

Rivista N°: 1/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 15/07/2017

AUTORE: Edoardo C. Raffiotta *

LE ORDINANZE EMERGENZIALI NEL DIRITTO COMPARATO

Sommario: 1. Il valore polisemico dell'«ordinanza»: una categoria dalla difficile definizione; 2. Questioni metodologiche e ambito della ricerca; 3. Ordinanza e «stato di eccezione»; 4. Alle origini del potere di ordinanza: dalla Carta francese del 1814 alla Costituzione di Weimar; 5. Le ordinanze nell'ordinamento italiano: tra statuto albertino e Costituzione repubblicana. La discussa legittimità dell'istituto; 6. La variegata disciplina delle ordinanze emergenziali nell'ordinamento italiano; 6.1. Le ordinanze in materia di pubblica sicurezza ex art. 2 Tulps; 6.2. Le ordinanze emergenziali del Sindaco; 6.3. Le ordinanze in materia sanitaria; 6.4. Le ordinanze in materia ambientale; 6.5. La legge n. 225 e le ordinanze in materia di protezione civile; 7. L'evoluzione delle ordinanze nell'ordinamento francese: alle origini delle ordonnances della Costituzione del 1958; 7.1. Le prime ordinanze legittimate dalla Costituzione: l'art. 92 delle disposizioni transitorie; 8. Il potere di ordinanza nella Quinta Repubblica; 8.1. Il caso particolare delle misure urgenti ex art. 16 della Costituzione francese; 9. Lo «stato di emergenza» nella legge n. 55-385; 9.1. I casi di applicazione dell'état d'urgence; 9.2. Lo stato d'emergenza in risposta agli attacchi terroristici; 10. I poteri d'urgenza del Sindaco in Francia; 11. L'emergenza nella Costituzione spagnola del 1978; 12. Gli atti del Governo negli stati di allarme ex art. 116 CE e ley orgánica n. 4/1981; 12.1. Lo estado de alarma nella prassi: la «crisis aérea» del 2010; 13. La normazione dell'emergenza attraverso i reglamentos de necesidad; 14. La normativa in materia di protezione civile; 15. Reglamentos y ordenanzas emergenziali delle amministrazioni locali; 16. In conclusione: l'ordinanza emergenziale e il valore supremo della sicurezza.

1. Il valore polisemico dell'«ordinanza»: una categoria dalla difficile definizione

Per ordinanza *emergenziale*, nell'ordinamento italiano, s'intende un provvedimento autoritativo volto ad imporre, vietare, regolare, un determinato comportamento, a causa di un evento – più o meno – imprevisto, o imprevedibile. Un provvedimento giustificato da una necessità, da un'emergenza, il cui contenuto non è prestabilito dalla legge, ma dalla fonte primaria semplicemente autorizzato e rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente¹. Un

* Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università di Bologna.

¹ Per tale motivo denominate da G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016, pp. 33 ss., «ordinanze libere».

fatto straordinario, che legittima l'ordinanza a regolare il generico ambito di competenza attraverso un particolare potere (*extra ordinem*), in grado di avere natura normativa, in alcuni casi *praeter legem*, o perfino *contra legem*.

Anche per questi motivi, come dimostrano i precedenti studi, antichi e recenti², è questo un istituto dalla difficile analisi e comprensione³, che acquista ancora maggior complessità nel caso di una ricerca di diritto comparato. Una complessità anzitutto, ma non solo, di carattere semantico che è bene da subito dichiarare, prima di indicare il metodo che si intende seguire e precisare l'oggetto da indagare.

Già nell'ordinamento italiano, infatti, la locuzione «ordinanza» non descrive un preciso istituto giuridico⁴: come noto, derivando dal verbo «ordinare» (dal latino *ordo-dīnis* «mettere in ordine») l'ordinanza descrive un «ordine», o meglio, un atto contenente un «ordine», descrittivo di una regola, di un comportamento⁵. Anche per questo l'ordinanza può egualmente descrivere un provvedimento amministrativo di esecuzione, una regola generale e astratta, un provvedimento giurisdizionale⁶. Questa complessità si aggrava ulteriormente osservando gli ordinamenti stranieri, laddove la traduzione del termine riconduce a istituti molto differenti. In estrema sintesi, basti ricordare alcuni casi emblematici, come l'ordinamento tedesco nel quale il termine *ordinanza* può essere tradotto in *Verordnung*, ma tale atto non pare corrispondere all'istituto in questa sede indagato, perché, come si vedrà, il suo contenuto

² Il tema come noto è stato molto studiato, spesso giungendo a conclusioni assai differenti, se non opposte; tra gli studi monografici: L. DEGLI OCCHI, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico e le ordinanze d'urgenza*, Milano, 1919; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, 1953; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012.

³ Come notato da F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, pp. 27 ss., l'attenzione da sempre rivolta dalla dottrina, a tale «centrale» ambito del diritto, deriva dalla constatazione che «le situazioni emergenziali rappresentano infatti una sorta di zona di limite del diritto pubblico, nella quale si trovano ad operare le forze contrapposte della reazione d'emergenza stessa (spesso declinata in forme che tendono ad imporre di prescindere dall'applicazione del diritto ordinario, il quale a sua volta solo raramente prevede strumenti di «gestione» dell'emergenza), e della applicazione di un diritto dettato prevalentemente per situazioni comunque fisiologiche, ancorché non sempre «ordinarie»».

⁴ G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 90 ss.

⁵ E del resto un insieme di ordini compongono un «ordinamento» (giuridico), inteso appunto come insieme di regole e prescrizioni volte a creare un ordine generale: si v. F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)* in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 678 ss. È certo noto, ormai da tempo, – come insegnato da V. FROSINI, *Ordinamento giuridico (fil. dir.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 639 ss. – che nel linguaggio giuridico italiano contemporaneo l'espressione «ordinamento giuridico» abbia ormai acquistato un suo distinto e preciso significato che non può essere confuso o sovrapposto a quello di «insieme di ordini», tuttavia, ai nostri fini la stretta affinità semantica che esiste fra i termini «ordinanza», «ordine» e «ordinamento» consente di enfatizzare il livello di complessità dell'istituto giuridico dell'ordinanza, preliminarmente derivante dalla polisemicità della locuzione.

⁶ Sul punto in particolare cfr. G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2015, pp. 125 ss.

è comunque confermato dal legislatore. O il caso della Francia, nel quale con il termine *ordonnance* possono intendersi, non solo atti amministrativi (anche emergenziali), ma altresì veri e propri atti normativi primari dotati di forza di legge, più simili a decreti legislativi. Ancora in Spagna, l'istituto qui indagato non sembra trovare pieno riscontro nelle *ordenanzas*, sembrando invece corrispondere ai *reglamentos de necesidad*. Di questi ordinamenti e delle corrispondenze si parlerà ampiamente nel corso del presente scritto. Tuttavia, sin da ora è necessario avvisare di una difficoltà che incontra il ricercatore comparatista nel definire una categoria comune di ordinanze emergenziali.

Del resto, come emergerà dall'analisi della normativa, in alcuni casi, neppure le leggi che prevedono il potere *extra ordinem* utilizzano una determinata locuzione distintiva dell'istituto, piuttosto, autorizzando in generale «provvedimenti indispensabili» al fine di risolvere l'emergenza (così tra gli altri: in Italia l'art. 2 del TULPS; in Spagna l'art. 21.1 lett. m, ley 7/1985; in Francia l'art. 16 Cost.).

2. Questioni metodologiche e ambito della ricerca

Se si conviene con tali premesse, una indagine comparata in tale ambito non può ricercare corrispondenze semantiche, bensì piuttosto analizzare l'istituto indagato attraverso quelli che sembrano essere i principali elementi costitutivi e distintivi dell'istituto: un atto adottato dal governo, o da un'amministrazione periferica, al fine di fronteggiare un caso imprevisto, un'emergenza, che indipendentemente dalla sua natura amministrativa o normativa, regola la situazione di fatto, senza una predeterminata definizione del contenuto dell'atto, né una successiva conferma da parte del Parlamento (così distinguendosi da altri atti emergenziali, quali anzitutto i decreti legge⁷).

Il tema dunque interessa necessariamente, oltre che i rapporti tra poteri, parimenti, i principi fondamentali della teoria delle fonti⁸, solo per ricordare i più rilevanti: il principio di legalità⁹, la preferenza della legge, la gerarchia delle fonti, la classica distinzione tra atto amministrativo e fonte normativa, tra provvedere e prevedere¹⁰.

Osservando i principali ordinamenti europei di *civil law*, più omogenei e comparabili¹¹, oggi, gli atti oggetto della presente indagine, li troviamo – seppur con non poche differenze, e

⁷ L. PEGORARO, A. RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Torino, 2000, p. 79.

⁸ Per tutti v. A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977.

⁹ Anzitutto, che, tra gli altri principi richiamati, come si vedrà, pare acquisire maggiore rilievo per la stretta concessione che mantiene con l'imminenza del principio di separazione dei poteri e per la sua incidenza sulla forma di governo. In particolare sul punto v. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; più di recente, M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, pp. 140 ss.

¹⁰ Con particolare riferimento alle ordinanze, lo notava già G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. Dig.*, XII, 1965, pp. 89 ss.

¹¹ Sulle difficoltà del ricorso al metodo comparatistico tra differenti sistemi delle fonti v. A. PIZZORUSSO, *Il sistema delle fonti come oggetto di ricerca nel campo delle scienze giuridiche*, in A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, pp. 1 ss.; T.E. FROSINI, *Legislazione e comparazione, Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, pp. 63 ss. Ciò premesso come rilevato da – P.G. MONATERI, *I confini della*

in vario modo denominati – pressoché ovunque¹². Di solito tali istituti sono concentrati, a seconda della forma di governo accolta, in capo al potere esecutivo, con un controllo più o meno incisivo del potere legislativo. Tuttavia, quantomeno a livello di dettato costituzionale, le Costituzioni vigenti quasi mai prevedono un tale potere diretto di regolazione dell'emergenza in capo al Governo privo di controllo parlamentare. In tal senso, significativa, quasi eccezionale, sembra la vigente Costituzione francese, dove l'ordinanza emergenziale è prevista a livello costituzionale dall'art. 16: direttamente assegnata al Presidente della Repubblica, il quale – in qualità di garante, ai sensi dell'art. 5 della stessa Carta, dello Stato e della Costituzione – «adotta le misure richieste dalle circostanze (...) quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto». Un potere assai ampio e autonomo del Presidente, posto al fine di fronteggiare qualsiasi caso emergenziale di pericolo per lo Stato. Oltre a tale disciplina costituzionale, il potere di ordinanza nei casi di emergenze è inoltre previsto a livello legislativo in capo al Governo nella *Loi n. 55-385 du 3 avril 1955 «relative à l'état d'urgence»*; nonché alle amministrazioni locali dalla normativa di settore. Tuttavia, proprio per la peculiarità e per alcune affinità con l'ordinamento italiano, nel prosieguo, il caso francese sarà indagato più nel dettaglio.

Una legittimazione diretta la troviamo anche nella Costituzione della Confederazione Svizzera¹³, la quale espressamente menziona tra le fonti normative le «ordinanze», che possono essere adottate sia per prendere «provvedimenti a tutela della sicurezza esterna, dell'indipendenza e della neutralità della Svizzera», sia per «prende provvedimenti a tutela della sicurezza interna», oltre che dall'Assemblea federale (art. 173), anche dal Consiglio federale (art. 184 e 185), il quale, appunto, è direttamente legittimato dalla stessa Costituzione, con l'unico limite che le ordinanze siano circoscritte nel tempo (così art. 185 c. 3). Quello Svizzero, tuttavia, pare un caso a sé, anche per la particolare forma di governo.

Volendo individuare modelli opposti, spicca tra gli altri l'ordinamento tedesco, nel quale l'istituto oggetto della nostra indagine non sembra individuabile, anche per il particolare rilievo dato a livello costituzionale al principio di legalità, senz'altro in risposta alla precedente

legge. Sovranità e governo del mondo, Torino, 2014 – «in ogni ordinamento vi sono dei casi che per definizione si danno come eccezionali, e che quindi sfuggono, per definizione, al concetto di legge». Anche negli ordinamenti di *common law*, infatti, è possibile rinvenire analoghi istituti all'interno delle discipline della *martial law* e degli *emergency powers*: cambiano però i principi regolatori delle fonti.

¹² Non è un caso che la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'art. 15 stabilisca che «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» gli Stati firmatari possono «adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda». Su tale disposizione e la sua applicazione giurisprudenziale si rinvia a F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Rivista di diritto costituzionale*, cit., in particolare, pp. 38 ss.

¹³ Che trova come precedente storico la deliberazione del 3 agosto 1914 dell'Assemblea federale svizzera di conferire al Consiglio federale «il potere limitato di prendere tutte le misure necessarie a garantire la sicurezza, l'integrità e la neutralità della Svizzera».

esperienza di Weimar¹⁴. Infatti, era tale il timore del passato, che nella Legge fondamentale del '49¹⁵ non fu prevista una disciplina generale in materia di emergenza, essa fu introdotta solo successivamente con la riforma del 1968, perché indotta dalle istanze della storia¹⁶. A seguito della citata riforma, ancora oggi, l'art. 80-a GG nel caso di uno «stato di difesa» (*Verteidigungsfall*), ivi compreso l'ampio ambito della protezione della popolazione civile, autorizza il governo ad adottare decreti con forza di legge, che tuttavia restano comunque sottoposti al controllo del *Bundestag* che può chiederne l'abrogazione. In generale, tutti gli interventi adottati nei casi di emergenza devono essere sempre sottoposti a un controllo parlamentare assai incisivo, non potendo il Governo federale disporre della facoltà di adottare autonomamente atti di rango legislativo in casi di straordinaria necessità ed urgenza¹⁷.

In linea con quella tedesca, forse ancora più restrittiva, pare la Legge costituzionale federale dell'Austria¹⁸, la quale parimenti fissa in modo chiaro e incontrovertibile il principio di legalità all'art. 18 c. 1, specificando che «l'intera attività amministrativa statale può essere svolta solo in base alle leggi», a seguire poi, la stessa disposizione, al comma 3, prevede che nei casi in cui vi sia un'emergenza e il Consiglio nazionale non sia riunito – «non può riunirsi tempestivamente o è impedito nella sua attività per cause di forza maggiore» – il Presidente federale, su proposta del Governo federale, può adottare tali provvedimenti sotto forma di decreti provvisori aventi forza di legge, la cui responsabilità fa capo ad entrambi. Tale decreto tuttavia, dovrà comunque essere presentato tempestivamente dal Governo federale al Consiglio nazionale per la conferma¹⁹.

Al di là degli «estremi» appena descritti, più in generale, le Costituzioni vigenti sono particolarmente attente nel fissare procedure che assicurino – anche nei casi di emergenza – la separazione dei poteri e il principio di legalità. In tal senso, tentando di descrivere una generale tendenza, il modello ricorrente pare essere quello nel quale i poteri di regolazione del Governo – normativi o amministrativi – sono preceduti da una dichiarazione dello «stato di emergenza», compiuta – a seconda della specifica forma – dal Presidente della Repubblica, o dal Governo, successivamente però confermata dal Parlamento, o da questi direttamente dichiarata. In ogni caso le Assemblee conservano forti garanzie – ad esempio quella di non essere sciolte – e, tendenzialmente, poteri di conferma o revoca degli atti governativi di emergenza.

Tra gli altri esempi, la Costituzione della Romania²⁰ si segnala perché, pur assegnando la dichiarazione dello Stato di assedio, o di emergenza, nonché i poteri necessari di rego-

¹⁴ M.T. RÖRIG, *Germania*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, su www.cortecostituzionale.it, 2011, pp. 20 ss.

¹⁵ Invero anche per la sua durata, allora si pensava, temporanea.

¹⁶ C. SBAILÒ, *Il costituzionalismo europeo e la nuova sintassi del terrore, tra primato dei diritti e pragmatismo operativo*, in E. PFOESTL (a cura di), *Sicurezza e libertà fondamentali*, Roma, pp. 95 ss., in particolare, pp. 147-153 ss.

¹⁷ Cfr. L. MEZZETTI, *Comando costituzionale delle forze armate e gestione degli stati di crisi nella Repubblica federale di Germania*, in *Diritto e società*, 1991, pp. 307 ss.

¹⁸ V. su www.verfassungen.de/at/at18-34/oesterreich20.htm

¹⁹ Più ampiamente A. ZEI, *La funzione normativa tra Parlamento e Governo nella Repubblica Federale austriaca*, Milano, 2004.

²⁰ Su www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=371.

lazione al Presidente, allo stesso tempo, limita fortemente tali poteri, rimettendo la disciplina degli stessi alla legge, nonché soprattutto rimettendo – entro cinque giorni – al Parlamento l’approvazione delle misure adottate (art. 93 Cost.).

In Lituania la Costituzione è ancora più attenta alle garanzie, attribuendo al Parlamento (*Seim*) anche la dichiarazione dello stato di emergenza, dalla quale poi deriveranno i poteri di regolazione emergenziali del Presidente (art. 145 Cost.). Il Parlamento, tuttavia, mantiene il potere di approvare o revocare le decisioni presidenziali²¹.

Assai dettagliata è anche la disciplina prevista dalla Costituzione della Polonia²² che dedica l’intero Titolo XI (artt. 228-234) agli «stati straordinari», tra questi includendo: lo stato di guerra, lo stato eccezionale e lo stato di calamità naturale. Pur variando le discipline a seconda del tipo di emergenza, in ogni caso, tanto il decreto che dichiara lo stato straordinario, quanto i provvedimenti, anche con forza di legge adottati dal governo, devono successivamente essere approvati dal Parlamento, al quale è altresì rimessa la disciplina di dettaglio della materia (art. 228). La Costituzione, inoltre, a ulteriore garanzia, prevede limiti agli atti normativi del governo, escludendo ad esempio le leggi elettorali e le riforme costituzionali (art. 228 c. 6), facendo inoltre attenzione a circoscrivere i diritti di libertà limitabili (art. 233).

Dunque le discipline possono variare negli effetti e nella definizione delle garanzie, ma è questo il modello comune che sembra essere costantemente accolto dalle Costituzioni vigenti in Europa. Un sistema nel quale, pertanto, la fonte dell’emergenza è comunque rimessa al controllo – più o meno diretto, più o meno incisivo, ma comunque – del Parlamento: in via preventiva con la dichiarazione dello stato di emergenza, in via successiva con la conferma, o revoca, di provvedimenti del Governo.

Del resto – come si vedrà meglio tra poco – questo sembrerebbe, a prima vista, anche il modello previsto dalla Costituzione italiana del ’48, tradotto nella disciplina del decreto legge (art. 77) e nella dichiarazione dello stato di guerra (art. 78)²³.

Se così fosse, fermandoci al solo dato normativo costituzionale, sembrerebbe che quei poteri normativi di emergenza siano rimasti così ampi, e generali, principalmente nell’art. 16 della Costituzione francese²⁴.

Al contrario, come anticipato, seppur previsto solo a livello legislativo e qualificato come provvedimento amministrativo, l’istituto sembra operare – non solo in Italia – in tensione in particolare con il principio di legalità. Oltre al caso francese, infatti, dove come detto le ordinanze d’urgenza sono previste anche a livello legislativo, emblematico pare l’ordinamento spagnolo, nel quale, similmente a quello italiano, – oltre al decreto legge ex art. 86 e gli stati di emergenza previsti dall’art. 116 della Costituzione spagnola del 1978 –

²¹Cfr. in particolare artt. 142-145 della Costituzione lituana, su www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm.

²² Per la traduzione del testo si rinvia a E. CASTORINA, P. POLICASTRO, *Le Costituzioni. Un invito alla comparazione*, Torino, 2017, pp. 121 ss.

²³ In tema v. G. DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, 1971; più di recente dello stesso A., *Guerra e Costituzione*, Bologna, 2009; A. VEDASCHI, *La guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007.

²⁴ Escludendo il peculiare caso della summenzionata Costituzione elvetica.

vigono nella legislazione ordinaria vari provvedimenti e atti adottati dall'amministrazione, anche a livello locale, che paiono corrispondere al modello concettuale di ordinanza indagato.

