», per cui il sindacato sulla scelta legislativa deve essere «tanto più rigoroso quanto più marcata la natura provvedimentale dell'atto sottoposto a controllo»<sup>[30]</sup>, ma essendo in gioco interessi pubblici costituzionalmente tutelati – e spesso coperti da riserve di legge assolute o relative – tale aspetto non pare da solo sufficiente.

Il *punctum pruriens* del potere derogatorio riconosciuto alle ordinanze contingibili e urgenti, inoltre, è da rinvenire anche in relazione all'indeterminatezza del loro contenuto: non prevedendo le modalità concrete di esercizio del potere, sarebbero possibili utilizzi ampiamente discrezionali – addirittura arbitrari – da parte della pubblica amministrazione.

Secondo la dottrina dei primi del '900, non è possibile per le ordinanze, anche quelle *praeter legem*, «eccedere le attribuzioni del potere esecutivo»<sup>[31]</sup> e la p.a. non sembrerebbe libera di scegliere ogni contenuto del potere di ordinanza: vi sarebbe infatti un primo limite nella ricerca del mezzo più idoneo per soddisfare gli interessi pubblici, limite certamente importante ma non esclusivo<sup>[32]</sup>.

In secondo luogo, si sottolinea come l'efficacia derogatoria sarebbe concepibile nei soli confronti delle norme di azione<sup>[33]</sup>, in quanto costituenti «l'ordinamento particolare della p.a.»<sup>[34]</sup> (storicamente contenuto nei regolamenti), mentre le norme

di relazione corrisponderebbero alle «norme attributive del potere (di ordinanza) alla pubblica amministrazione» di natura necessariamente legislativa, in quanto vertenti sulle condizioni di esistenza del potere pubblico.

Se è indubbio che la fonte attributiva del potere di ordinanza sia fornita di forza di legge, così non è per le singole ordinanze che da essa ne derivano, configurando il problema della portata dell'efficacia derogatoria in riferimento alla tipologia di norme di legge cui è possibile derogare.

La questione si intreccia con il tema delle riserve di legge assolute e relative, come individuato dalla giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961) in sede di sindacato di legittimità costituzionale dell'art. 2 del r.d. n. 773 del 1931: laddove la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia – segnatamente, i diritti soggettivi –, non è possibile che siano emanati «atti amministrativi che dispongono in difformità alla legge prevista dalla Costituzione» su quella stessa materia – il riferimento è ovviamente alle ipotesi di riserva di legge assoluta (inderogabilità da parte delle ordinanze *extra ordinem*); laddove invece la giurisprudenza ha ritenuto che, con diverse formule, l'autorità amministrativa potesse adottare atti anche normativi, ciò è considerato possibile previa indicazione dei criteri limitativi della discrezionalità della pubblica amministrazione – riserva di legge relativa (derogabilità condizionata).

Al riguardo, le norme attributive del potere di ordinanza, non prevedendo una definizione del proprio contenuto, non potrebbero individuare *ex ante* diritti soggettivi e limiti «rispettivamente oggetto e dispositivo dell'ordinanza»<sup>[35]</sup>. Tuttavia, ad opinione della Corte è possibile l'adozione di tali ordinanze nei confronti di diritti soggettivi tutelati da riserve relative in virtù dei “criteri soddisfattivi” di cui all'art. 23 Cost.: la predeterminazione per legge del soggetto attivo, della prestazione imposta (ossia del contenuto del potere), del soggetto passivo e dei summenzionati “criteri idonei” che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto soddisfatti qualora la norma attributiva del potere di ordinanza definisca la competenza, i presupposti e il fine di interesse pubblico.

- **Natura giuridica delle ordinanze e rispetto dei “principi generali dell'ordinamento giuridico”**

Un aspetto ulteriormente interessante riguarda la controversa natura, totalmente amministrativa o normativo-regolamentare, delle ordinanze contingibili e urgenti, discendente dal fatto che tali provvedimenti sono destinati ad una generalità di

soggetti in astratto e hanno un contenuto per certi versi innovativo perché incidente sulle posizioni di terzi (oltre ad essere capaci di derogare a fonti anche di rango superiore)<sup>[36]</sup>.

Tali aspetti farebbero propendere per la seconda ipotesi, avendo in comune con i regolamenti – fonti secondarie formalmente amministrative ma sostanzialmente normative – l'attitudine a rivolgersi ad una pluralità di consociati indeterminabile *a priori*, producendo norme generali e astratte<sup>[37]</sup>; l'atto amministrativo in senso stretto, invece, lo è anche dal punto di vista sostanziale: esso si limita ad applicare il contenuto delle fonti di cui è chiamato a dare attuazione.