A partire dal quadro sin qui descritto, la presente ricerca si soffermerà e indagherà alcuni specifici ordinamenti, in particolare, proprio gli ultimi richiamati: Italia, Francia e Spagna, i quali, più degli altri, sembrano mostrare molti punti di contatto, tra cui anzitutto una comune particolare attenzione all'emergenza, o meglio al contrasto delle emergenze, giustificando strumenti *extra ordinem*, spesso incisivi, riconducibili al modello qui convenuto dell'ordinanza emergenziale, mettendo in forte tensione non solo il principio di legalità, ma tutto l'ordinamento giuridico.

3. Ordinanza e «stato di eccezione»

Prima di passare a indagare i summenzionati ordinamenti nazionali, e la loro evoluzione, è bene anzitutto ricordare le principali teorie che stanno a fondamento e, come si dirà in conclusione, consentono di giungere – ancora oggi – ad una, seppur discussa, giustificazione delle ordinanze emergenziali nella maggior parte degli ordinamenti vigenti. Le ordinanze, infatti, soprattutto per il loro fine di intervenire nelle emergenze e i loro effetti *extra ordinem*, in deroga all'ordinamento giuridico, rievocano l'antico dibattito, ancora attuale, dello stato di eccezione, anzi, sempre più attuale, anche alla luce delle recenti e gravi emergenze terroristiche.

L'emergenza che giustifica un intervento eccezionale, indipendentemente dalla fonte giuridica che lo preveda, risale alle origini del diritto, trovando espressione già nell'antica massima «*necessitas non habet legem*»²⁵.

Nel mutato contesto degli ordinamenti costituzionali moderni, è Santi Romano²⁶ il primo ad aver studiato e ricostruito sistematicamente tale complesso tema, considerando lo stato di eccezione non come un fatto estraneo al diritto, ma come uno strumento giuridico di difesa dell'ordinamento stesso. È sua, come noto, la celebre teoria dell'emergenza come fonte del diritto elaborata a partire dal commento dei decreti emergenziali adottati in occasio-

²⁵ Come rilevato da G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, pp. 34 ss., tale principio ha trovato la sua prima formulazione giuridica nel *Decretum* di Graziano a proposito dei luoghi dove celebrare la messa, che dovevano essere sempre consacrati, a meno che non vi fossero casi di necessità, perché la necessità non ha legge.

²⁶ S. ROMANO, *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 pubblica amministrazione in Italia*, n. 1/1909, pp. 251 ss., a commento dei provvedimenti assunti in via emergenziale dal Governo in una delle più catastrofiche emergenze del XX secolo in Europa, quale il terremoto di Messina e Reggio Calabria del 28 dicembre 1908. L'evento tellurico spinse il Governo ad adottare provvedimenti di emergenza (ordinanze e decreti), per lo più in deroga alla legge, privi di qualsiasi forma preventiva di autorizzazione legislativa, salvo la successiva sanatoria giunta solo dopo circa quattordici giorni con la legge 12 gennaio del 1909, n. 12. In particolare gli articoli 6 e 14 della legge n. 12, si premurano di sanare, tentando di giustificare, i provvedimenti assunti in deroga, altresì estendendo e reiterando, inoltre, i poteri «eccezionali» assunti in via di fatto dal Governo per fronteggiare la catastrofe nei territori dei Comuni colpiti. In tema v. anche V. POLACCO, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, Padova, 1909; S. LONGHI, *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1 (1909), pp. 137 ss., il quale pragmaticamente osservava «alla deficienza di norme scritte si aggiunse, in ogni evento, la passione di parte e il proposito di non menomare l'azione dell'autorità».

ne del catastrofico «terremoto calabro-siculo» del 1908, poiché l'Autore, giustificando i provvedimenti emergenziali adottati dal Governo senza alcuna autorizzazione di legge, rilevava che «la necessità di cui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma se essa non ha legge, fa legge, come dice un'altra espressione usuale; il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto»²⁷.

Queste celebri riflessioni di Romano furono successivamente riprese dal massimo teorico²⁸ dello stato di eccezione Carl Schmitt, nei suoi studi sulla dittatura, declinata attraverso le due categorie della dittatura commissaria e della dittatura sovrana²⁹. Entrambe le figure sono rappresentazioni dell'intervento a garanzia dello Stato nei casi di emergenza. La dittatura commissaria³⁰ interviene in ossequio all'ordinamento giuridico per difendere l'ordinamento stesso, per cui in tale ipotesi la dittatura tutela l'ordine costituito, anche quando la costituzione debba essere sospesa. Più «radicale»³¹ è invece l'intervento nell'ipotesi della dittatura sovrana³², in forza della quale, qualora le condizioni eccezionali di particolare crisi lo richiedano, consente di sospendere l'ordinamento giuridico vigente e superarlo, determinando – attraverso un vero e proprio potere costituente – un nuovo ordinamento, laddove, pur venendo meno il diritto vigente, lo Stato continua a esistere attraverso l'intervento di garanzia del dittatore sovrano in un nuovo ordinamento costituzionale³³.

A partire da queste teorie, qui necessariamente solo richiamate, la letteratura molto si è interrogata, sempre oscillando tra chi giustifica l'intervento *extra ordinem* a difesa dello Stato e dell'ordinamento costituzionale³⁴, e chi invece vede nei poteri eccezionali di emergenza

²⁷ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, cit., p. 254. Romano giungeva a tali conclusioni in ossequio al fine fondamentale di garantire la «difesa dello Stato». Per meglio comprendere la teoria del Romano e i suoi effetti v. A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1980. In particolare sulla difesa dello Stato v. F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. L, 1898, pp. 369 ss.; G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in V.E. ORLANDO, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, 1901 pp. 235 ss.; E. LOMBARDO-PELLEGRINO, *Il diritto di necessità nel costituzionalismo giuridico*, in *Archivio del diritto pubblico*, II, 1903; G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di Diritto Pubblico*, vol. 1, fasc. 2, 1936.

²⁸ Questo non solo per il numero dei suoi scritti, ma altresì per la complessità della sua riflessione. V tra gli altri in particolare C. SCHMITT, *La dittatura*, ediz. it. a cura di A. Caracciolo, Roma, 2006; altresì, C. SCHMITT, *Teologia politica*, in Id., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972.

²⁹ Per meglio comprendere tali complesse categorie v. M. LUCIANI, *Carl Schmitt e il concetto di dittatura*, in *Diritto e società*, 1975, pp. 545 ss.

³⁰ C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., in particolare, pp. 21-65.

³¹ Anche alla luce dei noti eventi che seguirono, di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

³² C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., in particolare, pp. 165-190.

³³ Anche a seguito di tali considerazioni, la celebre formula di apertura del saggio dedicato alla *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 33, «sovrano è chi decide nello stato di eccezione», per cui v. T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997, pp. 27 ss.

³⁴ In particolare v. C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. XI, 1962, pp. 139 ss.; Id., *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.

un ingiustificato accentrimento di autorità che può favorire il sovvertimento dell'ordine democratico³⁵.

Questo duplice rapporto nei confronti dello stato di eccezione emerge anche nelle discipline costituzionali, più o meno complesse, più o meno limitative, delle funzioni emergenziali *extra ordinem*, che saranno qui indagate. Un articolato rapporto che, come accentato, non interessa solo i poteri dello Stato, spesso confusi nelle loro attribuzioni, al fine di rispondere alla situazione di emergenza, bensì anche il rapporto tra le fonti legittimate a regolare l'emergenza: in particolare le limitazioni subite dalla legge, a vantaggio di altri atti emergenziali, come appunto le ordinanze. In tal senso, come è stato notato³⁶, l'emergenza definisce uno stato nel quale la legge è isolata dalla «forza di legge»: da una parte, la norma vige, ma non si applica (non ha «forza») e, dall'altro, atti che non hanno valore di legge ne acquistano la «forza». Si realizza così un ordinamento speciale in cui «vige la forza di legge senza legge»³⁷.

Sullo sfondo delle teorie sullo stato di eccezione, questo pare il tema principale evocato da tutti quegli ordinamenti costituzionali che nei casi di emergenza autorizzano il potere esecutivo ad intervenire con ordinanze – o atti analoghi – genericamente autorizzati dalla legge, ma senza alcun controllo del legislatore preventivo, di autorizzazione, o successivo, di ratifica.

4. Alle origini del potere di ordinanza: dalla Carta francese del 1814 alla Costituzione di Weimar

Più che in altri casi, l'interesse a una ricerca comparata in tema di ordinanze emergenziali sembra derivare da una ricostruzione storica dell'istituto e dalla constatazione che la sua nascita e la sua evoluzione siano in parte frutto di una «circolazione» tra epoche e ordinamenti costituzionali, almeno tra i principali Paesi europei, di volta in volta mutando ed evolvendosi, ma mantenendo i summenzionati elementi distintivi fondamentali.

La storia delle ordinanze si perde indietro nel tempo: di derivazione francese, l'*ordonnance* appare per la prima volta nell'*Ancien Régime*³⁸ presentandosi con un carattere indefinito e polivalente indicando cioè molti atti, e in generale, tutte le norme emanate dal Monarca³⁹. Nello Stato assoluto francese l'*ordonnance* era, infatti, allo stesso tempo, sinoni-

³⁵ Tra le molte critiche ai poteri eccezionali derivanti dello stato di eccezione, si ricordino le lungimiranti obiezioni G. BALLADORE PALLIERI, *La guerra*, Padova, 1935, pp. 181 ss., il quale in particolare criticamente notava il carattere discrezionale della nozione di emergenza.

³⁶ Così G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, pp. 44 ss.

³⁷ G. AGAMBEN, cit., p. 52.

³⁸ V. É. CHENON, *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815*, vol. II, Paris, 1929, p. 313; M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'Ancien régime all'Italia liberale*, Milano, 2009, pp. 22 ss.

³⁹ Si pensi all'*ordonnance de Montils-lès-Tours* (1454) attraverso la quale il re Carlo VII ordina di redigere una raccolta di tutti gli usi della Francia. Si v. É. CHENON, *Histoire générale du Droit français public et privé des origines a 1815*, cit., pp. 292-295. Sulla vicenda della registrazione delle ordinanze si v. op. ult. cit., 292-295. Tra

mo di *loi, statut, commandement d'un Souverain*: leggi stabilite dalla sola volontà regia, nei settori più diversi, in particolare, nell'ambito del diritto pubblico e penale⁴⁰.

Pur mutando, tale potere fu mantenuto anche dalla Corona della restaurazione francese, laddove la Costituzione del 1814 (art. 14) per la prima volta sembra introdurre una forma di ordinanza emergenziale, così come oggi la intendiamo⁴¹. La fonte fu prevista per rispondere a situazioni di necessità, assegnando in capo al Re il potere di provvedere con ordinanze necessarie oltre che per l'esecuzione delle leggi, anche, per «la sicurezza dello Stato».

L'evoluzione della forma di Stato francese, il sempre maggiore rilievo del Parlamento, nonché i non pochi abusi di ricorso a tale istituto, in deroga alla legge⁴², spinsero, dopo la rivoluzione di luglio, a introdurre nella successiva Costituzione del 1830 un espresso limite al potere di ordinanza del Sovrano, tradotto nel nuovo testo: il Re «*fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes*»; così specificando come il Re potesse con i decreti e le ordinanze attuare ed eseguire le leggi, ma «giammai» derogarle.

Tale disposizione fu importata in molti testi costituzionali dell'epoca⁴³, e in particolare in Italia, attraverso l'art. 6 dello Statuto albertino: il Re «*fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne*». Nonostante tale previsione non parlasse espressamente di «ordinanze», in linea con la fungibilità dei termini dell'epoca, essa prevedeva un limite al loro ricorso⁴⁴. Tuttavia l'istituto sembrò resistere nella prassi, diffusa già in epoca preunitaria, per cui il Re adottava sotto il titolo di «ordinanza» una pluralità di atti, in particolare, normativi diversi dalla legge, ma, allo stesso tempo, atti del governo con forza di legge, anche sul presupposto di episodi di necessità e urgenza, atti di autorità militari con forza di legge e atti amministrativi generali⁴⁵. Solo l'introduzione della legge l. 31 gennaio 1926, n. 100 «Sulla facoltà del potere esecutivo di

le altre devono menzionarsi la *ordonnance Cabochienne* (1413). Per un elenco sintetico si v. G. LEPOINTE, *Petit Vocabulaire d'Histoire du Droit Français Public et Privé*, Paris, 1930, pp. 140, 141.

⁴⁰ M. FIORAVANTI, cit., p. 25, ricorda l'emblematico esempio di Luigi XIV, detto il «Re legislatore», per le numerose ordinanze di ampia disciplina: *ordonnance civile pour La reformation de la justice* (1667), *ordonnance des eaux et forêts* (1669), *ordonnance criminelle* (1670), *ordonnance du commerce* (1673), *ordonnance de la marine* (1681) e *ordonnance de police des îles de l'Amérique*, meglio nota come *Code Noir* (1685), volta a regolare la vita degli schiavi di colore nelle isole francesi.

⁴¹ Sul punto già P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 4.

⁴² Il riferimento, come noto, è all'abuso posto in essere da Carlo X, che attraverso una serie di ordinanze, al fine di contrastare le forze politiche contrarie alla sua politica assolutistica, sospese leggi e libertà come l'ordinanza di soppressione della libertà di stampa. Sul punto v. E. GROSSO, *Francia*, Bologna, 2013, pp. 38 ss.

⁴³ Cfr. E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milano, 1988, pp. 24 ss.

⁴⁴ Come notato da A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 133 ss.

⁴⁵ Si v. G. SAREDO, *Trattato delle leggi e dei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione. Commentario teorico-pratico del titolo preliminare del codice civile e delle leggi transitorie per l'attuazione dei codici vigenti*, Firenze, 1886, pp. 247 ss.; S. ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione in Il Filangieri*, vol. 23, 1898, pp. 161 ss., in particolare, pp. 336 ss.

emanare norme giuridiche», limitò – parzialmente – tale fenomeno⁴⁶. La nota legge, infatti, qualifica in generale come «decreti» gli atti del governo e, in particolare, quelli differenti dalla legge e dalle sentenze; tuttavia, in molti ambiti la legge prevedeva singoli poteri di ordinanza in capo al governo o all'amministrazione che di fatto mantennero in vigore il ricorso diffuso alle ordinanze⁴⁷.

Le formule presenti nelle prime costituzioni francesi si ritrovano inoltre nelle successive costituzioni Spagnole, in particolare, nella Costituzione di Cadice del 1812⁴⁸, che all'art. 170 assegnava all'autorità del Re «tutto quanto conduce alla conservazione dell'ordine pubblico per l'interno, ed alla sicurezza dello stato per l'estero» specificando che tale potere dovesse comunque essere «conforme alla Costituzione ed alle leggi». In questa generica formula risiedeva un ampio potere normativo del Sovrano finalizzato appunto all'ordine pubblico e alla sicurezza.

Si noti, inoltre, come la Costituzione di Cadice prevedesse all'art. 321, un ruolo delle municipalità per «tutto ciò che riguardi la sicurezza delle persone e sostanze degli abitanti e la conservazione dell'ordine pubblico», assegnando un particolare ruolo al Sindaco (*alcalde*), così prevedendo una formula che sembra anticipare e richiamare i poteri successivamente attribuiti alle amministrazioni periferiche, nello stesso ordinamento spagnolo, e in quello italiano (già in epoca statutaria).

I poteri generali in materia di sicurezza e ordine pubblico furono mantenuti anche dalla Costituzione spagnola del 30 giugno 1876 che all'art. 50 prevedeva una disposizione assai simile a quella della Costituzione di Cadice, per cui il Re, oltre al potere di fare eseguire le leggi, deteneva l'autorità in «tutto ciò che si riferisce alla conservazione dell'ordine pubblico» interno nonché più in generale «alla sicurezza dello Stato», anche in questo testo nel rispetto della Costituzione e delle leggi.

⁴⁶ O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del Governo*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 18, 1926, pt. 1, pp. 165 ss., per il quale questa legge era «molto opportuna» perché dava certezza ad una materia sino a quel momento regolata «quasi interamente da principi dottrinali» e caratterizzata da vive «discussioni e molte le incertezze». Tuttavia, l'A. notava «ma tale divisione e attribuzione del potere legislativo e di quello governativo rispettivamente agli organi legislativi e a quelli governativi non è (come è noto) una divisione piena, assoluta, esclusiva, ma, come tutta la divisione dei poteri nell'ordinamento del nostro Stato, è una divisione soltanto normale. Molte eccezioni il nostro diritto positivo conosce».

⁴⁷ Le varie fattispecie saranno più avanti richiamate, basti per il momento tenere a mente che, anche allora, le ordinanze erano uno strumento talmente diffuso da divenire per O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del Governo*, cit., p. 175, «quasi un mezzo ordinario di legislazione». L'A., infatti, notava «visto che nella nostra vita costituzionale troviamo continui esempi di tali ordinanze, fin dai primi anni della formazione del Regno; all'inizio in misura esigua, poi in numero sempre crescente, e specialmente in quest'ultimo periodo della nostra vita nazionale, in cui non vi fu materia, cui lo Stato avesse estesa la sua azione».

⁴⁸ Come noto – ma v. R. SCARCIGLIA, D. DEL BEN, *Spagna*, Bologna, 2013, pp. 22 ss. – la prima Costituzione spagnola votata da un'assemblea costituente, di impostazione liberale, vigente in quella parte del sud del Paese rimasto libero dall'invasione napoleonica. Una carta che molto recepi della Costituzione francese del 1791, su tali corrispondenze v. L. PALMA, *Le Costituzioni dei popoli liberi*, Torino, 1894, pp. 137 ss. Più in generale sui contenuti e il ruolo della Costituzione di Cadice v. J.J. RUIZ RUIZ, *Manuale repubblicano per una nazione monarchica*, in *Costituzione di Cadice (1812)*, Macerata, 2009, pp. IX ss. Tale testo ebbe un'applicazione, seppur limitata e parziale, anche nel Sud d'Italia, cfr. M.S. CORCIULO, *La Costituzione di Cadice e le rivoluzioni italiane del 1820-'21*, in *Le Carte e la Storia*, Fasc. 2, 2000, pp. 18 ss.

Sempre in Spagna, nonostante la sua breve vigenza, appare significativo anche il testo della Costituzione repubblicana del 1931⁴⁹, che nel prevedere espressi poteri normativi in capo al Governo, tra cui il decreto legge e il decreto legislativo – in ogni caso subordinati al controllo preventivo o successivo del Parlamento – all’art. 80 – nel caso in cui il congresso fosse sciolto – attribuiva al Presidente il potere di adottare decreti su proposta del Governo «in casi eccezionali, che richiedono decisioni urgenti, o quando si richiede la difesa della Repubblica». Tali atti sarebbero rimasti in vigore sino a quando il Congresso non avesse provveduto o legiferato in materia. Una norma eccezionale, ancora una volta, finalizzata a regolare l'emergenza e a garantire la sicurezza dello Stato⁵⁰.

Una particolare attenzione, però, la merita la Germania. Provvedimenti finalizzati a fronteggiare le emergenze a tutela della sicurezza – in alcuni casi espressamente denominati ordinanze (*Verordnungen*) – sono rinvenibili, già, in alcune Costituzioni successive alla Confederazione germanica del 1815⁵¹. Del resto, come noto, tali testi erano fortemente ispirati alla Costituzione francese del 1814⁵², dunque, in parte riproducendo il summenzionato testo e i conseguenti poteri emergenziali del re.

Così, ad esempio, la Costituzione del Granducato di Baden (del 22 agosto 1818) all’art. 66 prevedeva che il granduca «emana i decreti, fa i regolamenti e dà tutti gli ordini necessari (...) pure per la sicurezza dello Stato»⁵³.

Parlava espressamente di ordinanze (*Verordnungen*) la Costituzione del Granducato di Württemberg (del 25 settembre 1819), la quale, se in generale all’art. 88 disponeva che nessuna legge potesse essere fatta, abolita, cambiata, o autenticamente interpretata senza il consenso degli Stati, nella successiva disposizione, art. 89, specificava che «il Re ha il diritto di emanare ordinanze senza la cooperazione degli Stati e di adattare le misure necessarie per l'esecuzione e il mantenimento delle leggi, e nei casi urgenti, di prendere tutte le precauzioni volute dalla sicurezza dello Stato». Pertanto, rimettendo all'esclusivo potere del re, attraverso le sue ordinanze, la gestione delle emergenze dalle quali poteva derivare un pericolo la sicurezza dello Stato.

Dello stesso tenore era anche la Costituzione del Granducato di Assia-Darmstadt (del 17 dicembre 1820), che assegnava al granduca un potere più ampio e generale, previsto dall’art. 73, secondo la quale disposizione il granduca non solo deteneva «il diritto di stabilire, senza la cooperazione degli stati, i regolamenti e le misure necessarie per l'esecuzione e il mantenimento delle leggi, come pure quelle che risultano dal diritto di sorveglianza e di am-

⁴⁹ Sul confronto giuridico contestuale alla Costituzione del 1931 si vedano le opere di C. D'ASCOLI, *La Constitution espagnole de 1931*, Parigi, Père Bussuet, 1932; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, Reus, 1932; P. MARLAND, *Les principes de la Constitution espagnole de 1931*. Parigi, A. Pedone, 1935; N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución española de 1931*, in *Revista de Derecho Privado*, 1932, pp. 237 ss.

⁵⁰ Più ampiamente sui contenuti della Costituzione del 1931, tra gli altri, si rinvia a F. PIERANDREI, *La Costituzione spagnola del 9 dicembre 1931*, Firenze, 1946; C. GARCIA OVIEDO, *La nuova Costituzione spagnola*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1932, I, pp. 186 ss.

⁵¹ Per una ricostruzione del periodo v. F. PALERMO, J. WOELK, *Germania*, Bologna, 2013, pp. 19 ss.

⁵² Cfr. F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, 2009, pp. 24 ss.

⁵³ I testi delle costituzioni citate sono consultabili su <http://www.dircost.unito.it/cs/paesi.shtml>.

ministrazione» ma altresì, si noti bene, «di fare nei casi urgenti tutto ciò che è necessario alla sicurezza dello Stato». Una formulazione tanto generica quanto ampia, che sembra richiamare molte delle formule oggi in uso.

Il potere di ordinanza sembra essere limitato nella Costituzione Prussiana (del 31 gennaio 1850), che (art. 63) attribuiva al governo il potere di emanare ordinanze (*Verordnungen*) con forza di legge (*mit Gesetzeskraft*) «solo nel caso in cui trattisi della sicurezza pubblica, o di bisogni urgenti e straordinari» e «in assenza delle camere». In ogni caso, tali atti sarebbero comunque dovuti essere approvati dalle camere già alla prima convocazione.

Sotto questo aspetto il rapporto tra camere e sovrano non sembra mutare con la Costituzione dell'Impero del 16 aprile 1871⁵⁴: tra le altre disposizioni e competenze, in particolare, l'art. 17 assegna all'Imperatore un generico potere di emanare ordinanze e regolamenti, senza connetterli come nei casi precedenti alla garanzia della sicurezza. Tuttavia, a tal proposito, l'art. 68 prevede una nuova disciplina, forse più ampia e generica del passato, assegnando all'imperatore il potere di dichiarare lo stato di assedio «se la sicurezza pubblica è minacciata nei confini del territorio della Confederazione». Dunque, una conseguenza assai più ampia che avrebbe sospeso – nel territorio interessato dall'emergenza – l'ordinamento ordinario dello Stato.

È però la successiva Costituzione di Weimar il testo che storicamente presenta i maggiori elementi di interesse⁵⁵. Ciò che sembra conferire un valore particolare all'ordinanza emergenziale nella *Weimarer Verfassung*, rispetto ai precedenti, è la constatazione che tale istituto è previsto per la prima volta in una Costituzione democratica, per questo, non paragonabile alle precedenti carte sin qui analizzate, operando all'interno di un testo, tra l'altro, particolarmente avanzato nella disciplina dei diritti fondamentali, che, come si sa, rappresenterà un modello per le successive Costituzioni. Non è un caso, infatti, che l'istituto previsto dall'art. 48, rispetto alle fattispecie sin qui ricordate, si caratterizzasse per una particolare disciplina regolamentata, fatta di limiti e procedure. È vero, va subito ricordato, fu questo il principale strumento attraverso il quale si passò dalla Repubblica alla dittatura nazionalsocialista, questo però non solo e non tanto a causa delle ordinanze, della mancata attuazione e del mancato rispetto dell'art. 48, bensì per una più generale distribuzione dei poteri che rendeva appunto Weimar una «democrazia pericolante»⁵⁶.

Anche se noto, è bene richiamare brevemente l'art. 48 della Costituzione di Weimar. Il potere di ordinanza era assegnato al Presidente del *Reich* (ossia, al governo del *Reich*) –

⁵⁴ E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, cit., p. 43.

⁵⁵ Del resto, come dimostrato da una specifica ricerca di F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar: il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, 1985, la «Repubblica di Weimar nasce dal sostrato duraturo della monarchia costituzionale tedesca» (p. 33). Non è un caso inoltre come la formulazione dell'art. 48 non avesse rappresentato un punto di conflitto in assemblea costituente, come ricorda lo stesso C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich secondo l'art. 48 della Costituzione di Weimar*, in C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 267 ss.

⁵⁶ Così V. FROSINI, *La democrazia pericolante (Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar)*, in *Diritto e società*, 1979, 2, pp. 315 ss. per il quale la triste sorte toccata alla Repubblica di Weimar non sarebbe dipesa tanto dall'art. 48 e dalla sua distorta applicazione, ma dal più generale contesto di instabilità politica.

nonché, a livello regionale, al governo di un *Land* – tradotto nel potere di adottare qualsiasi provvedimento necessario al fine di ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica «quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata». Invero, la citata disposizione parlava genericamente delle «misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica», tuttavia, nella prassi, si tradussero nella forma di «ordinanze» (*Verordnungen*). Un potere assai ampio operante nel nuovo quadro costituzionale, che nel prevedere diritti fondamentali, contestualmente, autorizzava le stesse ordinanze a sospendere alcuni di questi diritti, al fine, appunto, di garantire la sicurezza dello Stato⁵⁷.

Il celebre istituto, dunque, rimaneva, in linea con le precedenti Costituzioni del tempo, quale istituto di chiusura e garanzia per lo Stato in caso di pericolo per la sicurezza. Tuttavia, rispetto al passato – come ricordato – la Costituzione tedesca del 1919 prevedeva alcuni limiti a tale potere. Primo fra tutti, il dovere del presidente di comunicare «senza indugio» «tutte le misure prese» al *Reichstag*, il quale avrebbe potuto chiederne la revoca. Inoltre – come previsto espressamente dall'ultimo comma dell'art. 48 – la procedura per l'esercizio dei poteri emergenziali del Presidente o del *Land*, sarebbero dovuti essere disciplinati nel dettaglio da una legge dello Stato.

Certo, è vero che la legge di disciplina non fu mai approvata, così come il Parlamento non riuscì nei fatti ad opporsi: in alcuni casi non avendo la forza politica per chiedere la revoca; in altri, addirittura, subendo lo scioglimento da parte del presidente; il quale pertanto godeva di un insieme di poteri più incisivi rispetto a quelli di un Parlamento fragile e politicamente assai frammentato.

In questo contesto l'art. 48, che doveva rappresentare un'eccezione all'interno del più generale ordinamento giuridico, di fatto, in modo distorto, divenne uno strumento ordinario di regolazione⁵⁸, come dimostrato dall'adozione di oltre 250 ordinanze negli ambiti più svariati e, come detto, soprattutto, in materia di diritti fondamentali⁵⁹.

⁵⁷ L'art. 48, comma 2 consentiva la limitazione dell'art. 114, libertà personale; art. 115, inviolabilità del domicilio, art. 117, segreto epistolare e postale; art. 118, libertà di stampa; art. 123, libertà di riunione; art. 124, libertà di associazione; art. 153, tutela della proprietà privata. Anche se tale elencazione fu per alcuni letta come solo esemplificativa, e certo nella prassi non rispettata, andando bene oltre la sospensione dei citati diritti, di cui il più significativo esempio è rappresentato dal «decreto del Presidente del Reich per la protezione della popolazione e dello Stato» del 28 febbraio 1933 (assunto ai sensi dell'art. 48, secondo comma, Cost.) con il quale il Governo nazionalsocialista, dopo l'incendio del palazzo del *Reichstag*, dispose un'ampia sospensione dei diritti fondamentali.

⁵⁸ Come ricordato da P. RIDOLA, *La Costituzione della repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014, ora in *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, p. 54, «un'interpretazione estensiva dei poteri di ordinanza dell'art. 48, intesi non come uno strumento di difesa della Costituzione ma come un canale permanente, di fatto trasferito nelle mani dell'esecutivo, per l'adozione di una legislazione provvisoria, ed insieme la circostanza che presidente e cancelliere fossero espressione di un blocco conservatore che non aveva mai dismesso un atteggiamento di ostilità verso il nuovo ordinamento costituzionale, determinarono il progressivo svuotamento della Costituzione».

⁵⁹ Per una recente e ampia ricostruzione dei vari ambiti nei quali furono adottate ordinanze ex art. 48 v. R. GRAZZI, *L'emergenza costituzionale nel modello weimariano: origini e lascito concettuale*, in R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI (a cura di), *La rappresentanza in questione*, Napoli, 2016, pp. 35 ss.

Tuttavia, indipendentemente dalla prassi applicativa distorsiva, l'art. 48 rappresenta il primo esempio di un potere di ordinanza previsto da una Costituzione democratica, con un'articolata disciplina, anche a limitazione del potere, che soprattutto nel dibattito successivo, non solo scientifico, pose in «chiave moderna» il tema della fonte dell'emergenza e della garanzia dello Stato e dei diritti⁶⁰.

5. Le ordinanze nell'ordinamento italiano: tra statuto albertino e Costituzione repubblicana. La discussa legittimità dell'istituto

Come anticipato, nell'ordinamento italiano le ordinanze emergenziali nascono in epoca statutaria, e alcune delle fattispecie allora vigenti, lo sono tuttora. Anche per questo motivo è bene ricordarne le principali. La prima disposizione che ha previsto un potere di ordinanza legato alle emergenze è rinvenibile nel generico potere disposto in capo all'«Autorità amministrativa» ex art. 7 della legge 2248 del 1865, all. E, sull'abolizione del contenzioso amministrativo, di adottare ordinanze (motivate) «per grave necessità pubblica» consentendo di «disporre della proprietà privata». Ancora, con riferimento al diritto di proprietà, più nel dettaglio, la legge sull'espropriazione per causa di utilità pubblica (25 giugno 1865, n. 2359), assegnava (art. 71) ai Prefetti (e ai Sotto-Prefetti) il potere di ordinare l'occupazione della proprietà privata «nei casi di rotture di argini, di rovesciamento di ponti per impeto delle acque e negli altri casi di forza maggiore e di assoluta urgenza». Tra le molte altre fattispecie, che in questa sede non è possibile richiamare, particolare attenzione merita il potere di ordinanza previsto dal Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza all'art. 2 (R.D. 6 novembre 1926, n. 1848), di cui si dirà a breve nel dettaglio, perché come noto ancora vigente.

Al fine di gestire le emergenze tramite ordinanza, accanto al Prefetto, già in epoca statutaria, la legge poneva il Sindaco. Emergenze ovviamente legate al territorio della comunità locale. Il potere di ordinanza inizialmente era previsto in via marginale dalla già citata legislazione in materia di espropriazione, che autorizzava il Sindaco a disporre della proprietà privata qualora l'urgenza fosse tale da non consentire la decisione prefettizia. In seguito, però, tale potere è stato previsto come istituto generale di garanzia dal Testo unico della legge comunale e provinciale: sia nella versione del 1889 (r.d. 10 febbraio, n. 5921), sia in quella del 1915 (r.d. 4 febbraio n. 148), che del 1934 (r.d. 3 marzo n. 383), nel quale testo il potere di emergenza era assegnato al podestà (art. 55). In particolare, tra le altre competenze, l'art. 151 del Testo unico, attribuiva uno specifico potere «straordinario» di adottare ordinanze «contingibili ed urgenti di sicurezza pubblica» in attuazione dei regolamenti comunali di edilizia e polizia locale previsti dalla legge nonché in materia d'igiene pubblica⁶¹. Una disciplina ancora molto vaga e indefinita che però nella prassi, da allora, avrebbe svolto un ruolo

⁶⁰ Del resto, l'esperienza di Weimar – come messo in luce da T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997, pp. 9 ss. – ha rappresentato e rappresenta ancora un laboratorio di idee e modelli fondamentali per la scienza giuspubblicistica: un modello da tener ben presente, anche nel caso delle ordinanze.

⁶¹ V. artt. 151 e 217 n. 9 T.U.EE.LL.

protagonista nella gestione delle emergenze locali, in parte, continuando a operare anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Il sistema delle fonti nello Stato liberale, sotto la vigenza dello Statuto albertino, si presentava come un ordinamento semplice nel quale il Parlamento approvava le leggi e il Governo ne dava esecuzione: un sistema descritto dall'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile italiano del 1942 che, nell'individuare le fonti del diritto, fa riferimento esclusivamente alle leggi, ai regolamenti, agli usi e le consuetudini⁶². Essendo la legge al vertice gerarchico delle fonti, essa stessa poteva disporre della sua forza (di legge) e di nuove fonti primarie, ad esempio prevedendo ordinanze emergenziali, come visto, in deroga alla legge⁶³.

La Costituzione repubblicana, al contrario dello statuto Albertino, stravolge questo sistema⁶⁴. Il processo aggravato, la rigidità e il puntuale controllo giurisdizionale di legittimità (ex art. 134 Cost.), pongono la Costituzione, non più la legge, al vertice⁶⁵. Se le fonti secondarie restano ancora nella disponibilità della disciplina legislativa, al contrario muta il sistema delle fonti primarie, che la Costituzione rigida determina come un sistema chiuso. Le fonti primarie divengono a «numero chiuso», potendo essere previste e disciplinate nel procedimento e negli effetti solo dalla fonte di vertice. Ne è anzitutto prova l'articolo 70 Cost., laddove afferma che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere, e i seguenti artt. 71-74, che, pur rinviando in gran parte ai regolamenti parlamentari, definiscono i passaggi fondamentali del procedimento legislativo. Ovviamente ne sono prova altresì gli artt. 76 e 77 Cost. che istituiscono e disciplinano gli atti aventi forza di legge, i quali, nell'ordinamento statutario, erano regolati dalla stessa legge (n. 100 del 1926)⁶⁶. Del resto tali fonti primarie sono espressamente richiamate dall'art. 134 Cost. che sottopone al controllo di costituzionalità la legge e gli atti aventi forza di legge.

In questo «nuovo» ordinamento costituzionale, caratterizzato non solo da un sistema delle fonti primarie chiuso, ma soprattutto dal principio di legalità – come noto, implicitamente fissato nell'art. 97 Cost., dalle riserve di legge, nonché dal principio di preferenza della legge, ex art. 5 della l. 2248/1865, all. E, sembrava difficile e complesso giustificare fonti normative in deroga alla legge, come le ordinanze d'urgenza non previste dalla Costituzione e non menzionate tra gli atti aventi forza di legge⁶⁷.

⁶² Cfr. A. D'ALOIA, R. MANFRELOTTI, *Art. 1 disposizioni sulla legge in generale*, in P. CENDON (a cura di) *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2009, pp. 3 ss.

⁶³ D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, Id., *La forza formale della legge*, entrambi in *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova, 1966, rispettivamente, pp. 45 ss. e pp. 87 ss.

⁶⁴ F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. I, 1997, pp. 561 ss.

⁶⁵ Invero, aggravando la «crisi della legge», in termini differenti, già presente in epoca statutaria: v. F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, III, 1901, pp. 55 ss. Sull'ampio tema F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989, pp. 411 ss.

⁶⁶ R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, pp. 27 ss.

⁶⁷ Per un quadro completo dei problemi si vedano, tra gli altri, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2001, pp. 71 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, pp. 13 ss. Tenendo presente l'attuale contesto – magistralmente descritto, tra le altre opere, da A.

Invero, tali ordinanze sono ancora oggi menzionate da fonte costituzionale, essendo previste dallo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige⁶⁸, che all'art. 88, al fine di garantire l'ordine pubblico, attribuisce al commissario del Governo il potere di adottare i provvedimenti previsti dall'art. 2 del Tulps. Tale previsione, tuttavia, anche per la sua limitata operatività territoriale, non sembrava legittimare il più generale potere di ordinanza.

Per queste ragioni non pare affatto un caso che le prime sentenze della Corte costituzionale abbiano avuto a oggetto proprio la questione di legittimità di disposizioni sul potere di ordinanza e in particolare di quello in deroga alla legge. È altresì significativo che la Corte, a partire dalla prima e nota sentenza n. 8 del 1956, abbia necessitato poi di più decisioni per argomentare e legittimare, ma allo stesso tempo circoscrivere lo «statuto» delle ordinanze emergenziali: un processo che ha interessato differenti fattispecie e varie epoche, ma che di fatto ha, di volta in volta, posto un tassello in più circa la definizione dell'istituto, sino alla più recente sent. 115 del 2011, in ogni occasione salvando e mantenendo il discusso istituto. Sempre ritenendo compatibile la disciplina delle ordinanze con la Costituzione repubblicana⁶⁹.

6. La variegata disciplina delle ordinanze emergenziali nell'ordinamento italiano

Come avvertito nell'introduzione già nell'ordinamento italiano le ordinanze emergenziali appaiono come un istituto dalla complessa definizione. Al fine di ricercare gli elementi distintivi dell'istituto, in questa sede, si intende analizzare le principali fonti e prassi applicative.

Tra queste, meritano sicuramente una specifica attenzione le ordinanze del Prefetto, ai sensi del già richiamato art. 2 Tulps, nonché i vari poteri di ordinanza del Sindaco previsti dal T.U. enti locali⁷⁰. Tali fattispecie e le loro prassi applicative sono abbastanza autonome e pertanto possono essere trattate distintamente. In altri casi invece – anche per la pluralità di fonti che disciplinano l'ordinanza – si è preferito procedere a un'indagine per ambiti generali. In tal senso si analizzeranno i poteri di ordinanza emergenziale distinti per ambito: sanitario, ambientale e, infine, con un particolare rilievo, quelli adottati in materia di protezione civile.

6.1. Le ordinanze in materia di pubblica sicurezza ex art. 2 Tulps

Tale analisi non può non iniziare che dalla fattispecie più rilevante – quantomeno storicamente – di ordinanza che risponde a una emergenza, ovverosia quella prevista dall'art. 2 Tulps (r.d. 18 giugno 1931, n. 773), secondo la quale «il Prefetto, nel caso di urgenza o per

RUGGERI, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it – nel quale i tradizionali criteri ordinatori delle fonti sembrano fortemente stravolti.

⁶⁸ D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670.

⁶⁹ In dottrina, tra gli altri, ha rilevato l'incostituzionalità di tali ordinanze G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 424.

⁷⁰ D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

La disposizione parla in generale di «provvedimenti», l'ordinanza non è espressamente menzionata, così come non lo è la sua natura derogatoria. Tuttavia, essendo questa la prima fattispecie da cui muove gran parte della prassi applicativa, non rimane alcun dubbio, sia sulla forma, sia sugli effetti della stessa⁷¹.

La fattispecie astratta è tra le più ampie e generiche, dunque, sembra operare in tutti gli ambiti possibili, più o meno direttamente collegati al fine (non sempre chiaramente definibile) di tutelare l'«ordine pubblico e la sicurezza pubblica»⁷².