È però difficile riconoscere forza di legge a provvedimenti il cui effetto derogatorio, ben potendo per certi versi essere "innovativo", è indubbiamente temporaneo e perciò modulato sull'estensione temporale della situazione di necessità ed urgenza.

Parimenti, nell'affermare che le ordinanze *extra ordinem* (nella specie quelle prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s.) devono rispettare la Costituzione e i "principi generali dell'ordinamento", la Consulta stabilì che tali provvedimenti non possono in nessun modo considerarsi a carattere legislativo «quanto alla loro *forma* e quanto ai loro *effetti*», ribadendone il «carattere amministrativo e non legislativo» per negare in radice la possibile attribuzione in capo a queste di forza di legge<sup>[38]</sup>.

Successivamente, con ulteriore pronuncia<sup>[39]</sup>, la Corte tentò di correggere il tiro sancendo il riconoscimento di una natura solo "eccezionalmente" normativa per gli atti *de quibus* ove contengano precetti generali e astratti<sup>[40]</sup>, precisando che ciò «in nessun caso può farli assurgere a fonti, nemmeno secondarie, del diritto»<sup>[41]</sup>.

Difatti, da quanto emerso dalla giurisprudenza costituzionale, il punto controverso non riguarda il carattere della "normatività" «come suscettibilità dell'atto di produrre conseguenze giuridiche per una pluralità di casi ed una molteplicità di destinatari», di cui le ordinanze in esame sarebbero fornite, ma la suscettibilità di assurgere a "fonte del diritto", quale «capacità dell'atto non solo di travalicare la dimensione particolare e concreta, ma anche di innovare stabilmente l'ordinamento»<sup>[42]</sup> – elemento che non appartiene al potere di ordinanza<sup>[43]</sup>.

In ogni caso, a quanto emerge da una trattazione sistematica, l'unico limite al potere di ordinanza, invalicabile e in qualche modo identificabile *a priori*, è rappresentato dai "principi dell'ordinamento giuridico", da sempre metodo interpretativo di risoluzione

dei conflitti fra beni giuridici egualmente tutelati che, attraverso una «definizione di esistenza in concreto»<sup>[44]</sup>, può definire gli elementi di esistenza del potere in caso di riserva relativa.

Tali principi generali (dell'ordinamento giuridico nazionale ma ad oggi anche di quello euronitario), vennero storicamente ricondotti dalla dottrina all'*analogia juris*, ossia al metodo adottato per colmare le *lacunae legis* con norme di portata generale (e non eccezionale o speciale)<sup>[45]</sup>.

È quindi possibile individuare la funzione di tali principi, cioè quella di "ricondurre ad unità" le disposizioni di legge componenti l'ordinamento e ad impedirne un cambiamento non coerente con la struttura e i valori dello stesso, in forza di una nuova previsione normativa che essendo "fonte di un diritto nuovo" potrebbe finire per frazionare l'ordinamento. «I principi non sono legge», dunque, ma tutt'al più sono una «integrazione della legge»<sup>[46]</sup> in armonia con l'ordine costituito; quest'ultimo, poi, potrebbe venir meno a causa dell'imposizione di un diritto *contra legem*, estraneo e in contraddizione con le norme sulla produzione – finanche aventi valore costituzionale –, per porre in essere un nuovo ordinamento sostitutivo del precedente.

- **Brevi cenni alla teoria della necessità come fonte del diritto**

Tale evenienza, propria anzitutto dei fenomeni rivoluzionari, è ben ricompresa nelle teorie della necessità quale fonte del diritto, ricostruite negli scritti di Santi Romano sullo stato d'assedio del terremoto del 1908<sup>[47]</sup> tra Reggio Calabria e Messina<sup>[48]</sup>: la necessità in tali termini evidenzerebbe «la relazione nel tempo di un ordinamento, la sua evoluzione in tutto o in parte *extra ordinem*»<sup>[49]</sup>. Il punto è di particolare importanza perché posa sulla «assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove» con «sostituzione, sia pur provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obbiettivo al diritto obbiettivo già esistente»<sup>[50]</sup>.