Nella prassi⁷³ è possibile notare come il contenuto delle ordinanze muti al mutare delle esigenze di sicurezza o alle peculiarità del territorio. Vi sono così ordinanze in tema di viabilità⁷⁴, manifestazioni di vario genere (ad es. musicali, sportive)⁷⁵, o giustificate a seguito del rinvenimento di ordigni militari⁷⁶. Nei grandi comuni, in particolare Roma e Milano, ma non solo⁷⁷, si ricorre spesso all'utilizzo di ordinanze in occasione di manifestazioni sportive, o meglio, calcistiche. Così il divieto di vendere o cedere biglietti d'ingresso agli stadi, il divieto di vendita per asporto nonché la somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche⁷⁸. In generale l'impressione è quella di un uso tutto sommato contenuto e circoscritto, anche se non sempre si tratta di situazioni di emergenza.

Nella maggior parte dei casi tali ordinanze sembrano avere effetti di atti normativi, non di atti amministrativi, più che provvedere, prevedono: regolano fatti, seppur molto circoscritti e finalizzati a rispondere all'emergenza all'interno della sola città, o di alcuni municipi, o di singole strade ben definite. Così come delimitato è il tempo di efficacia, anche se è possibile rinvenire ordinanze⁷⁹ che non dispongono un termine certo di fine dell'efficacia, indicando l'indefinita formula «fino a cessate esigenze», che solitamente sono certificate da una successiva ordinanza che dichiara tale cessazione⁸⁰.

⁷¹ Anche in forza di tale indeterminatezza, non è mancato in dottrina chi ha considerato tale disposizione, prima che incostituzionale, tacitamente abrogata: così tra gli altri F. CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*, in *Rivista Trimestrale diritto Pubblico*, 1961, pp. 158 ss.; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 886 ss.

⁷² Sulla complessa nozione v. T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010.

⁷³ Alcuni dei dati citati sono tratti da G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, su www.forumcostituzionale.it.

⁷⁴ Prefetto di Frosinone, ord. del 2 febbraio 2012, sulla «sospensione della circolazione dei veicoli con massa complessiva, a pieno carico, pari o superiore alle 7,5 t.».

⁷⁵ Si veda l'ordinanza del Prefetto di Roma, del 30 aprile 2015, in tema di «concerto del Primo maggio», con la quale è stata vietata «la vendita per asporto e la somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche, nonché di bevande in contenitori di vetro e metallici, nelle seguenti strade antistanti l'area dove si terrà il concerto» individuando espressamente le singole vie in cui opera il divieto.

⁷⁶ Prefetto di Genova, ordinanza del 21 maggio 2015.

⁷⁷ Si vedano le ordinanze del Prefetto di Firenze del 14 gennaio 2009, 21 ottobre 2009 e 28 gennaio 2010.

⁷⁸ Ad esempio, con riferimento alla Prefettura di Roma si v. le ordinanze del 6 aprile 2010, 12 aprile 2010 e 13 aprile 2010. Della Prefettura di Milano è invece l'ordinanza del 9 aprile 2010.

⁷⁹ Prefetto di Frosinone, ord. del 2 febbraio 2012, sulla «sospensione della circolazione dei veicoli con massa complessiva, a pieno carico, pari o superiore alle 7,5 t.».

⁸⁰ Prefetto di Frosinone, ord. del 2 febbraio 2012, che ordina la «revoca divieto di circolazione mezzi pesanti».

Colpisce come tali ordinanze, molto spesso, disciplinano ambiti che interessano libertà costituzionali: dalla circolazione, alla libertà d'iniziativa economica, solo per ricordare le più ricorrenti. Più grave è l'emergenza, più evidente è il potenziale «sconfinamento». Emblematica in tal senso è l'ordinanza del Prefetto di Genova, adottata in occasione del G8, ossia l'incontro tra gli Stati economicamente più sviluppati, tenutosi nel capoluogo ligure tra il 18 e il 22 luglio 2001⁸¹. Le contestazioni preannunciate prima dell'evento e poi concretamente realizzatesi, hanno spinto il Prefetto ad adottare un'ordinanza particolarmente incisiva, volta a modificare in via eccezionale e temporanea le condizioni di agibilità delle zone interessate dal *forum*, individuando due fasce differenziate in ragione dei diversi edifici interessati all'evento: una c.d. «Zona Rossa» – corrispondente al centro della città – nella quale l'ordinanza – tra le molte prescrizioni – ha vietato l'accesso pedonale, l'accesso e la sosta veicolare, compresi il fermo dei trasporti pubblici; nonché la c.d. «Zona Gialla», più esterna al centro e circostante la «Zona Rossa», nella quale sono stati fissati altri divieti, tra i quali, il divieto di manifestazioni pubbliche, di attività di volantinaggio, di transito e di sosta con veicoli. Per questi motivi alcune associazioni ricorsero al Giudice amministrativo contro la menzionata ordinanza. In entrambi i gradi, il TAR Liguria⁸² prima, e il Consiglio di Stato⁸³ poi, rigettarono tutte le censure. In estrema sintesi, i Giudici amministrativi hanno respinto i ricorsi, enfatizzando che le supposte limitazioni alle libertà costituzionali erano giustificate dall'eccezionale rilievo dell'evento e dalle incontrovertibili ragioni di sicurezza, in particolare, date dalla presenza di frange estreme e anti sistema in talune zone della città, che imponevano di regolare (non sopprimere) le libertà costituzionali.

6.2. Le ordinanze emergenziali del Sindaco

Quello del Sindaco è certamente un altro diffuso potere di ordinanza emergenziale, oggi anzitutto regolato dal TUEL (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), ma che come visto appartiene alla tradizione del nostro ordinamento giuridico, antecedente alla Costituzione repubblicana, e come si dirà meglio comune anche agli altri ordinamenti stranieri qui indagati.

Analizzando il TUEL anzitutto bisogna ricordare come, in generale, ai sensi dell'art. 54 c. 1, lett. a, il Sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende «all'emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalla legge e dai regolamenti in materia di ordine e sicurezza pubblica»⁸⁴. Più specificamente poi l'art. 50 c. 5 autorizza il Sindaco ad adottare ordinanze contingibili e urgenti con efficacia esclusivamente locale «in caso di emergenze sanitarie o di igie-

⁸¹ Ordinanza Prefettura Genova prot. n. 288 del 2 giugno 2001, per un commento critico di tale provvedimento v. C. CORSI, *Manifestazioni contro il G8, diritti costituzionali e potere di ordinanza del prefetto*, in *Questione giustizia*, vol. 5, 2003, pp. 1094 ss.

⁸² T.A.R. Liguria, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524.

⁸³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 85.

⁸⁴ In tema v. M. D'AMICO, *Libertà e autonomie locali: poteri vecchi e nuovi dei Sindaci nel campo della pubblica sicurezza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, fasc. 6, pp. 1456 ss.; con riferimento anche ai rapporti tra Sindaco, Prefetto e Questore, in materia di «sicurezza urbana», E.C. RAFFIOTTA, *Il problematico ruolo del Sindaco «garante» della «sicurezza urbana»: tra istanze locali e competenze statali*, in N. GALLO, T.F. GIUPPONI (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Roma, 2014, pp. 62 ss.

ne pubblica», più in generale, invece, in forza dell'art. 54 c. 4 può adottare «con atto motivato provvedimenti» al fine di «prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana». Anche in questo caso si tratta di atti temporanei strettamente legati all'emergenza «contingibili e urgenti», che devono rispettare i principi generali dell'ordinamento. Tale potere è esteso dall'art. 54 c. 6, tra le altre ipotesi «in casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico». Invero, il potere di ordinanza del Sindaco previsto dall'art. 50 è stato oggetto della recente riforma apportata dal c.d. «Decreto Minniti» in materia di pubblica sicurezza. In particolare, limitatamente ai casi delle ordinanze emergenziali, l'articolo 8, c. 1, lett. a), punto 1), del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14⁸⁵, ha esteso il potere di ordinanza sindacale, anche in deroga alla legge, «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». Si noti come in questo caso il Sindaco operi come «rappresentante della comunità locale», dunque ne consegue – in tale specifica ipotesi – la sua non subordinazione alla gerarchia del Governo.

Ancor più dopo la recente riforma, il potere di ordinanza del Sindaco, previsto dalle varie fattispecie normative qui ricordate, appare come un potere assai genarle e ampio, che come già avvertito, a livello locale, spesso interseca e si affianca/sovrappone a quello del Prefetto, in grado di gestire le emergenze anche in deroga alla legge. Sul punto, infatti, analogamente al caso previsto dall'art. 2 Tulps, pur non essendo espressamente menzionata la natura derogatoria delle ordinanze, anche in questo caso non vi sono dubbi, valendo le stesse argomentazioni fatte per le ordinanze prefettizie.

Osservando in concreto la forma delle singole ordinanze, è possibile rinvenire provvedimenti nei quali non vi è alcun richiamo nelle premesse a uno specifico dettato legislativo (art. 50 c. 5, o 54 c. 4 o 6), essendo in alcuni casi emanate in forza di un generico potere di ordinanza del Sindaco⁸⁶. Quando sono emanate in forza dell'art. 54 c. 4, devono essere comunicate al Prefetto⁸⁷. Tale constatazione per segnalare la difficoltà di compiere una precisa catalogazione anche nel caso delle ordinanze sindacali.

Con particolare riferimento all'emergenza soprattutto finalizzate alla sicurezza urbana, i rapporti dell'Anci⁸⁸ – pur non descrivendo tutto l'operato e non avendo valore statistico –

⁸⁵ Convertito, con modificazioni, dalla legge 18 aprile 2017, n. 48.

⁸⁶ Cfr. Comune di Firenze ordinanza 25 agosto 2007, n. 774, su www.federalismi.it; Comune di Azzano Decimo (PN) 27 luglio 2004, n. 24, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2006, p. 251.

⁸⁷ In tali casi alcune Prefetture pubblicano le ordinanze comunicate. È il caso di quella di Milano si veda www.prefettura.milano.it/ordinanze/pag/index.php

⁸⁸ Cfr. ANCI-Cittalia, *Per una città sicura: dalle ordinanze agli strumenti di pianificazione e regolamentazione della convivenza cittadina*, 2012, pp. 25- 59; per il periodo 2008-2009 si veda in particolare ANCI-Cittalia, *Le ordinanze dei sindaci sulla sicurezza urbana: i primi risultati della ricerca ANCI e Cittalia* - Nota stampa del 26.2.2009. Le materie oggetto delle ordinanze in alcuni casi intercettano quelle già analizzate dei Prefetti, basti notare, come circa il 30% dei provvedimenti analizzati riguardi la vendita e consumo di alimenti e bevande, con particolare attenzione all'abuso di alcol. Non mancano ordinanze volte a contrastare il vandalismo (7,7%) e il danneggiamento del patrimonio pubblico o privato, così come molto diffuse sono le sentenze riguardanti la prosti-

dimostrano un utilizzo piuttosto frequente di tali provvedimenti, con una maggiore diffusione nei grandi comuni e nei capoluoghi di provincia, soprattutto in alcune regioni⁸⁹.

Andando a osservare in concreto le finalità, anche in questo caso, non si può non notare, come l'ordinanza non provveda, ma preveda, spesso tentando di rispondere a istanze politiche della collettività locale, come ad esempio il contrasto della prostituzione esercitata sulle strade o del vagabondaggio nelle sue varie forme. Ovviamente, in tale articolato panorama non mancano casi particolarmente discutibili che hanno interessato libertà costituzionali.

Un caso emblematico è sicuramente l'ordinanza del Comune di Firenze in tema di «lavavetri»⁹⁰, la quale non è stata la prima⁹¹ in materia, ma certamente quella che ha avuto, forse, maggiore risonanza mediatica, avendo preceduto la riforma dell'art. 54 c. 4 del 2008 e la stagione dei c.d. Sindaci «sceriffo»⁹².

L'ordinanza mirava appunto a colpire all'interno del Comune di Firenze «l'esercizio del mestiere girovago di "lavavetri" sia sulla carreggiata che fuori di essa». L'inosservanza dell'ordinanza avrebbe determinato sanzioni ai sensi dell'art. 650 c.p., prevedendo altresì «il sequestro delle attrezzature utilizzate per lo svolgimento dell'attività e della merce». Dunque, una precisa scelta politica di limitare un'attività che secondo il Sindaco metteva a rischio la sicurezza della propria comunità, un pericolo, riguardante la circolazione stradale. Ovviamente il potere sindacale di ordinanza è stato utilizzato per fronteggiare un'emergenza, contingibile e urgente, e pertanto il provvedimento ha avuto un'efficacia limitata sino alla data del 30 ottobre 2007, dunque una previsione valida pochi mesi. I dubbi sulla legittimità di tale provvedimento sono stati da subito molti, soprattutto, sulla fattispecie perseguita. Per queste ragioni, il Sindaco ha revocato l'ordinanza sostituendola con un'altra (11 settembre 2007) volta a vietare che «nelle strade cittadine e agli incroci semaforici», chiunque si avvicinasse agli automobilisti, durante le fasi della circolazione, potesse offrire l'«attività di pulizia vetri o fari dell'automezzo e aspettarsi, in conseguenza, l'elargizione di denaro». La nuova ordinanza poi confermava le medesime sanzioni e la medesima data di validità della precedente (30 ottobre 2007).

Al di là del merito, colpisce di questo provvedimento l'utilizzo di strumenti *extra ordinem* per rispondere a un problema tutt'altro che contingibile. Simili considerazioni si potrebbero svolgere anche con riferimento alle ordinanze repressive del fenomeno della prostitu-

tuzione (7,4%), alcuni di questi provvedimenti sono «camuffati» sotto l'etichetta di ordinanze sulla circolazione stradale, ma invero finalizzate a colpire i «clienti». Ancora il rapporto cita ordinanze volte a contrastare l'abbandono di rifiuti (7,2%), l'accattonaggio (6%), l'occupazione abusiva di immobili (5,8%), il divieto di campeggio abusivo (4,2%).

⁸⁹ Per un'analisi delle ordinanze dopo la sen. n. 115, si veda M. MORVILLO, *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana: dottrina e prassi «anche» dopo la sentenza n. 115 del 2011*, in N. GALLO, T.F. GIUPPONI (a cura di), cit., pp. 81 ss.

⁹⁰ Ordinanza 25 agosto 2007, n. 774, a commento A. ANDRONIO, *L'ordinanza extra ordinem del Sindaco di Firenze sui lavavetri: divieto di un'attività già vietata?*, su www.federalismi.it, 12 settembre 2007.

⁹¹ Cfr. Cassazione penale, sez. I, 2 ottobre 2002 n. 37112, avente ad oggetto l'ordinanza del comune di Trieste in materia di «lavavetri».

⁹² Poi come noto chiusa dalla Corte costituzionale con la sentenza 4 aprile 2011, n. 115.

zione, dove i Sindaci tentano di dare una risposta politica locale, con strumenti chiaramente non idonei⁹³.

6.3. Le ordinanze in materia sanitaria

Come è emerso già nelle disposizioni dedicate al Sindaco, spesso i poteri di ordinanza sono connessi a emergenze sanitarie. In tale ambito la principale fattispecie è contenuta nell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (di istituzione del servizio sanitario nazionale), la quale prevede che il «Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni»⁹⁴.

La disposizione dunque – similmente a casi precedenti – menziona espressamente il carattere contingibile e urgente dei provvedimenti, pertanto, legittimando la natura derogatoria dell'ordinanza che, però, pur avendo limiti di efficacia nel tempo, non incontra limiti territoriali, anche se è evidente che l'ordine possa valere solo sul territorio interessato all'emergenza.

Nella prassi le prescrizioni delle ordinanze ministeriali in materia sanitaria sono comunemente molto ampie, estese su tutto il territorio nazionale, generalmente, con effetti normativi. Anche la durata è molto spesso estesa, seppur emesse per contrastare l'emergenza, in molti casi l'efficacia viene prorogata anche più volte. In tal senso emblematico è il caso dell'ordinanza del Ministero della salute del 15 novembre 1996 in tema di «prestazioni sanitarie agli stranieri temporaneamente presenti in Italia»⁹⁵ che, almeno in parte, riproduce le prescrizioni contenute in un d.l. n. 489 del 1995⁹⁶ più volte reiterato ma – a seguito dell'intervento della sent. n. 360 del 1996⁹⁷ – non più reiterabile, e pertanto in parte reiterato per mezzo della citata ordinanza ministeriale⁹⁸, la quale, tra l'altro, verrà in seguito ul-

⁹³ Tra le altre si veda Cassazione civile, sez. I, sent. 5 ottobre 2006, n. 21432, nella quale la Corte ha affermato «è illegittima l'ordinanza con la quale il Sindaco, sulla base dell'art. 7 del codice della strada (oltre che dell'art. 36 della l. n. 142/1990 e della l. n. 689/1981), ha stabilito in relazione a esigenze preordinate a una maggiore sicurezza stradale "in tutto il territorio comunale è fatto divieto a chiunque di contrattare prestazioni sessuali a pagamento a bordo di veicoli circolanti sulla pubblica via".

⁹⁴ Invero, però, in materia sanitaria, oltre all'art. 32, non bisogna dimenticare anche le ordinanze adottabili in ossequio ad alcune disposizioni del Testo unico delle leggi sanitarie (in particolare artt. 129, 217, 258 e 261 R.D. 27 luglio 1934, n. 1265), o ancora le già ricordate previsioni del Tuel (art. 50 c. 5). Analoga disciplina a quella dell'art. 32 della legge n. 833 – tuttora vigente – è poi quella contenuta nell'art. 117 del D.Lgs. n. 112/1998. Anche in questo caso, dunque, è possibile che, anche in materia sanitaria, vi siano sovrapposizioni tra discipline e provvedimenti delle rispettive autorità, non sempre operanti in differenti ambiti territoriali (basti pensare al rapporto Sindaco/Prefetto).

⁹⁵ Pubblicata in G.U. del 16 novembre 1996, n. 269.

⁹⁶ D.l. 18 novembre 1995, n. 489, *Disposizioni urgenti in materia di politica dell'immigrazione e per la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno nel territorio nazionale dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea*.

⁹⁷ V. però le prassi successive in A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata 2006, pp. 19 ss.

⁹⁸ Come rilevato da A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., p. 207.

teriormente, più volte, prorogata⁹⁹. Dunque ordinanze che si sostituiscono ad atti con forza di legge e dunque, di fatto, sembrano avere forza di legge.

È sicuramente una distorsione nella distorsione anche la stessa proroga, che pare essere abbastanza diffusa in questo tipo di ordinanze¹⁰⁰ (ma come visto avviene anche a livello locale in materia di pubblica sicurezza), anche se in questo caso il fenomeno della proroga può riguardare molti anni, perdendo quindi il rapporto con la congiuntura e l'emergenza temporale¹⁰¹.

Colpiscono però anche quelle ordinanze che sembrano invece sostituire del tutto il legislatore, operando in abiti, nei quali, pur essendo necessaria manca del tutto una disciplina legislativa. È il caso ad esempio delle ordinanze adottate dal Ministero della Salute per contrastare il fenomeno dell'aggressività canina, che ancora oggi¹⁰², da anni¹⁰³, regola una materia contenuta in numerose iniziative legislative¹⁰⁴, in luogo delle quali ha operato il dettato dell'ordinanza ministeriale¹⁰⁵. Un'ordinanza abbastanza estesa composta da sei articoli con puntuali divieti e discipline normative valide su tutto il territorio nazionale.

6.4. Ordinanze in materia ambientale

Le ordinanze emergenziali sono da sempre¹⁰⁶, strettamente, legate alla materia ambientale¹⁰⁷. Nonostante la maggior parte delle fattispecie in tale ambito, a livello locale, interessino le summenzionate competenze del Prefetto e del Sindaco e a livello nazionale siano state ormai assorbite dai poteri di ordinanza previsti dalla normativa di protezione civile (l. 24

⁹⁹ Per mezzo delle ordinanze del Ministro della Salute: 7 febbraio 1997, *Proroga della disciplina in materia di prestazioni sanitarie agli stranieri temporaneamente presenti in Italia*, in G.U. 14 febbraio 1997, n. 37; 13 maggio 1997, *Proroga della disciplina in materia di prestazioni sanitarie agli stranieri temporaneamente presenti in Italia*, in G.U. 26 maggio 1997, n. 120; 16 agosto 1997, *Proroga della disciplina in materia di prestazioni sanitarie agli stranieri temporaneamente presenti in Italia*, in G.U. 22 agosto 1997, n. 195; 23 dicembre 1997, *Proroga della disciplina in materia di prestazioni sanitarie agli stranieri temporaneamente presenti in Italia*, in G.U. 23 febbraio 1998, n. 44.

¹⁰⁰ Oltre a quelle già richiamate, tra le altre, per esempio, Ministero della Salute, ordinanza 27 settembre 2002, *Proroga delle misure sanitarie di protezione contro le encefalopatie spongiformi trasmissibili*.

¹⁰¹ In alcuni casi proroghe pluriannuali con modifiche della disciplina, come nel caso dell'ordinanza del Ministero della Salute, 13 dicembre 2012, *Proroga e modifica dell'ordinanza 26 agosto 2005, e successive modificazioni, concernente «Misure di polizia veterinaria in materia di malattie infettive e diffuse dei volatili da cortile»*.

¹⁰² Ministero della salute, ordinanza 13 luglio 2016, *Proroga dell'ordinanza contingibile e urgente 6 agosto 2013, come modificata dall'ordinanza 3 agosto 2015, concernente la tutela dell'incolumità pubblica dall'aggressione dei cani*, in GU Serie Generale n. 209 del 07 settembre 2016.

¹⁰³ Ministero della salute, ordinanza 28 agosto 2014, in GU n.208 dell'8 settembre 2014, *Proroga dell'ordinanza contingibile e urgente 6 agosto 2013, concernente la tutela dell'incolumità pubblica dall'aggressione dei cani*.

¹⁰⁴ A. CARDONE, cit., p. 206.

¹⁰⁵ Ministero della salute, ordinanza, 14 gennaio 2008, in GU n. 23 del 28 gennaio 2008, su *Tutela dell'incolumità pubblica dall'aggressione di cani*.

¹⁰⁶ Volendo si v. E.C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze extra ordinem in materia ambientale*, in *Rassegna parlamentare*, 2016, pp. 495 ss.

¹⁰⁷ Pur non essendo l'unico strumento fornito dall'ordinamento, sul punto A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, pp. 46 ss.

febbraio 1992, n. 225), ciononostante, sono ancora vigenti altre normative speciali che pare utile ricordare¹⁰⁸.

Tradizionalmente ha svolto un ruolo centrale in materia il potere di ordinanza previsto dalla l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'ambiente. In particolare l'art. 8, c. 3, assegna al Ministro dell'ambiente un potere di «ordinanza cautelare», nel caso di mancata attuazione o di inosservanza da parte delle regioni, delle province o dei comuni, delle disposizioni di legge relative alla tutela dell'ambiente. Previa diffida, il Ministro, con ordinanza, può adottare tutte le misure «provvisorie» necessarie per la salvaguardia dell'ambiente, anche a carattere inibitorio di opere, di lavori o di attività antropiche. Il potere può essere esteso ad altri Ministeri competenti se la «mancata attuazione o l'inosservanza» sia imputabile a un ufficio periferico dello Stato. In tale caso l'ordinanza è adottata dal Ministro competente di concerto con il Ministro dell'ambiente¹⁰⁹.

Sempre in materia ambientale poteri di ordinanza sono stati previsti dall'art. 13 del c.d. «decreto Ronchi»¹¹⁰, successivamente confluito per intero nell'art. 191 del Testo unico sull'ambiente¹¹¹, il quale rubricato, appunto, «ordinanze contingibili e urgenti e poteri sostitutivi», in materia di gestione di rifiuti e tutela dell'ambiente, assegna al Presidente della Giunta regionale o al Presidente della provincia o al Sindaco, in base alla competenza territoriale, il potere di emanare «ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente», «qualora si verificino situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente». Tali ordinanze possono essere reiterate «per un periodo non superiore a 18 mesi per ogni speciale forma di gestione dei rifiuti»¹¹². La norma fa in ogni caso salvo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale, sanitaria e di pubblica sicurezza, che dunque concorrono espressamente a tutelare l'ambiente.

Oltre alla già citata disposizione, il c.d. «codice dell'ambiente» ha previsto molte fattispecie che consentono l'utilizzo di ordinanze, spesso, per rispondere ad emergenze, disciplinando però puntuali procedure, per lo più attente a preservare l'autonomia regionale e degli enti locali. Così in particolare gli art. 312 e 313 che prevedono un ulteriore potere di ordinanza ministeriale. Non mancano poi casi nei quali il codice rinvia alle ordinanze ex art. 5 della legge 225 del 1992, come nell'art. 67 c. 2.

¹⁰⁸ Sul tema in generale, si veda il completo studio di A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004, in particolare, pp. 159 ss.

¹⁰⁹ Previsione introdotta successivamente dall'art. 8 della legge n. 59 del 1987, contenente «Disposizioni transitorie ed urgenti per il funzionamento del Ministero dell'ambiente».

¹¹⁰ D.Lgs. n. 22 del 1997 attuativo delle direttive 91/156/CEE, 91/689/CEE e 94/62/CE.

¹¹¹ D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

¹¹² Tra i casi di utilizzo di tale potere di ordinanza si ricordino: l'ordinanza n. 56 del 30 giugno 2006 del Presidente della Regione Umbria sul «Conferimento dei rifiuti urbani dei Comuni Sigillo, Costacciaro, Scheggia e Pascelupo e Fossato di Vico al sito provvisorio di Gualdo Tadino»; l'ordinanza n. 90 del 27 novembre 2006 del Presidente della Regione Umbria per «Incidente calamitoso derivante dalla esplosione della raffineria Umbria Olii S.p.A. sita nel Comune di Campello sul Clitunno. Altri casi sono citati da G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit., p. 23, nota 74.

6.5. La legge n. 225 e le ordinanze in materia di protezione civile

Nell'articolato panorama delle discipline dei poteri di ordinanza, nel 1992, l'art. 5 della legge n. 225, istitutiva del servizio nazionale di protezione civile, ha rappresentato un importante intervento volto a razionalizzare e «normalizzare» l'istituto, anche in ossequio alla ricordata giurisprudenza costituzionale in materia.

La legge, in apertura (art. 2), distingue gli interventi di protezione civile tra ordinari e straordinari, poiché solo i secondi necessitano di specifici strumenti, anche *extra ordinem*, in relazione a fattispecie predeterminate¹¹³. Solo in quest'ultima ipotesi, dunque, è possibile ricorrere al potere di ordinanza. Le emergenze sono convenzionalmente definite dal legislatore come «calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari» (art. 2 lett. c). Al verificarsi di tali eventi il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, «delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi» (art. 5 c. 1)¹¹⁴.

La delibera dello stato di emergenza, dunque, nel rispetto dei «canoni» definiti dalla Corte costituzionale, sembra rappresentare la cornice generale entro la quale in modo proporzionale, all'interno di uno spazio e di un tempo definiti, viene gestita l'emergenza¹¹⁵. Tra le altre misure, all'interno di tale cornice, la legge consente l'adozione di «ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico» (art. 5 c. 2)¹¹⁶.

La legge, inoltre, si è premurata di specificare che le ordinanze emanate in deroga alle leggi vigenti debbano essere « motivate » e « contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare » (art. 5 c. 5), così attuando un altro dei principi definiti dalla giurisprudenza costituzionale.

Prima di esporre i più recenti interventi e dunque la disciplina vigente del potere di ordinanza, è bene ricordare come nel corso degli anni tali riforme abbiano mutato radicalmente il modello iniziale, fatto di limiti e garanzie preventive, sino ad arrivare ad una degenerazione del potere di ordinanza, arginata (forse, in parte) solo a seguito delle più recenti novelle. In

¹¹³ Art. 2 lettere a) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria.

¹¹⁴ Cfr. E. CASTORINA, *Direzione e coordinamento del Presidente del Consiglio dei Ministri nel sistema della protezione civile*, su www.forumcostituzionale.it.

¹¹⁵ Sul particolare problema della sindacabilità della dichiarazione v. F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Diritto e società*, 2001, pp. 111 ss.

¹¹⁶ Con riferimento a tale disposizione G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., p. 28, ha provocatoriamente notato come, volendo «esaltare l'interpretazione letterale dell'art. 5 («in deroga ad ogni disposizione vigente») e raffrontandola con altre disposizioni (l'art. 216 del T.U.L.P.S., ad esempio, parla di ordinanze «anche in deroga alle leggi vigenti»), si potrebbe addirittura sostenere che questo potere di ordinanza possa sospendere e/o derogare provvisoriamente norme di livello costituzionale».

tal senso, la prima, assai discussa, riforma è quella introdotta nel 2001¹¹⁷, con la quale il potere di ordinanza, ex art. 5 della legge n. 225, è stato esteso ai cc.dd. «grandi eventi», assegnando la gestione di tali particolari circostanze al Dipartimento della protezione civile (competenza però in alcuni casi rimasta solo sulla carta¹¹⁸). Inutile soffermarsi troppo sulle note novelle alla legge n. 225, oggi abrogate, è tuttavia necessario ricordare che l'apice della trasformazione rispetto al modello classico – non solo in materia di protezione civile, ma in generale del potere di ordinanza – si ha con la disciplina sui «grandi eventi». In questa ipotesi, infatti, manca il presupposto reale dell'emergenza imprevedibile che caratterizza tutte le tradizionali normative sul potere di ordinanza. Il fatto, il «grande evento», è noto, spesso programmato dallo stesso Governo. Varie le categorie, tra le altre, si possono ricordare eventi connessi a riti religiosi, come la Beatificazione di Maria Teresa di Calcutta¹¹⁹; vertici internazionali, o comunque istituzionali, quali ad esempio il Semestre di Presidenza italiana dell'Unione europea¹²⁰, le celebrazioni per l'Unità d'Italia¹²¹; o molto spesso competizioni sportive, come i mondiali di nuoto «Roma 2009»¹²².

Non sono mancate ipotesi nelle quali la dichiarazione di «grande evento» è stata emanata quando non era neppure certo che l'«evento» si sarebbe realizzato. È questo il peculiare caso della disciplina adottata in occasione dell'Expo 2015. La prima dichiarazione di «grande evento»¹²³ è stata emanata nel 2007 in occasione della candidatura del Comune di Milano quale sede dell'Expo 2015, quando non era stata ancora assunta alcuna decisione dall'organo internazionale competente (il *Bureau International des Expositions*). Il decreto, dunque, dichiarava il grande evento senza la certezza che lo stesso si sarebbe realizzato. Tale scelta fu fatta per eseguire le opere necessarie per favorire la candidatura¹²⁴.

In tutte queste ipotesi, però, indipendentemente dall'emergenza si autorizzano poteri normativi in deroga alla legge, per «semplificare» la regolazione, per rendere più rapida l'adozione di scelte politiche, superando così gli ordinari limiti e procedure. Al di là delle molte altre considerazioni che si possono fare sull'opportunità e il merito di tali fattispecie, l'obiezione più forte è l'evidente differenza tra le summenzionate ipotesi e il tradizionale potere di ordinanza *extra ordinem* che ha sempre trovato nell'imprevedibile emergenza il presupposto legittimante, come del resto asserito dalla Corte costituzionale sin dalla sent. n. 8 del 1956. In tali casi la giustificazione deriverebbe dalla complessa gestione del «grande even-

¹¹⁷ Art. 5 d.l. 7 settembre 2001, n. 343, Decreto convertito, con modificazioni, in legge 9 novembre 2001, n. 401, Disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture preposte alle attività di protezione civile e per migliorare le strutture logistiche nel settore della difesa civile.

¹¹⁸ Tra i molti esempi si veda in materia di Expo il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 agosto 2007, che affida al Sindaco di Milano, in qualità di Commissario, tutte le competenze, esautorando completamente il Dipartimento della protezione civile.

¹¹⁹ D.p.c.m. 19 ottobre 2003.

¹²⁰ D.p.c.m. 20 marzo 2002.

¹²¹ D.p.c.m. 23 novembre 2007.

¹²² D.p.c.m. 14 ottobre 2005.

¹²³ D.p.c.m. 30 agosto 2007.

¹²⁴ Per una puntuale ricostruzione della vicenda e dei provvedimenti adottati, si vedano A. ROCCELLA, *Milano in stato di eccezione*; A. PAVESI, *EXPO Milano 2015: un difficile percorso giuridico*, entrambi su www.giustamm.it.

to», che, invero, potrebbe anche essere gestita attraverso un'efficiente ed efficace programmazione, per mezzo di strumenti normativi ed amministrativi ordinari, nel rispetto della Costituzione e della sua forma di governo. Nel caso dei «grandi eventi», infatti, più che un potere eccezionale, si è realizzato un potere ordinario, previsto dalla legge, di normazione del Governo.

Oltre alle riforme legislative¹²⁵, e ai casi inerenti ai «grandi eventi», nel corso degli anni, anche la prassi applicativa del potere «ordinario» di ordinanza ha finito per abbandonare il modello iniziale della legge n. 225. Osservando la prassi, anche nei casi «ordinari» di intervento di protezione civile (in altre parole anche nelle ipotesi non rientranti nei «grandi eventi»), come visto nei precedenti paragrafi per le altre ordinanze normative, vengono tendenzialmente trascurati i «canoni» enunciati dalla Corte costituzionale e, in questo caso, tradotti nell'originaria formulazione della legge n. 225.

Anche nel caso delle ordinanze di protezione civile colpisce l'endemica prassi di prorogare per un lunghissimo tempo lo stato d'emergenza e dunque la disciplina per ordinanze. Molti gli esempi in tal senso che si potrebbero portare. Tra tutti il caso più significativo è quello relativo all'emergenza rifiuti nella Regione Campania, formalmente, iniziata nel 1994 con la dichiarazione dello stato di emergenza¹²⁶. Emergenza prorogata – seppur per mezzo di differenti fonti, compresi decreti legge – sempre ricorrendo a una gestione emergenziale per mezzo di ordinanze normative, sino all'anno 2009, quando il d.l. n. 195¹²⁷, ha ufficialmente dichiarato chiusa l'emergenza, riassegnando, pertanto, la gestione del ciclo dei rifiuti al regime ordinario di competenza della Regione Campania e in particolare degli enti locali¹²⁸.

Il contenuto delle ordinanze è quasi sempre normativo con disposizioni spesso di carattere generale e astratto, non mancando interventi rivolti all'intero territorio nazionale¹²⁹, non solo su base locale o territorialmente circoscritta¹³⁰.

¹²⁵ Tra le altre si ricordi ad esempio il decreto legge n. 90 del 2008, che, attraverso una norma di interpretazione autentica, ha sottratto – con effetti retroattivi – le ordinanze di protezione civile dal controllo della Corte dei conti.

¹²⁶ D.p.c.m. 11 febbraio 1994, n. 164700.

¹²⁷ D.l. 30 dicembre 2009, n. 195, convertito nella legge n. 26 del 26 febbraio 2010, «termine dell'emergenza rifiuti in Campania, il passaggio di consegne della gestione emergenza Abruzzo e altre disposizioni».

¹²⁸ Per una ricostruzione più ampia dell'emergenza rifiuti in Campania e i differenti strumenti adottati si veda F. MERLONI, *Ragionando sui rifiuti campani e dintorni: Stato e Regioni tra la continua emergenza e l'impossibile normalità*, in *Le Regioni*, 2007, pp. 925 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Gli interventi sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, Macerata, 2009, pp. 225 ss.

¹²⁹ Tra le più recenti si vedano le Ordinanze del Presidente del Consiglio: n. 240 del 22 aprile 2015: disposizioni per favorire il proseguire delle attività legate all'eccezionale afflusso di cittadini extracomunitari sul territorio nazionale, in G.U. n. 99 del 30 aprile 2015; n. 171 del 19 giugno 2014: contributi per gli interventi di prevenzione del rischio sismico per l'anno 2013, in G.U. n. 145 del 25 giugno 2014; n. 3798 del 31 luglio 2009: disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare il rischio della diffusione del virus influenzale A (H1N1), in G.U. n. 181 del 6 agosto 2009; n. 3794 del 30 luglio 2009: misure per il rilancio dell'immagine dell'Italia e del settore turistico per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia e l'evento Expo 2015, in G.U. n. 182 del 7 agosto 2009.

¹³⁰ Tra le ultime Ordinanze del Presidente del Consiglio pubblicate: n. 278 del 17 agosto 2015: primi interventi urgenti per gli eccezionali eventi meteorologici del 4 agosto 2015 nei comuni di San Vito di Cadore, Borca di Cadore, Vodo di Cadore, Cortina d'Ampezzo e Auronzo, in provincia di Belluno, in G.U. n. 193 del 21 agosto 2015; n. 273 del 27 luglio 2015: subentro della Regione Puglia nelle iniziative per superare le criticità legate al

Sovente l'ordinanza non menziona espressamente e puntualmente, le disposizioni alle quali deroga, ma cita indefiniti ambiti normativi, in questo modo ignorando, soprattutto, il dettato della stessa legge n. 225¹³¹.

Come in altri casi già analizzati colpiscono poi gli ambiti nei quali le ordinanze intervergono derogando a normative coperte da riserva di legge¹³².

Indicativo della forza normativa delle ordinanze in materia di protezione civile è però senz'altro il rapporto che esse hanno assunto e continuano ad avere con i decreti legge¹³³. Un rapporto, è stato detto, «parallelo»¹³⁴: in molti casi l'utilizzo da parte del Governo delle ordinanze o dei decreti legge avviene in modo indifferente quasi fossero «strumenti fungibili» per fronteggiare l'emergenza¹³⁵. La dichiarazione dello stato d'emergenza può essere contestuale, o comunque connessa al collegato decreto legge per rispondere alla medesima emergenza. La regolazione degli eventi però è rimessa ad ambedue gli atti: ordinanza e decreto d'urgenza¹³⁶. Non sono mancati casi nei quali il decreto legge ha rinviato singole disci-

maltempo nelle province di Foggia, Lecce e Taranto dal 19 novembre al 3 dicembre 2013, in GU n. 183 dell'8 agosto 2015.

¹³¹ Ad esempio si veda l'O.P.C.M. 30 maggio 2008, n. 3676, Disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare lo stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio della regione Lazio, nella quale si prevede che «se del caso anche in deroga alle disposizioni vigenti in materia ambientale, paesaggistico-territoriale, igienico-sanitaria, di pianificazione del territorio, di polizia locale, viabilità e circolazione stradale».

¹³² Ad esempio, in materia di pubblico impiego con l'O.P.C.M. 26 settembre 2006, n. 3543, Interventi urgenti di protezione civile diretti a fronteggiare l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nel territorio della Capitale della Repubblica, in G.U., 30 settembre 2006, n. 228, che attribuisce al Commissario delegato la possibilità di attivare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato in «deroga agli artt. 35 e 36 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165» per implementare il personale del comune di Roma. Emblematici sono altresì gli interventi in deroga in materia fiscale e tributaria: ordinanze ad esempio che prevedono la sospensione dei termini relativi ai procedimenti amministrativi e giurisdizionali e, soprattutto, quelle che prevedono differimenti, sospensioni e rateizzazioni dei pagamenti dei contributi di previdenza ed assistenza sociale e dei versamenti di entrate aventi natura patrimoniale. Tra le altre O.P.C.M. 22 dicembre 2009, n. 3834, Ulteriori disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare la grave situazione di emergenza determinatasi a seguito dell'incidente ferroviario verificatosi nella stazione di Viareggio, in provincia di Lucca. Altre esempi si vedano in A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., pp. 202 ss.; ID., *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, su *osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1, 2011.

¹³³ Sullo specifico tema più ampiamente, anche per un maggior numero di casi analizzati, E. ALBANESI, R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile «per l'attuazione» di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla legge n. 225 del 1992)*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 2231 ss.; ID. *Le «fonti» dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrare*, 2, 2010, pp. 185 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2, 2009, pp. 317 ss.; A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del governo e decreti-legge*, su *osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2, 2012; ID., *La «normalizzazione» dell'emergenza*, cit., pp. 24 ss.

¹³⁴ È questa l'espressione utilizzata da C. PINELLI, *Un sistema parallelo decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit.

¹³⁵ Così A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del governo e decreti-legge*, cit., p. 1.