Cogliendo le basi dalla "teoria istituzionale"<sup>[51]</sup>, è possibile declinare il concetto di necessità a seconda della diversa istituzione che lo esprime. Esso si atteggierebbe, quindi, come un Giano bifronte: una «categoria unitaria»<sup>[52]</sup> identificante uno *jus non scriptum*, che può esplicarsi "a difesa dell'ordinamento esistente" – per mezzo del decreto legge o dello stato di assedio, da parte del governo in carica (che «parrebbe diritto sin da subito, ma è destinato a decadere *ex tunc* se non convertito nell'atto fonte definito dall'ordine costituito, nuovo o vecchio»<sup>[53]</sup>) – o "a sovvertimento dello stesso" – tramite una rivoluzione o colpo di Stato con conseguente istituzione di un governo reazionario<sup>[54]</sup>, in cui il diritto obbiettivo sarebbe comunque (ri)stabilito ma

solo successivamente. Sulla base di ciò, «la necessità non è legge»<sup>[55]</sup> e non potrà diventarlo senza il riconoscimento dell'ordine costituito da parte gli organi competenti (potere costituito)<sup>[56]</sup> – con efficacia *ex tunc*<sup>[57]</sup> –: ciò vale tanto per la necessità-rivoluzionaria quanto per la necessità-conservatrice, inidonee da sole a diventare diritto obiettivo.

Una differente lettura, infatti, potrebbe vedere la necessità trattata in tali termini strumentalizzata per eludere il principio di legalità<sup>[58]</sup> e sospendere ogni garanzia sancita dall'ordinamento in quanto «la situazione è straordinaria e le Camere sono chiuse»<sup>[59]</sup>, o addirittura per l'operatività di un principio generale della “*salus rei publicae*” capace di fondare l'agire *contra legem* senza passare per il riconoscimento postumo.

Tuttavia, è possibile affermare come vi sia sempre un ritorno alla legalità poiché se valori nuovi vogliono irrompere nell'ordinamento senza osservare quest'ultima «si tocca inevitabilmente il potere costituito nel suo fondamento con conseguente impossibilità di ogni giustificazione giuridica diversa da quella un tempo sintetizzata come instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale»<sup>[60]</sup>.

## Conclusioni

Dalle pagine dedicate a quei provvedimenti *sui generis* denominati “ordinanze contingibili e urgenti” e dal loro utilizzo in varie materie si è cercato di ripercorrere la storia dell'istituto in esame, con particolare riguardo ad alcuni problemi propri del “diritto amministrativo dell'emergenza” e della qualificazione assunta dai vari strumenti utilizzati, da cui discende in conseguenza la disciplina ad essi applicabile.

Un aspetto – quello emergenziale – che, come si è precisato, è lungi dall'essere ritenuto irrilevante dal punto di vista costituzionale: l'omissione in Costituzione di una puntuale e uniforme disciplina dell'emergenza «non significa mutismo costituzionale»<sup>[61]</sup>, poiché «l'emergenza si impone al di là della norma, anzi ne prescinde»<sup>[62]</sup>.

Con riguardo ai nuovi strumenti di gestione dell'emergenza nel panorama attuale, vi è chi annovera tra le possibili soluzioni la codifica di tutto l'impianto normativo scaturito dalla prassi governativa adottata in occasione della pandemia<sup>[63]</sup>, legittimando espressamente l'adozione di decreti presidenziali in luogo delle ordinanze di protezione civile in simili situazioni emergenziali. Del resto, però, ciò frantumerebbe l'ambito di applicazione del T.u. di Protezione civile, rendendo difficile

discernere gli eventi cui applicare l'uno o l'altro sistema o, quantomeno, creando una ridondante sovrapposizione e stratificazione normativa che i fautori del codice volevano superare.

In conclusione, v'è da domandarsi se con gli strumenti *extra ordinem* – chetrovano comunque «fondamento proprio nell'ordinamento costituito: nella legge»<sup>[64]</sup> – sia possibile realizzare un migliore efficientamento delle risorse disponibili attraverso una loro diversa distribuzione, oppure se si tratti esclusivamente di un rimedio “di fortuna” in un sistema già carente e piuttosto lacunoso.

---

[1] Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria

[2] Giannini M. S., *Diritto amministrativo, Vol. II*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 703 e ss.

[3] Mancini Palamoni G., *Potere amministrativo dell'emergenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, p. 262, sottolinea l'«assenza solo apparente» dell'emergenza nella Costituzione.

[4] Romano S., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della p.a. in Italia*, 1909, p. 251 e ss.

[5] Cfr. Cardone A., *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 144

[6] Pagano F. F., *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del Governo*, in *Rivista AIC - Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2011, p. 5, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)

[7] Conzutti A., *Quandoque bonus dormitat codex? La strana “quiescenza” del consolidato sistema di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, su [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)

[8] Mancini Palamoni G., *op. cit.*, p. 262; v. anche Cherchi B., *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 1121 e ss.