¹³⁶ Già nel 1997 in occasione dell'emergenza umanitaria seguita all'esodo di immigrati albanesi, che il Governo decise di fronteggiare sia per mezzo di ordinanze, a seguito del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 19 marzo 1997, concernente la dichiarazione dello stato di emergenza relativa all'afflusso di cittadini albanesi sul territorio italiano, sia con l'adozione di uno specifico Decreto-legge 20 marzo 1997, n. 60 (in Gazz. Uff., 20 marzo, n. 66). Decreto convertito in l. 19 maggio 1997, n. 128, interventi straordinari per fronteggiare l'eccezionale afflusso di stranieri extracomunitari provenienti dall'Albania. Cfr. Ordinanza n. 2546, 27 marzo 1997, interventi urgenti per fronteggiare l'eccezionale situazione derivante dal massiccio esodo di stranieri extracomunitari provenienti dall'Albania, in G.U. n.74 del 29 marzo 1997.

pline alle ordinanze, menzionando l'art. 5 l. n. 225, in altri istituendo specifici poteri in capo ai commissari¹³⁷. Apparendo così più che un sistema parallelo, un sistema complementare.

Così configurato il potere di ordinanza, appare, più che uno strumento per gestire l'emergenza, un potere normativo del Governo – con forza di legge – ulteriore rispetto a quelli espressamente menzionati dalla Costituzione¹³⁸.

I summenzionati eccessi determinatisi nella prassi, in particolare, ma non solo, nell'ambito dei grandi eventi, hanno portato negli anni successivi ad inchieste della magistratura¹³⁹, nonché a forti richiami anche da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione per possibili fenomeni corruttivi¹⁴⁰.

Se inizialmente si è tentato di circoscrivere e limitare le prassi distorsive per mezzo di Direttive del Presidente del Consiglio¹⁴¹, le successive inchieste hanno portato a una radicale riforma della disciplina prevista dall'art. 5 della legge n. 225. Così, pur mantenendo inalterata la struttura generale del potere di ordinanza e la sua natura derogatoria, collegata alla dichiarazione dello stato di emergenza, il legislatore ha deciso di abrogare totalmente tutte quelle fattispecie che avevano favorito le summenzionate prassi distorsive e i descritti eccessi.

La riforma più rilevante è certamente quella introdotta attraverso l'articolo 40 *bis*, c. 1, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, che ha abrogato l'intero comma relativo alla disciplina dei «grandi eventi». Non solo, è stato abrogato anche l'originario comma 3 dell'art. 5, legge n. 225, che assegnava a Governo potere eccezionali di ordinanza in casi di particolare urgenza senza rispettare la procedura ordinaria ex art. 1, c. 2 della stessa legge¹⁴². La riforma del 2012 al fine di circoscrivere ulteriormente il potere di ordinanza ha espressamente introdotto all'interno dello stesso art. 5 (c. 2)¹⁴³ alcuni indirizzi, che, tuttavia, non sembrano essere

¹³⁷ Tra gli altri esempi cfr. art. 1, comma 3, del d.l. 6 novembre 2008, n. 172 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale), nel quale si dispone che con una o più ordinanze del Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'articolo 5 della l. n. 225 del 1992, «sono disciplinate le modalità attuative delle disposizioni di cui al presente articolo». O ancora l'art. 1, comma 1, del d.l. 28 aprile 2009, n. 39 (interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile), il quale articolo in apertura dispone che l'«attuazione del presente decreto» avverrà per mezzo di «ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'articolo 5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992, n. 225», emanate «di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, per quanto attiene agli aspetti di carattere fiscale e finanziario».

¹³⁸ Così di fatto rafforzando una generale tendenza del potere esecutivo da tempo messa in evidenza dalla dottrina A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in *Il decreto legge fra governo e parlamento*, F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA (a cura di), 1975, XX.

¹³⁹ Si ricordi ad esempio l'indagine della Procura della Repubblica di Firenze sull'attività del Dipartimento della protezione civile per la preparazione del grande evento G8 di luglio 2009 a La Maddalena.

¹⁴⁰ Cfr. La Segnalazione al Governo ed al Parlamento (ai sensi dell'Art. 6, comma 7, lett. E ed F, del d.l.vo 12 aprile 2006, n. 163) del 02 aprile 2008, avente ad oggetto le «Ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza; deroga alle disposizioni di cui agli Art. 6 e 7 del d.l.vo n.163/2006 in tema di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture».

¹⁴¹ Si veda la Direttiva del 27 luglio 2010, volta a fissare i «nuovi indirizzi per la dichiarazione dello stato di emergenza e di grande evento».

¹⁴² Comma abrogato dall'articolo 1, comma 1, lettera c), numero 5), del d.l. 15 maggio 2012, n. 59.

¹⁴³ Comma sostituito dall'articolo 10, comma 1, lettera a) del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla Legge 15 ottobre 2013, n. 119. Vedi la Delibera del Consiglio dei Ministri 29 aprile 2015: «fermo restando quanto previsto al comma 1, con le ordinanze si dispone, nel limite delle risorse disponibili, in ordine: a) all'organizzazione ed all'effettuazione dei servizi di soccorso e di assistenza alla popolazione interessa-

esaustivi del contenuto e delle finalità degli atti emergenziali. Le recenti riforme hanno inoltre posto rimedio ad un'altra distorsione realizzatasi nella prassi, quale l'abuso della proroga, attualmente prevedendo che la durata della dichiarazione dello stato di emergenza «non può superare i 180 giorni prorogabile per non più di ulteriori 180 giorni» (art. 5 c. 1 *bis*)¹⁴⁴.

7. L'evoluzione delle ordinanze nell'ordinamento francese: alle origini delle *ordonnances* della Costituzione del 1958

Come si è visto l'ordinanza è nata in Francia, già a partire dall'*Ancien Régime*¹⁴⁵, nel quale periodo rappresentava l'atto con cui si esprimeva il potere regio¹⁴⁶. Soprattutto a partire dal XIV secolo, le ordinanze in Francia fungono da principale strumento per operare importanti e generali riforme nell'organizzazione dello Stato¹⁴⁷ tanto che in dottrina si parla delle *ordonnances* come dell'opera legislativa in larga parte anticipatrice della codificazione francese del secolo XIX¹⁴⁸.

Tuttavia, anche in Francia, la funzione odierna dell'ordinanza, quale atto adottato dai pubblici poteri nei casi urgenza, si sviluppa solo successivamente. In tal senso, un ruolo determinante nella definizione degli istituti d'eccezione è dato senz'altro dalla giurisprudenza amministrativa già a partire dai primi del '900, che invero continuerà anche nel corso della Quinta Repubblica.

Le prime storiche pronunce risalgono agli anni – e nel contesto emergenziale – della Prima Guerra mondiale a partire dalla decisione del caso *Heyriès* (Consiglio di Stato, 28 giugno 1918)¹⁴⁹. La pronuncia del *Conseil d'Etat* ebbe origine dalla richiesta del signor *Heyriès*

ta dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, entro i limiti delle risorse finanziarie disponibili; c) alla realizzazione di interventi, anche strutturali, per la riduzione del rischio residuo strettamente connesso all'evento, entro i limiti delle risorse finanziarie disponibili e comunque finalizzate prioritariamente alla tutela della pubblica e privata incolumità; d) alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture, pubbliche e private, danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e dal patrimonio edilizio, da porre in essere sulla base di procedure definite con la medesima o altra ordinanza; e) all'avvio dell'attuazione delle prime misure per far fronte alle esigenze urgenti di cui alla lettera d), entro i limiti delle risorse finanziarie disponibili e secondo le direttive dettate con delibera del Consiglio dei ministri, sentita la Regione interessata».

¹⁴⁴ Comma inserito dall'articolo 1, comma 1, lettera c), numero 2), del d.l. 15 maggio 2012, n. 59 e successivamente sostituito dall' articolo 10, comma 1, lettera b) del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla Legge 15 ottobre 2013, n. 119.

¹⁴⁵ Si v. É. CHENON, *Histoire générale du Droit français public et privé des origines a 1815*, cit., p. 313.

¹⁴⁶ G. LEPOINTE, *Petit Vocabulaire d'Histoire du Droit Français Public et Privé*, cit., pp. 140, 141.

¹⁴⁷ Si v. A. DUMAS, *Histoire du droit français*, Marseille, 1978, 229. Nella catalogazione delle ordinanze regie si sono individuati due distinti periodi: le ordinanze dal XVI secolo sino agli inizi del XVII secolo e le ordinanze emanate dal XVII secolo sino al secolo XVIII. Nel primo periodo si tratta di ordinanze adottate allo scopo di riformare il diritto pubblico e privato francese, diversamente nel secondo caso si tratta di atti adottati per disciplinare un oggetto specifico e la cui dimensione ha fatto parlare di veri e propri codici. Tra queste deve farsi riferimento alla *ordonnance* di aprile 1667 del re Luigi XIV recante "Ordonnance civile touchant la réformation de la justice"; l'*ordonnance criminelle* dell'agosto 1670; la *ordonnance de la marine* dell'agosto 1681, sul commercio marittimo.

¹⁴⁸ A. DUMAS, *Histoire du droit français*, cit., 232.

¹⁴⁹ Cfr. su www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-section-28-juin-1918-requete-numero-63412-publie-au-recueil. Negli stessi anni analoga giurisprudenza la rinveniamo nella decisione del Con-

di annullamento dell'atto con il quale il Ministro della guerra lo aveva rimosso dal suo incarico di ingegnere progettista senza alcun avviso di contestazione. Il giudice amministrativo, pur riconoscendo la vigenza del principio per cui i dipendenti pubblici sarebbero dovuti essere informati prima di qualsiasi azione disciplinare, giustificò il provvedimento ministeriale qualificandolo come in deroga all'ordinaria vigenza del diritto, a seguito delle particolari circostanze emergenziali derivanti dal conflitto mondiale. Pertanto, considerato che, in ossequio all'art. 3 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875, il Presidente della Repubblica è responsabile dell'applicazione delle leggi «*qu'il lui incombe dès lors de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche*».

A partire da questa decisione molte furono le successive pronunce attraverso le quali, sino ai tempi più recenti, il Consiglio di Stato francese ha enucleato una vera e propria teoria dell'emergenza¹⁵⁰, sempre però giustificando una prassi che nel corso degli anni è stata altresì accolta dalla Costituzione e dalla legislazione ordinaria.

In particolare, protagoniste di tale prassi sono le ordinanze adottate dal Generale Charles de Gaulle nei vari periodi di emergenza che si trovò a «gestire» a partire dalla particolare condizione nella quale si trovò la Francia nella Seconda Guerra mondiale¹⁵¹. Specificamente, dopo il manifesto del 27 ottobre 1940, e dopo le dichiarazioni di Brazzaville, che definisce incostituzionale il sistema politico vigente presso la città di Vichy, il Generale de Gaulle adottò una serie di ordinanze normative in un contesto di particolare emergenza come quello bellico. La prima, assai celebre, fu l'*ordonnance* n. 1 del 27 ottobre 1940 nella quale si stabilirono l'organizzazione dei pubblici poteri durante la guerra e si istituì, altresì, il *Conseil de Défense de l'Empire*, un organismo con funzioni consultive per l'esecutivo¹⁵². In tutto l'arco temporale del secondo conflitto mondiale, in un tempo per definizione dettato da urgenza e necessità, si sono adottate numerose *ordonnances*: ad esempio, sempre con ordinanza il Generale De Gaulle diede vita al *Comité français de libération nationale (ordonnance* 3 giugno 1943, adottata in Algeria)¹⁵³. A questa, seguì l'*ordonnance* del 21 aprile 1944 che organizzava i poteri pubblici in Francia dopo la liberazione: con tale atto fu prevista l'elezione di un'Assemblea nazionale costituente al fine di ristabilire la legalità repubblicana.

siglio di Stato 28 febbraio 1919, *Dol et Laurent*, su www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-28-fevrier-1919-dol-et-laurent-requete-numero-61593-publie-au-recueil.

¹⁵⁰ Per una completa ricostruzione della summenzionata giurisprudenza si rinvia a P. COSSALTER, *Légalité de crise et état d'urgence*, in *Revue generale du droit*, www.revuegeneraledudroit.eu, 15 Novembre 2015.

¹⁵¹ V. E. GROSSO, *Francia*, cit., pp. 43 ss.

¹⁵² L'ordinanza stabilisce che, nei territori liberati dall'occupazione del nemico, i poteri pubblici si organizzano alla luce della legislazione francese precedente alla data del 23 giugno 1940 secondo quanto stabilito dall'art. 1. Nella stessa ordinanza, all'art. 3, c. 2, si stabilisce che tutte le ordinanze successive acquisiranno la forza di legge o di decreto alla luce del contenuto. Sul punto si v. A.-M. LE POURHIET, *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, Paris cedex 01, 2011, pp. 16 ss.

¹⁵³ Op. cit., 17. Proprio l'istituzione del comitato di liberazione nazionale determina un primo mutamento nella struttura delle ordinanze, queste non sono più adottate direttamente dal generale, bensì dallo stesso Comitato di liberazione, firmate da due generali e controfirmate dai commissari.

Proprio a tal fine, nel 1944 il Comitato francese di liberazione divenne il Governo provvisorio della Repubblica francese, con l'ulteriore ordinanza 3 giugno 1944¹⁵⁴.

7.1. Le prime ordinanze legittimate dalla Costituzione: l'art. 92 delle disposizioni transitorie

È chiaro che il ricorso alle ordinanze emergenziali in un contesto così particolare, della Francia dell'immediato dopoguerra, non serve ai fini della presente indagine se non per dimostrare ulteriormente il valore dell'istituto nella tradizione dell'ordinamento francese, nella sua evoluzione storica. Non è un caso, infatti, come le ordinanze siano state l'istituto protagonista in tutto il periodo di transizione sino all'approvazione della Costituzione del 4 ottobre 1958, e in parte anche dopo. Infatti, proprio l'ordinanza diventa lo strumento principale per garantire l'organizzazione transitoria dei pubblici poteri. Così l'art. 92 delle disposizioni transitorie della *Constitution du 4 octobre 1958* ha previsto che fossero le «*ordonnances ayant force de loi*» adottate dal Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato, a contenere i provvedimenti legislativi necessari per l'attuazione delle istituzioni e il funzionamento dei poteri pubblici, sino alla loro entrata in vigore, nonché ad approvare le norme per l'elezione delle assemblee previste dalla Costituzione. La stessa disposizione, poi al terzo comma, prevedeva più in generale che in questa particolare fase di transizione «*le Gouvernement pourra également prendre en toutes matières les mesures qu'il jugera nécessaires à la vie de la Nation, à la protection des citoyens ou à la sauvegarde des libertés*»¹⁵⁵. Dunque anche nel passaggio dalla fase dell'emergenza alla fase transitoria dell'avvio delle istituzioni – dopo l'entrata in vigore della Costituzione – le ordinanze hanno un ruolo protagonista non solo di garanzia nella «*sauvegarde des libertés*», ma di attuazione delle istituzioni previste dalla Costituzione, al fine di ristabilire il regime democratico e l'organizzazione dei poteri pubblici. Ordinanze con forza di legge riconosciuta dalla stessa Costituzione, ex art. 92 Cost., approvate solo dall'Esecutivo¹⁵⁶.

Tale specifico potere di ordinanza acquista un rilievo ancora maggiore se si considera che è stato impiegato ben trecento volte, in un breve tempo, dal 4 ottobre 1958 al 4 aprile 1959¹⁵⁷; nonché se si analizzano i casi e gli oggetti delle ordinanze adottate in questo periodo, che testimoniano come esse abbiano svolto un ruolo determinante nel disegnare la Quin-

¹⁵⁴ Op. cit., 18.

¹⁵⁵ L'articolo in esame è stato poi modificato dall'art. 3 della *loi constitutionnelle* n.93-952 du 27 juillet 1993 e abrogato definitivamente dall'art. 14 della *loi constitutionnelle* n.95-880 du 4 août 1995.

¹⁵⁶ Richiama tale disposizione anche M. GUILLAUME, *Les ordonnance: tuer ou sauver la loi ?*, in *Pouvoirs*, n. 114, 2005, 118.

¹⁵⁷ Si v., sul punto, A.-M. LE POURHIET, *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, Paris cedex 01, 2011, p. 25. Proprio l'adozione di un numero elevato di ordinanze da parte del Governo transitorio ha sollevato aspre critiche in dottrina. Quest'ultima non ha risparmiato una critica ai cc.dd. organi consultivi istituiti per accompagnare il Governo nella transizione democratica. Vero è che, le ordinanze sono state adottate in forza della c.d. legge dei pieni poteri, del 3 giugno 1958 (loi n. 58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs). Per una lettura testuale della legge e dei lavori preparatori si v. www.legifrance.gouv.fr e <http://archives.assemblee-nationale.fr/>.

ta Repubblica francese. Le ordinanze ex art. 92, infatti, contribuirono fortemente nella definizione concreta della nuova forma istituzionale e dell'organizzazione di pubblici poteri.

In tali anni, tra le numerose ordinanze adottate ai sensi dell'art. 92, si possono ricordare: l'*ordonnance* n. 58-1064 del 7 novembre 1958 *portant loi organique relative à l'élection du président de la République*¹⁵⁸; l'*ordonnance* n. 58-1100 del 17 novembre 1958 *relative au fonctionnement des assemblées parlementaires*¹⁵⁹; l'*ordonnance* n. 58-1067 del 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*¹⁶⁰ e l'*ordonnance* n. 58-1374 del 30 dicembre 1958 *portant loi de finances pour 1959*¹⁶¹. Per la loro «forza di legge» direttamente prevista in Costituzione, si è sempre ritenuto che per la loro modifica fosse necessario intervenire con fonti di rango primario¹⁶². Per la stessa ragione le giurisdizioni hanno dedotto che le ordinanze ex art. 92 Cost. hanno la stessa «*immunité contentieuse*» delle leggi, fonti di rango primario, e che non possono dunque essere oggetto di sindacato. Andando oltre l'assunto della impossibilità di sottoporre al controllo giurisdizionale le ordinanze ex art. 92 Cost., il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che le ordinanze recanti leggi organiche devono considerarsi a pieno titolo facenti parte del c.d. «*bloc de constitutionnalité*», alle quali deve quindi conformarsi la successiva legislazione ordinaria¹⁶³.

8. Il potere di ordinanza nella Quinta Repubblica

Nell'ordinamento giuridico francese, e, specificamente, nel sistema delle fonti, con il termine ordinanza si è soliti indicare una pluralità di atti distinti per contenuto, forma e presupposti. Precisamente, si parla di ordinanza negli artt. 38; 47; 47-1 e 74-1. Sebbene non sia testualmente indicato, deve ricomprendersi in questo elenco anche l'art. 16 della Costituzione francese.

Per prima cosa è necessario distinguere tra atti che dell'ordinanza posseggono solo la denominazione e atti invece adottati in particolari casi di emergenza, senza l'approvazione parlamentare. In questi termini possono escludersi dalla teorizzazione generale delle ordinanze l'art. 38 e l'art. 74-1 della *Constitution du 4 octobre 1958*, che ne posseggono la sola denominazione, da tutte le altre diverse fattispecie elencate in precedenza.

L'art. 38 Cost. appare più come una delega legislativa¹⁶⁴, prevedendo come noto che «*le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement*

¹⁵⁸ Per la consultazione del testo originale si v. *Journal Officiel de la République française*, 18 novembre 1958, p. 10335 e su www.legifrance.gouv.fr/.

¹⁵⁹ Per la consultazione del testo originale si v. *Journal Officiel de la République française*, 9 novembre 1958, p. 10126 e su www.legifrance.gouv.fr/.

¹⁶⁰ Per la consultazione del testo originale si v. *Journal Officiel de la République française*, 9 novembre 1958, p. 10129 e su www.legifrance.gouv.fr/.

¹⁶¹ Per la consultazione del testo originale si v. *Journal Officiel de la République française*, 31 dicembre 1958, p. 12071 e su www.legifrance.gouv.fr/.

¹⁶² A.-M. LE POURHIET, *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, cit., p. 28.

¹⁶³ Op. ult. cit., pp. 28, 29.

¹⁶⁴ Si v. M. GUILLAUME, *Les ordonnances : tuer ou sauver la loi?*, cit., pp. 119 ss. L'A. ricorda che tali ordinanze sono adottate dal Governo precipuamente al fine di dare esecuzione al programma di governo.

l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi».

In questo caso, infatti, vi è uno stretto controllo parlamentare: non solo dovrà esservi un'autorizzazione preventiva del Parlamento, ma tali ordinanze deliberate dal Consiglio dei ministri, previo parere del Consiglio di Stato, «decadono se il progetto di legge di ratifica non è presentato al Parlamento entro la data stabilita dalla legge di autorizzazione»¹⁶⁵. Dunque, si tratta di un procedimento a tre passaggi: l'approvazione della legge, o dell'articolo *d'habilitation* dove è indicato anche il termine entro il quale deve essere pubblicata l'ordinanza; pubblicazione dell'ordinanza; e ratifica dell'ordinanza da parte del Parlamento. Questo particolare tipo di ordinanza, che si caratterizza per il coinvolgimento dell'organo legislativo, richiama le caratteristiche e i presupposti dei cc.dd. decreti legge adottati durante gli anni della III^a e della IV^a Repubblica. L'utilizzo dell'art. 38 avvenne per la prima volta nell'anno 1960, per mantenere l'ordine, salvaguardare lo Stato e accompagnare il processo di pacificazione in Algeria¹⁶⁶. Lo studio della prassi¹⁶⁷ rileva un dato in costante aumento a partire dall'anno 2003 sino ai giorni nostri¹⁶⁸. Dal dato relativo alla dimensione, rileva soprattutto l'oggetto delle ordinanze, dal 1990 al 2002 il settanta per cento delle ordinanze pubblicate ha riguardato le comunità d'oltre mare¹⁶⁹. Proprio questo dato ha condotto alla revisione costituzionale del 28 marzo 2003, e alla introduzione dell'art. 74-1 nel testo costituzionale¹⁷⁰.

Ciò premesso, anche nella fattispecie all'art. 74-1 le *ordonnances* previste sono invece una assai peculiare ipotesi di fonte governativa autorizzata e ratificata dal Parlamento. In particolare, l'art. 74-1 prevede che, limitatamente alle «*collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie*», il Governo può «*par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure*». Tali ordinanze sono adottate dal «*conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le*

¹⁶⁵ Così, nel testo modificato dall'art. 14 della *loi constitutionnelle* n. 2008-724 du 23 juillet.

¹⁶⁶ Tutti questi dati sono rinvenibili in un recente studio del Senato, SENAT, DIVISION DES LOIS ET DE LA LEGISTIQUE, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, febbraio 2014, p. 5, consultabile su https://www.senat.fr/role/fiche/procleg_ordonnance.html.

¹⁶⁷ Cfr. SENAT, DIVISION DES LOIS ET DE LA LEGISTIQUE, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, cit.

¹⁶⁸ Dal 2004 al 2013 sono state pubblicate 357 ordinanze, si v. SENAT, DIVISION DES LOIS ET DE LA LEGISTIQUE, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, cit. Un particolare problema evidenziato in dottrina riguarda l'impiego di *ordonnances* ex art. 38 della Costituzione francese come strumento di codificazione. Sul delicato fenomeno si rinvia a C. CASTAING, *La ratification implicite des ordonnances de codification*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2, n. 58, pp. 275-304.

¹⁶⁹ SENAT, DIVISION DES LOIS ET DE LA LEGISTIQUE, *Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution*, cit., 6.

¹⁷⁰ Art. 39 della *loi constitutionnelle* n. 2008-724 del 23 luglio 2008. In dottrina si v. C. BOYER-MERENTIER, *L'article 74-1 de la Constitution*, in AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, 2007, 1101-1126.

délai de dix-huit mois suivant cette publication». La presente disposizione, dunque, descrive un ulteriore tipo di ordinanze nel solco disegnato dall'art. 38 della Costituzione francese. In questo caso, l'ordinanza permette di estendere alle cc.dd. collettività d'oltre mare e alla Nuova Caledonia le disposizioni di natura legislativa che disciplinano la *métropole*. Anche nel presente caso, si prevede una successiva deliberazione dell'organo legislativo, che però dovrà avvenire entro i successivi diciotto mesi dalla pubblicazione, la mancanza della quale determina la caducazione dell'ordinanza¹⁷¹.

Infine, un ulteriore tipo di ordinanza contemplato nell'ordinamento giuridico francese riguarda strettamente la materia finanziaria, ex artt. 47 e 47-1 della Costituzione francese¹⁷². A differenza delle precedenti ordinanze ex artt. 38 e 74-1 della Costituzione francese, in questo caso, il Governo è autorizzato a intervenire nel caso di mancata adozione della *loi de finances* e della *loi de financement de la sécurité sociale*, rispettivamente art. 47 e 47-1 della Costituzione francese. La casistica è puntuale e non lascia spazio a una possibile usurpazione del ruolo del Parlamento nella decisione di bilancio¹⁷³.

Il sistema giuridico francese classifica questi tipi particolari di ordinanza come degli atti di natura regolamentare che mantengono tale classificazione sino al momento della loro ratificazione da parte dell'organo legislativo¹⁷⁴. Tali ordinanze dunque hanno una natura e un procedimento di formazione estremamente singolare, che, a giudizio di parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, determina una distorsione del sistema delle fonti, a

¹⁷¹ Sono i primi esempi di ordinanze ex art. 74-1 della Costituzione francese, l'*ordonnance* n. 2005-704 del 24 giugno 2005 e l'*ordonnance* n. 2005-1263 del 7 ottobre 2005.

¹⁷² Art. 47: «Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique. Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de quarante jours après le dépôt un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45. Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance. Si la loi de finances fixant les ressources et les charges d'un exercice n'a pas été déposée en temps utile pour être promulguée avant le début de cet exercice, le Gouvernement demande d'urgence au Parlement l'autorisation de percevoir les impôts et ouvre par décret les crédits se rapportant aux services votés. Les délais prévus au présent article sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session.» a art. 47-1: «Le Parlement vote les projets de loi de financement de la sécurité sociale dans les conditions prévues par une loi organique. Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de vingt jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45. Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de cinquante jours, les dispositions du projet peuvent être mises en œuvre par ordonnance. Les délais prévus au présent article sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session et, pour chaque assemblée, au cours des semaines où elle a décidé de ne pas tenir séance, conformément au deuxième alinéa de l'article 28». Si v. A.-M. LE POURHIET, *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, cit., p. 129, 130.

¹⁷³ A.-M. LE POURHIET, *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français*, cit., p. 136.

¹⁷⁴ Questa definizione è validata anche dalla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* sin dall'anno 1972. Nella decisione n. 72-73 L del 29 febbraio 1972, al punto 3, il Giudice costituzionale francese afferma che «Considérant, d'une part, que les ordonnances qui ont fait l'objet du dépôt du projet de loi de ratification prévu par l'article 38 de la Constitution, demeurent des actes de forme réglementaire tant que la ratification législative n'est pas intervenue, mais que, d'autre part, ledit article 38, non plus qu'aucune autre disposition de la Constitution ne fait obstacle à ce qu'une ratification intervienne selon d'autres modalités que celle de l'adoption du projet de loi sus-mentionné; que, par suite, cette ratification peut résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement».

danno della legge, quale fonte generale del diritto, ma soprattutto a danno del principio della certezza del diritto¹⁷⁵.

Prima di analizzare il particolare caso delle ordinanze del Presidente della Repubblica ex art. 16 Cost., va ricordato come il sistema di risposta delle emergenze nella Costituzione della Quinta Repubblica sia completato dall'art. 36 che prevede la dichiarazione dello stato di assedio dichiarato con decreto del Consiglio dei ministri in caso di pericolo imminente dovuto alla guerra o ad un'insurrezione armata. Tale stato può durare al massimo dodici giorni, salvo ulteriori proroghe del Parlamento. La sua prassi applicativa è però ad oggi sconosciuta, non essendo stata applicata nel corso della Quinta Repubblica.

8.1. Il caso particolare delle misure urgenti ex art. 16 della Costituzione francese

Una vera e propria fattispecie di ordinanza emergenziale, contenente tutti gli elementi costitutivi dell'istituto oggetto della presente ricerca, è indubbiamente prevista dall'art. 16 della Costituzione francese. Tale nota disposizione, infatti, autorizza il Presidente della Repubblica a prendere «*les mesures exigées par ces circonstances*» nei casi in cui «*lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu*».

Dunque nei casi di gravissima emergenza e urgenza, nei quali sono minacciate le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio, o l'esecuzione degli impegni internazionali – e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto – il Presidente può adottare direttamente le ordinanze necessarie, consultando previamente il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale. Dunque, nell'ipotesi prevista dall'art. 16 Cost. non vi è nessuna previa autorizzazione da parte del Parlamento, né successiva ratifica, a differenza delle ipotesi di ordinanza precedentemente analizzate.

Tuttavia, in tale contesto eccezionale, di cui deve essere informata la nazione attraverso un messaggio pubblico, la Costituzione – anche sulla scorta dell'esperienza di Weimar – è attenta nel fissare alcune importanti garanzie, tra cui, su tutte, il divieto di sciogliere il Parlamento, specificando che «*le Parlement se réunit de plein droit*» e «*l'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels*».

Come tutte le ipotesi di ordinanza emergenziale sin qui richiamate, anche in questo caso, la fattispecie è aperta: il Presidente non ha limiti nell'adottare le misure necessarie se non quello assai ampio di ristabilire il normale ordine costituzionale, ispirandosi – come scrive testualmente l'art. 16 – alla «*volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission*».

¹⁷⁵ Sul punto v. CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1991* e M. GUILLAUME, *Les ordonnances: tuer ou sauver la loi ?*, cit., pp. 117-129.

Altra caratteristica comune al modello di ordinanza emergenziale è data dall'urgenza, ma soprattutto dalla temporaneità delle misure da adottare. L'art. 16, infatti, specifica che le misure devono essere adottate per il minor tempo possibile «*dans les moindres délais*». In tal senso, a garanzia della limitata estensione nel tempo del potere emergenziale, lo stesso art. 16 Cost., ha previsto¹⁷⁶ che dopo trenta giorni dall'esercizio dei poteri eccezionali il Consiglio costituzionale può essere incaricato dal Presidente dell'Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori, di verificare se le condizioni che hanno giustificato il ricorso alle misure dell'art. 16 siano ancora attuali, potendo così il Consiglio pronunciarsi «nel più breve tempo possibile» sull'opportunità di tali misure. Verifica, in ogni caso, necessaria trascorsi sessanta giorni dall'avvio delle misure emergenziali. Invero, tali garanzie sul controllo temporale del potere di ordinanza non erano presenti nel testo costituzionale originario, e sono state successivamente introdotte dall'art. 6 della *loi constitutionnelle* n.2008-724 del 23 luglio 2008¹⁷⁷.

Dunque la fattispecie prevista dall'art. 16 Cost. rappresenta un caso estremamente interessante ai fini della presente indagine. Un potere di ordinanza, che, come spesso capita, è genericamente attribuito attraverso la formula aperta delle «misure necessarie», in questo caso però assegnato al Presidente della Repubblica direttamente dalla Costituzione e con gli effetti «generalmente e astratti», che la prassi dimostra essere normativi.

A ben vedere questa fattispecie richiama fortemente il potere di ordinanza previsto dall'art. 48 della Costituzione di Weimar, di cui si è detto, anche se come visto, la Costituzione francese – invero solo dal 2008¹⁷⁸ – ha previsto una serie di garanzie ulteriori al fine di scongiurare i tristi esiti di quell'esperienza costituzionale. Tuttavia, non potendo escludere una connessione tra le due fattispecie – perché, come più volte detto, l'istituto delle ordinanze emergenziali è circolato tra gli ordinamenti – a ben vedere, non c'è dubbio che il padre dell'istituto regolato dall'art. 16 Cost. sia il Generale De Gaulle.

Infatti, come è stato notato¹⁷⁹ questa formulazione trova origine nella determinazione del generale De Gaulle e consente al Presidente della Repubblica in carica di sostituirsi agli

¹⁷⁶ Nell'ultimo comma successivamente inserito dalla *loi constitutionnelle* n. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, art. 6. Per una disamina delle origini si v. G. BERLIA, *L'application de l'article 16 de la Constitution de 1958 et les rapports entre le Parlement et le Gouvernement*, in *Revue du droit public et de la science politique*, n. 77, 1961, pp. 1029-1036. Criticamente si v. J. LAMARQUE, *Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16*, in *La semaine juridique*, 1962, 1711. Si v. anche M.-A. COHENDET, *Le président de la République*, Paris, 2002, pp.70-77.

¹⁷⁷ Legge costituzionale 2008 di modernizzazione delle istituzioni della V^a Repubblica. Per i lavori preparatori alla modifica si v. S. PLATON, *Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ?*, cit., p. 98.

¹⁷⁸ Garanzie inserite dalla *loi constitutionnelle* n. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, art. 6, cit.

¹⁷⁹ I poteri di crisi trovano origine nei fatti del giugno 1940, quando non si seppe fronteggiare l'invasione tedesca. Si v. J. LAMARQUE, *Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16*, cit. e S. PLATON, *Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5 (n. 2), p. 97. Si vedano anche J.A. LAPONCE, *The Government of the Fifth Republic. French Political Parties and the Constitution*, Connecticut, 1961, pp. 192 ss., l'A. riconduce l'origine di questo potere all'Antica Roma e M. VOISSET, *Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16*, in *Pouvoirs*, n. 10/1979, p. 106, 107 (anche qui il riferimento va al concetto romano di "salut public").

altri poteri nel caso in cui a questi sia impedito l'esercizio stesso¹⁸⁰, in una situazione di grave emergenza¹⁸¹. Le difficoltà di lettura dell'art. 16 Cost. sono riconducibili in massima parte alla vaghezza di alcuni sintagmi presenti nella disposizione, tant'è che si è parlato di una «*prérogative mystérieuse et redoutable*»¹⁸². Appare chiaro, però, che l'articolo 16 della Costituzione francese consente l'esercizio dei poteri di crisi, caratterizzato per tre punti essenziali: la titolarità sostanziale dei poteri di crisi; la partecipazione del Parlamento, limitatamente alla messa in opera, non già per quanto concerne il controllo e, infine, il controllo giurisdizionale delle misure prese durante lo stato di crisi¹⁸³. Come visto, infatti, in ossequio alla disciplina costituzionale, l'esercizio dei poteri di crisi sono sottoposti a due condizioni cumulative: da una parte, tali poteri possono esercitarsi nel caso di grave e immediato pericolo per la Repubblica, per l'indipendenza della nazione, per l'integrità del territorio ovvero l'esecuzione degli impegni internazionali, e dall'altra parte il pericolo deve essere tale per cui il funzionamento dei poteri pubblici ne risulti interrotto. A queste prime condizioni sostanziali, si aggiungono quelle procedurali. Il Presidente della Repubblica deve, infatti, consultare ufficialmente il Primo ministro, i presidenti di ciascuna Camera e il *Conseil constitutionnel*. Quest'ultimo poi dovrà essere consultato per ciascuna delle misure prese dal Presidente della Repubblica. La Costituzione francese, pertanto, prevede un potere sì ampio, ma comunque regolato e chiaramente limitato¹⁸⁴.

9. Lo «stato di emergenza» nella legge n. 55-385

Oltre alle summenzionate fattispecie costituzionali, come in altri ordinamenti, anche in Francia, il potere di ordinanza è previsto inoltre dalla legislazione ordinaria. In particolare, la fonte più importante risiede nella *Loi n. 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*. Dunque, come si evince dalla data di approvazione, una disciplina antecedente alla Costituzione del 1958, certo, che ha subito numerose modifiche, ma la cui disciplina e oggetto nascono in una fase, in parte già menzionata, di particolare crisi che ne ha giustificato

¹⁸⁰ Parla di paralisi completa J. LAMARQUE, *Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16*, cit. Si v. anche J.A. LAPONCE, *The Government of the Fifth Republic. French Political Parties and the Constitution*, cit., pp. 191-193. Si v. anche O. PFERSMANN, *Sur l'état d'urgence et la déchéance de nationalité*, in *Revue cités*, n. 66, 2016, pp. 100 ss., che definisce lo stato d'urgenza come la possibilità per lo Stato di «pouvoir réagir rapidement à des situations de crise sans respecter de longues procédures instituant des garanties fortes au bénéfice des personnes soumis à sa juridiction».

¹⁸¹ Sul concetto costituzionale di emergenza si v. J. ROBERT, *Les situations d'urgence en droit constitutionnel*, in *R.I.D.C.*, n. 2, 1990, pp. 751 ss. Scrive l'A. che «il est indispensable que même des situations de crise soient balisées par le droit. On pourrait même dire que surtout les situations de crise ne doivent pas rester des terrains vierges offerts à tous les dérèglements».

¹⁸² Richiama questa definizione M. VOISSET, *Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16*, in *Pouvoirs*, n. 10, 1979, p. 105. Parla di condizioni «pas des plus précises» S. PLATON, *Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ?*, cit., p. 99. L'A. afferma che «Ces conditions ne sont toutefois pas des plus précises, et laissent une assez grande marge d'appréciation au chef de l'État. Il y a là, certainement, une caractéristique inhérente à tout régime de crise : les conditions de sa mise en œuvre doivent être suffisamment larges pour recouvrir des circonstances imprévisibles a priori».

¹⁸³ Op. ult. cit., 106.

¹⁸⁴ Come ribadito dal *Conseil constitutionnel*, *décision n. 61-1 AR16 du 23 avril 1961*.

l'adozione, ancor prima dell'entrata in vigore dell'art. 16 Cost. La storia è troppo lunga e complessa per tracciarla nel dettaglio, ma vediamo le tappe principali, soprattutto di adozioni, descrittive della sua prassi.

La legge sullo stato d'emergenza, in origine, era stata approvata nel particolare contesto della crisi algerina: ne è prova l'originaria denominazione della legge «*instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie*»¹⁸⁵. Stato d'urgenza adottato per un periodo, si pensava, temporaneo, ma poi prorogato più volte nel corso di tutto il conflitto algerino. Tali proroghe però non avvennero sempre con legge, bensì, in alcuni casi fu il Governo stesso a intervenire in via d'urgenza per ordinanza prorogando lo stato emergenziale. Così è accaduto per esempio con l'adozione dell'*ordonnance* n. 60-372 del 15 aprile 1960 *modifiant certaines dispositions de la loi n. 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence* che, appunto, modifica parzialmente la summenzionata legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 istitutiva dello stato di crisi algerino¹⁸⁶. L'atto con il quale si è scelto di intervenire e modificare la legge sullo stato d'emergenza è indicativo non solo del ruolo dell'ordinanza nella gestione della crisi emergenziale, bensì anche dell'evoluzione presidenzialista della Repubblica francese¹⁸⁷. Infatti l'ordinanza n. 60-372, era stata adottata ai sensi dell'art. 38 della Costituzione, dunque, espressamente autorizzata dall'organo legislativo. Tale ordinanza, però, tra le principali modifiche apportate, all'art. 2, dispose che la dichiarazione dello stato d'urgenza fosse direttamente attribuita al Consiglio dei ministri, il quale dunque avrebbe potuto decidere in quale momento, senza l'intermediazione della legge, quando ricorrere ai poteri emergenziali¹⁸⁸.

Nella crisi algerina le proroghe continuarono ancora nel 1961, nel periodo di massima emergenza, quando l'allora Presidente della Repubblica De Gaulle continuò a prorogare l'*état d'urgence* il 22 aprile 1961¹⁸⁹, poi ancora prorogato con due decisioni del 24 aprile 1961 e del 29 settembre 1961, continuando a ricorrere ai poteri emergenziali di ordinanza. Rappresentando dunque un'emergenza stabilizzata e duratura, che rese di fatto ordinari poteri per loro natura straordinari.

¹⁸⁵ La legge è stata più volte modificata, nel contenuto e nel titolo. I cambiamenti relativi alla intitolazione della legge sono riconducibili all'art. 176-IV-1° della *loi* n. 2011-525 del 17 maggio 2011 e all'art. 4-12° della *loi* n. 2015-1501 du 20 novembre 2015. Sull'evoluzione storica dell'*état d'urgence*, si v. O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, 2016, pp. 24-31.