[9] Cfr. Rescigno G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. Dig.*, XII, UTET, Torino, 1965, p. 91

[10] Romano S., *op cit.*, p. 251 e ss.

[11] Per La Torre M., *La fine dell'Ottocento. Il terremoto di Messina e lo stato d'eccezione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2009, pp. 109-111, esso sarebbe luogo di un potere a-politico perché «senza condivisione di regole e senza controllo».

[12] v. Ranelletti O., *La polizia di sicurezza in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano. Con la collaborazione di altri giureconsulti italiani*, vol. IV, Parte I, Orlando Vittorio Emanuele (a cura di), S.E.L., 1904; La torre m., *La fine dell'Ottocento*, cit., p. 106 e Mancini Palamoni G., *op. cit.*, p. 256

[13] Nota a sentenza T.A.R. Trieste, 30 agosto 2003, n. 641, Manfredi G., su *Riv. giur. ambiente*, 1/2004, p. 96

[14] In tale elenco sarebbe ricompreso anche l'art. 126 Cost. sullo scioglimento dei Consigli regionali; v. Marazzita G., *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 323 e ss.; Esposito C., *Decreto-legge*, voce in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 865; Pinna P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 205; Ciaurro G. F., *Decreto legge*, voce in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988

[15] Modugno F., *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in AA.VV., *Scritti in memoria di A. Piras*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 467

[16] Marazzita G., *op. cit.*, p. 324, riprendendo Predieri A., *Parlamento*, in *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, 1975, p. 80

[17] Marazzita G., *op. cit.*, p. 448, Manfredi G., *op. cit.*

[18] Corte cost., n. 360 del 1996

[19] Censurato dalla decisione n. 6809 del 2002 del Consiglio di Stato, V sezione, quando siano «di origine ormai risalente nel tempo».

[20] V. nota 2.

[21] Rif. sentt. Corte cost., n. 8 del 1956, n. 26 del 1961, n. 4 del 1977, n. 127 del 1995 e ss.

[22] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990

[23] V. art. 8 All. E l. 2248/1865 e Giannini M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compi. cass. civ.*, vol. XXVII, 1948, ora in AA. VV., *Scritti, Vol. IV (1955-1962)*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 945 e ss; Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I,

Padova, Cedam, 1975, 715; Bartolomei F., voce *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 970

[24] V. Gerardo M., *Le fonti del diritto nell'ordinamento giuridico italiano. Individuazione, tipologie e vicende*, in *Avvocatura Generale dello Stato – Contributi dottrina*, su [www.avvocaturastato.it](http://www.avvocaturastato.it)

[25] Nel rispetto sempre dei principi dell'ordinamento giuridico e di quelli euronitari, con una efficacia limitata nel tempo e previa adeguata motivazione.

[26] Sentt. Cons. St., 21 novembre 1994, n. 926, sez. IV e Cons. St., 29 febbraio 1996 n. 208, sez. IV

[27] Posto che la «sfera legislativa subirebbe un'erosione temporanea», Gerardo M., *op. cit.*

[28] V. Pinelli C., *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Astrid*, 2009, su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)

[29] Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 477-478

[30] Sent. Corte cost., n. 153 del 1997, v. Simoncini, *La legge "senza valore" (ovvero, della necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative)*, in *Giur. cost.*, 1999, II<sup>a</sup>, p. 2029 e ss.

[31] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 23, e Bonaudi E., *Dei provvedimenti d'urgenza del sindaco*, F.lli Bocca, Torino, 1907, p. 269; Caruso Inghilleri D., *La potestà d'ordinanza del sindaco*, in *Filangieri*, 1908, p. 35

[32] V. i limiti temporali, quelli inerenti al rispetto dei principi generali dell'ordinamento e alla motivazione.

[33] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 75

[34] Romano A., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 195 e 203

[35] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 418

[36] Padovani V., *La natura giuridica delle ordinanze contingibili ed urgenti*, in *Ius in itinere*, 2020, su [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it)

[37] Cfr. coloro che sostengono la natura sostanzialmente normativa, Galateria L., *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 9 e ss., che sottolinea come l'ordinanza svolga una funzione di creazione del diritto mediante una «normazione particolare, originaria, diretta, occasionale»; Gargiulo U., *I provvedimenti d'urgenza nel diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1954, spec. p. 142 e ss., il quale evidenzia che le ordinanze *extra ordinem* «non tanto applicano norme di leggi preesistenti, quanto piuttosto pongono esse stesse le norme per regolare in concreto le situazioni che hanno di volta in volta in oggetto».

[38] Sent. Corte cost., n. 26 del 1961; si considerino le implicazioni sul tipo di sindacato del giudice di merito: amministrativo nei casi di cattivo esercizio del potere e ordinario nei casi di carenza dello stesso.

[39] Sent. Corte cost., n. 4 del 1977, che rigettò la questione di legittimità costituzionale del vecchio t.u. sulle leggi comunali e provinciali.

[40] Per i giudici le ordinanze non sono ricomprendibili tra le fonti dell'ordinamento giuridico, «anche se e quando (eventualmente) normative [...]; 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»

[41] Conzutti A., *op. cit.*, p. 422: la sentenza ha, in effetti, statuito che i provvedimenti *extra ordinem* «sia che si rivolgano (come nella specie è avvenuto) 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».

[42] Cardone A., *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., p. 149

[43] Nella stessa direzione sembrerebbe puntare quella tesi che riconosce alle ordinanze la forza di legge (giustificandone il potere derogatorio) ma non anche il valore di legge (sotto ponendole al sindacato del giudice amministrativo e non della Corte costituzionale), v. Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit.

[44] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 417

[45] Corte cost., n. 26 del 1961

[46] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., pp. 451-452

[47] Punto di partenza di uno *ius singulare* nella successiva normazione, fondata su di un «diritto della pubblica calamità» di titolarità governativa: v. Polacco V., *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto Calabro-Siculo*: memoria letta il 28 febbraio 1909 alla R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Padova, p. 337 e ss.

[48] *Ibidem*, discutendo sullo stato dell'arte anteriore alla legge n. 100 del 1926: v'era chi sosteneva un'applicazione analogica della legittima difesa prevista dal codice penale o di "necessità di difesa politica" e conservazione dello Stato proprio in quanto derivanti dai summenzionati principi generali (*salus rei publicae*). Tali atti, se posti in essere dal governo, sarebbero stati ritenibili "fatti illegali" bisognosi di ratifica parlamentare. Al riguardo, v. Majorana A., *Lo stato di assedio*, Catania, Giannotta, 1894, p. 24, e Cassazione Roma, 19 marzo 1894, Gattini, in Riv. pen., 1894, XXXIX, p. 468 e Rossi L., *Lo stato di assedio nel diritto pubblico italiano*, in *Arch. dir. pubbl. ital.*, vol. IV, 1894, pp. 108, 113-115; Cammeo F., *Lo stato e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1989, IV, p. 369

[49] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 49

[50] Romano S., *op. cit.*, p. 257

[51] Postulando che "il diritto si pone prima come organizzazione e poi come norma", v. anche Tarantino A., *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, II ed., Milano, 1980, p. 28 e ss.

[52] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 464

[53] Cavallo Perin R., *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, cit., p. 47

[54] In particolare, la rivoluzione deriverebbe da un "fatto sociale", dall'esigenza di una parte del tessuto sociale di prevedere un nuovo ordine costituito capace di provvedere ai propri bisogni, pena la perdita di fiducia dei governati nei confronti dei governanti; e «la necessità è diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali, cioè senza intermediazione degli organi del potere costituito competenti e dichiararlo», Romano S., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano. Estratto dall'Archivio del Diritto Pubblico e dell'Amministrazione Italiana*, vol. I, 1902, pp. 195-196.

[55] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 465

[56] In particolare, Romano S., *op. cit.*, 1909, cit., in *Scritti Minori*, 1990, p. 363: «la necessità comincia col manifestarsi come una forza che tende ad abbattere un intero ordinamento, per esempio con una rivoluzione, e dalla quale non possono evidentemente scaturire norme giuridiche se non quando essa sarà riuscita a instaurare un nuovo assetto politico».

[57] Sarà poi la legge n. 100 del 1926 a modificare quest'aspetto prevedendo che la mancata ratifica comporti una decadenza *ex nunc*.

[58] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 468

[59] Il riferimento è alle tesi che giustificano lo stato d'assedio fino alla legge n. 100 del 1926, v. Rocco A., *Relazione alla Camera*, in *Atti parlamentari, Camera, legislativi XXVII*, 1925, p. 4392.

[60] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 471

[61] Luciani M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC - Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2020, p. 140, nota 143, su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)

[62] Fioritto A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 127-128

[63] Timo M., *Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico*, *Giurisprudenza italiana in Corti supreme e salute*, 3/2021, p. 510, su [cortisupremeesalute.it](http://cortisupremeesalute.it)

[64] Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza*, cit., p. 472

## Francesca Saraceno

(<https://ratioiuris.it/author/francesca-saraceno/>)

Condividi:

WhatsApp

Email

LinkedIn

**Potrebbe interessarti anche:**

---