¹⁸⁶ Si v. quanto disposto dall'art. 1 che modifica gli artt. 2, 3, 4, 11 della *loi* n. 55-385 del 3 aprile 1955 *instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie*. Si v. anche R. DRAGO, *L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques*, in *RDP*, 1955, pp. 670-705. L'A. ripercorre le fasi e il percorso che ha portato all'approvazione dell'istituto in questione e definisce l'*état d'urgence* come una situazione legale destinata evidentemente ad accrescere i poteri delle autorità amministrative, ma a limitare, altresì, l'esercizio di questi poteri nei limiti stabiliti dalla legge (p. 672). Si vedano anche A. HEYMANN, *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, Paris, 1972, pp. 22 ss. e S. THENAUD, *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie coloniale à la France contemporaine : destin d'une loi*, in *Le Mouvement Social*, n. 218, 2007, pp. 63 ss.

¹⁸⁷ O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, 2016, p. 75.

¹⁸⁸ O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, cit., pp. 24 ss.

¹⁸⁹ *Décret* n.61-396 du 22 avril 1961 *relatif à l'application de l'état d'urgence dans tous les départements du territoire métropolitain* e *Décret* n.61-395 du 22 avril 1961 *portant déclaration de l'état d'urgence à compter du 23-04-1961, à zéro heure, sur le territoire de la métropole (pour douze jours)*. Per la consultazione dei testi si v. *le Journal Officiel de la République française*, 23 aprile 1961, pp. 3843 ss. e su www.legifrance.gouv.fr.

Lo stato di eccezione e le vicende giuridiche della sua disciplina, prevista dalla *loi* n. 55-385 du 3 avril 1955, mutarono sostanzialmente solo a partire dall'anno 1962, quando il territorio dell'Algeria, a seguito della guerra d'indipendenza, diventò uno Stato autonomo. Tuttavia la legge sopravvisse anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione con varie modifiche che trasformarono lo stato d'emergenza, nato per la specifica crisi algerina, in uno strumento generale per risolvere le emergenze, attraverso poteri *extra ordinem*. Potere legittimato in particolare dal *Conseil d'Etat* (Ord., 21 novembre 2005), che ha escluso l'incompatibilità di tale istituto con la successiva previsione dello stato d'assedio previsto dall'art. 36 Cost., che «*ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que le législateur, institué, dans le cadre des compétences qui lui sont constitutionnellement dévolues, un régime de pouvoirs exceptionnels distinct du précédent reposant, non comme c'est le cas pour l'état de siège sur un accroissement des pouvoirs de l'autorité militaire, mais, ainsi que le prévoit le régime de l'état d'urgence, sur une extension limitée dans le temps et dans l'espace des pouvoirs des autorités civiles, sans que leur exercice se trouve affranchi de tout contrôle*»¹⁹⁰.

In estrema sintesi, oggi la disciplina vigente autorizza il Consiglio dei Ministri a dichiarare lo stato di emergenza con decreto per dodici giorni: nei casi di gravi violazioni dell'ordine pubblico o in caso di calamità pubbliche su tutto o parte del territorio (artt. 1 e 2). L'eventuale – invero frequente – proroga è autorizzata dal legislatore (art. 3).

In generale il Governo è autorizzato ad assumere le misure necessarie, che dunque, sembrano assumere la forma degli atti oggetto della nostra indagine, perché intervengono regolando l'emergenza, senza un successivo intervento del Parlamento, che, ai sensi di legge, deve essere solo informato «*des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence*» (art. 4-1).

9.1. I casi di applicazione dell'état d'urgence

A partire dalla già ricordata crisi della Guerra di Algeria del 1955 a oggi lo stato di emergenza è stato dichiarato non molte volte, ma, va notato, quasi sempre prorogato per lunghi periodi¹⁹¹. La crisi Algerina come detto è stata inizialmente gestita con i poteri emergenziali del Governo autorizzati dalla versione originaria della legge n. 55-385, del 3 aprile 1955, che inizialmente ha previsto lo stato d'emergenza solo in alcune parti dell'Algeria, con il decreto 55-386 del 6 aprile 1955 (*application de l'état d'urgence en algerie dans les circonscriptions de Tizi-Ouzou, Batna, Tebessa*); poi esteso (con il decreto n. 55-1147 del 28 agosto 1955) a tutto il territorio algerino. Già in questa prima occasione lo stato di emergenza fu

¹⁹⁰ *Conseil d'Etat*, ORD., 21 novembre 2005, B., *requête numéro 287217*, su www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-ord-21-novembre-2005-b-requete-numero-287217-publie-au-recueil/. Pronuncia sostanzialmente confermata anche dal *Conseil constitutionnel*, *décision n. 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, su www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-constitutionnel-decision-n-85-187-dc-du-25-janvier-1985-loi-relative-a-l-etat-d-urgence-en-nouvelle-caledonie-et-dependances/.

¹⁹¹ Cfr. O. BEAUD, C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, cit., p. 51.

prorogato con la legge n. 55-1080 del 7 agosto 1955 ed esteso con la legge n. 58-487 del 17 maggio 1958 anche al territorio metropolitano (il cui materiale avvio avvenne con il decreto n. 61-395 del 22 aprile 1961).

Interessante notare come oltre ai provvedimenti adottati dal Governo in ossequio allo stato d'emergenza, contestualmente non mancò, all'apice delle crisi nel 1961, il ricorso a un'ordinanza del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 16 Cost.¹⁹².

La Francia ricorse allo stato di emergenza anche nel 1985, al fine di reprimere le sommosse nate dalla rivendicazione dell'indipendenza del *Front de Liberation Nationale Kanak Socialiste* in Nuova Caledonia. In questo caso però lo stato eccezionale fu avviato in ossequio alla legge speciale del territorio della Nuova Caledonia e dipendenze, legge n. 84-821 del 6 settembre 1984, che all'art. 119 autorizzava l'Alto Commissario ad attivarlo nei casi di necessità. Così nel 1985, alla luce delle citate sommosse, l'Alto Commissario attivò lo stato d'emergenza con il decreto 85-35 del 12 gennaio. Stato d'eccezione, anche in questo caso, successivamente prorogato, ma con apposta legge (n. 85-96 del 25 gennaio 1985).

La legge n. 55-385, invece, nata in occasione della crisi algerina, fu nuovamente utilizzata nel 2005 al fine di dichiarare lo stato d'emergenza in una crisi tutta interna alla Francia, derivante dalle rivolte nelle *banlieue* delle principali città francesi, inclusa la città di Parigi. A seguito dei numerosi scontri e degli atti di violenza che avevano colpito non solo le forze dell'ordine, ma la più generale sicurezza pubblica delle città coinvolte, il Governo attivò lo stato di emergenza con il decreto n. 2005-1386 dell'8 novembre 2005, in attuazione della legge n. 55-385 del 3 aprile 1955, contestualmente con il decreto n. 2005-1387 di 8 novembre 2005, specificando i poteri emergenziali che in attuazione degli artt. 6, 8, 9 e 1 della sezione 11 della legge n. 55-385, autorizzava i Ministri responsabili ad adottare anche misure restrittive di libertà costituzionali. Come in passato, anche in questo caso, lo stato emergenziale fu prorogato con la legge n. 2005-1425 del 18 novembre 2005, per un periodo di tre mesi a partire dal 21 novembre 2005.

¹⁹² Sulla guerra d'Algeria si v. in generale A. HEYMANN, *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, cit. La guerra d'Algeria ha origine dai moti di ribellione degli anni '50 e inizia ufficialmente nell'anno 1954. I timori e la volontà di reprimere i disordini hanno condotto alla approvazione della *loi* n.56-258 del 16 marzo 1956 *programme d'expansion economique, de progres social et de reforme administrative, de retablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire*. Sulla legge e sulle conseguenze della guerra si è proposta anche l'istituzione di una vera e propria Commissione d'inchiesta, si v., sul punto, ASSEMBLEE NATIONAL, *Proposition de résolution de M. Noël MAMÈRE visant à la création d'une commission d'enquête relative au bilan et aux conséquences de la loi n. 56-258 du 16 mars 1956 autorisant le Gouvernement à disposer des pouvoirs spéciaux en vue du rétablissement de l'ordre et de la sauvegarde du territoire en Algérie, n. 3327, déposée le 12 octobre 2001*, n. 3327, su www.assemblee-nationale.fr. L'art. 5 della legge consentiva al Governo l'esercizio dei più ampi poteri, al fine di ristabilire l'ordine pubblico. Così recitava l'articolo: «Le gouvernement disposera en Algérie des pouvoirs les plus étendus pour prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire. Lorsque les mesures prises en vertu de l'alinéa précédent auront pour effet de modifier la législation elles seront arrêtées par décret pris en conseil des ministres».

9.2. Lo stato d'emergenza in risposta agli attacchi terroristici

Una particolare attenzione la merita però l'ultimo stato emergenziale attivato a partire dal 2015, ai sensi della legge n. 55-385, a seguito di una serie di violenti attacchi terroristici che hanno colpito la città di Parigi nella notte del 13 novembre¹⁹³. Lo stato d'eccezione, nell'immediato, in risposta alla crisi, è stato dichiarato dal Governo con decreto n. 2015-1475 del 14 novembre 2015¹⁹⁴. A tale atto hanno fatto seguito una serie di altri due decreti, volti a specificare e meglio regolare l'emergenza: il *décret* n. 2015-1476 del 14 novembre 2015 *portant application de la loi n. 55-385 du 3 avril 1955* che prevede l'applicazione degli artt. 6, 8, 9 e 11, c. 1 della legge n. 55-385 du 3 avril 1955 al territorio dell'*Ile de France*; e il *décret* n. 2015-1478 del 14 novembre 2015 *modifiant le décret n. 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n. 55-385 du 3 avril 1955* che modifica sostanzialmente il decreto precedente, stabilendo l'applicazione degli artt. 5, 6, 8, 9, 10, 11 c. 1 della *loi n. 55-385 du 3 avril 1955* applicabili a tutto il territorio francese e della Corsica¹⁹⁵.

Lo stato d'emergenza permette ai prefetti di interdire la circolazione delle persone e dei veicoli in luoghi o orari fissati; prevede, altresì, la possibilità di istituire delle zone di protezione e d'interdire il soggiorno in una parte o nella totalità del territorio di un dipartimento per quelle persone che cercano di ostacolare l'attività dei pubblici poteri¹⁹⁶. Allo stesso modo, il Ministro dell'interno può dichiarare gli arresti domiciliari; con decreto del Consiglio dei Ministri possono sciogliersi associazioni ovvero gruppi di fatto che hanno partecipato alla commissione di atti che hanno comportato un grave attentato all'ordine pubblico. Lo scioglimento può essere disposto anche nel caso in cui l'associazione abbia limitato la propria attività all'aiuto ovvero all'incitazione¹⁹⁷. Il Ministro dell'interno può inoltre adottare delle misure volte alla chiusura temporanea di teatri, taverne, ovvero qualsiasi luogo di riunione, in particolare – così specifica chiaramente la norma – luoghi di culto¹⁹⁸. Il prefetto, può inoltre, autorizzare, con decisione motivata, l'autorità di pubblica sicurezza¹⁹⁹ a dei controlli sulla identità delle

¹⁹³ Rispetto a tale caso è bene notare che, al contrario del passato, per la prima volta lo stato d'emergenza non è utilizzato per contrastare una sommossa o una guerra civile, ma per un attacco terroristico, che probabilmente avrebbe potuto legittimare anche il ricorso ad altri istituti emergenziali come lo stato di assedio ai sensi dell'art. 36 Cost: lo mette in evidenza P. COSSALTER, *Légalité de crise et état d'urgence*, cit. Per i precedenti v. P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, pp. 166 ss.

¹⁹⁴ Invero come si vedrà la risposta agli attentati del novembre 2015 è intervenuta prima con decreto e poi con legge, modificando la disciplina relativa allo stato d'emergenza. Specificamente, la dottrina ha parlato di una modernizzazione della legislazione relativa allo stato d'emergenza, così O. BEAUD, C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, cit., p. 117, primo par. Critici sul punto sono W. MASTOR, F. SAINT-BONNET, *De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste*, in *Pouvoirs*, n. 158, 2016, pp. 51 ss.

¹⁹⁵ Art. 1 del *décret* n. 2015-1478 del 14 novembre 2015 *modifiant le décret n. 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n. 55-385 du 3 avril 1955*: «Art. 1.-Outre les mesures prévues aux articles 5,9 et 10 de la loi du 3 avril 1955 susvisée, sont applicables à l'ensemble du territoire métropolitain et de la Corse les mesures mentionnées aux articles 6,8 et au 1° de l'article 11».

¹⁹⁶ Art. 5 della loi n. 55-385 del 3 aprile 1955 *relative à l'état d'urgence*.

¹⁹⁷ Art. 6-1 della loi n. 55-385 del 3 aprile 1955 *relative à l'état d'urgence*. Si v. anche Cfr. O. BEAUD, C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, cit., pp. 125 ss.

¹⁹⁸ Art. 1, c. 1 della loi n. 55-385 del 3 aprile 1955 *relative à l'état d'urgence*.

¹⁹⁹ Limitatamente a quanto previsto dai cc. 2 e 4 dell'art. 16 del codice di procedura penale francese.

persone. Le stesse autorità precedentemente indicate possono procedere anche al sequestro di armi e di munizioni detenute o acquistate legalmente.

La dimensione dello stato di emergenza è tale da comprendere anche le perquisizioni in tutti i luoghi, ivi compreso il domicilio. Le novità introdotte dalla legge che modifica la disciplina dello stato d'emergenza riguardano in generale anche l'apporto della tecnologia in relazione al controllo delle comunicazioni. Proprio l'art. 4 alinea 7 della legge del 20 novembre 2015 che modifica la legge del 3 aprile 1955 inserendo un articolo (art. 11-II) prevede che «*le ministre de l'intérieur peut prendre toute mesure pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie*». Lo stesso deve dirsi in relazione alla possibilità, per il Ministro dell'interno, di pronunciare la c.d. *assignation à résidence* in un luogo prestabilito. La dimensione della gestione amministrativa di questa misura ha sollevato molto dubbi in dottrina poiché lascia un margine esternamente ampio alla discrezionalità della pubblica amministrazione²⁰⁰. Inoltre, la dimensione delle sanzioni arriva a ricomprendere la possibilità di assegnare il bracciale elettronico al soggetto sottoposto alla misura²⁰¹.

Sulla riforma della disciplina relativa allo stato d'emergenza è intervenuto il *Conseil constitutionnel*, in particolare con la *décision* n. 2016-567/568 QPC del 23 settembre 2016, a seguito della decisione di rinvio dalla Corte di cassazione francese (*chambre criminelle, arrêts* nn. 3780 e 3781 del 21 giugno 2016) e avente a oggetto la legittimità delle cc.dd. perquisizioni amministrative in regime di emergenza ex art. 11 c. 1 della *loi* n. 55-385 del 3 aprile 1955. La maggior parte delle decisioni del *Conseil constitutionnel* hanno riguardato rinvii del Consiglio di stato. Così per esempio deve dirsi per la *décision* n. 2016-535 QPC del 19 febbraio 2016, frutto di un rinvio del Consiglio di Stato disposto con la *décision* n. 395091 del gennaio 2016²⁰². Lo stesso deve dirsi per la *décision* n. 2016-600 QPC del 2 dicembre 2016²⁰³, risultato del rinvio del *Conseil d'État*, con decisione n. 402941 e con la *décision* n. 2017-624 QPC del 16 marzo 2017²⁰⁴, risultato, anche questa, di un rinvio del *Conseil d'État*, con *décision* n. 406614 del 16 gennaio 2017.

²⁰⁰ In dottrina si è scritto che la descrizione normativa della legge, lascia uno spazio effettivamente considerevole. Basti pensare alla nozione di comportamento che costituisce una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico. In aggiunta, la categoria del comportamento sopra enunciata è preceduta da un'altrettanta discrezionale indicazione: l'apprezzamento circa l'esistenza di ragioni serie. Sul punto si rinvia sempre a O. BEAUD, C. GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, cit., p. 123. La discrezionalità non si limita alla sola individuazione della pericolosità del soggetto, ma comprende, altresì, tutta la successiva procedura di assegnazione della nuovo luogo di residenza.

²⁰¹ Si v. l'art. 4 della *loi* n. 2015-1501 del 20 novembre 2015 *prorogant l'application de la loi* n. 55-385 del 3 aprile 1955 *relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions*.

²⁰² Si v. sul sito ufficiale del *Conseil constitutionnel*, www.conseil-constitutionnel.fr e CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Commentaire, Décision n. 2016-535 QPC du 18 février 2016, Ligue des droits de l'homme, (Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence)*.

²⁰³ Si v. sul sito ufficiale del *Conseil constitutionnel*, www.conseil-constitutionnel.fr e CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Commentaire, Décision n. 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, (Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II)*.

²⁰⁴ Si v. sul sito ufficiale del *Conseil constitutionnel*, www.conseil-constitutionnel.fr e CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Commentaire Décision n. 2017-624 QPC du 16 mars 2017 M. Sofiyan I. (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II)*.

Ben più elevata – in relazione alla dimensione – è la giurisprudenza amministrativa relativa alle diverse misure adottate in forza dell'*état d'urgence*. Non potendo in questa sede analizzare tutta questa giurisprudenza – spesso di giustificazione delle misure emergenziali – si segnalano come, in uno studio risalente all'anno 2016²⁰⁵, il *Conseil d'État* abbia rilevato 216 *ordonnances* dei tribunali amministrativi riferite alle misure dello stato d'emergenza²⁰⁶. Per quel che concerne il contenzioso di fronte al Consiglio di Stato, le *ordonnances* sono state 44, di cui solo 7 sono stati i casi di sospensione parziale o totale della misura adottata²⁰⁷. Si aggiungono a queste ordinanze, le decisioni di merito del Consiglio di Stato di cui 49 decisioni di annullamento parziale o totale.

Al di là del particolare contenuto delle ordinanze, altro dato che impressiona, ma che comunque appare in linea di continuità con la prassi applicativa dell'istituto, è la lunga proroga, per cui se l'art. 1 del decreto aveva dichiarato lo stato di emergenza per dodici giorni, a partire dal 14 novembre 2015, sul territorio del continente e la Corsica, successivamente, allo scadere del termine, la legge n. 2015-1501 del 20 novembre 2015, ha esteso tale stato d'eccezione per un lungo periodo: «dal 22 dicembre 2016 e fino al 15 Luglio 2017». Tale lunga proroga che molto ha fatto discutere, mantiene la vigenza di tutti i poteri di eccezione previsti dalla legge n. 55-385 nonché dello stesso decreto n. 2015-1475 che individua nel Primo Ministro, e nei Ministri della Giustizia e degli Interni la responsabilità e la competenza nell'attuazione e adozione delle misure *extra ordinem*.

È questo forse l'esempio più evidente di un ricorso all'istituto, se non anomalo, probabilmente improprio, di un'emergenza normalizzata, che può rappresentare una distorsione. Anche se è bene notare che la scelta è stata comunque specificamente assunta dal legislatore, nonostante, forse, un'unica proroga per più di due anni sembrerebbe contrastare con la naturale temporaneità delle misure emergenziali, che dovrebbero essere connesse e utilizzate per il tempo strettamente necessario all'emergenza. Forse, un sintomo dell'insufficienza della misura è confermato dai successivi eventi terroristici che, nonostante la vigenza delle misure di emergenza, non sono stati contrastati in via preventiva.

10. I poteri d'urgenza del Sindaco in Francia

Infine è necessario menzionare i poteri d'urgenza del Sindaco. Nell'ordinamento giuridico francese i *maires*, i cc.dd. sindaci, possono adottare degli *arrêtés*: tali atti coincidono, in buona sostanza, con le ordinanze dei sindaci del sistema giuridico italiano. La disciplina degli *arrêtés* è contenuta nel *Code général des collectivités territoriales*²⁰⁸, nella sezione de-

²⁰⁵ Lo studio, CONSEIL D'ÉTAT, *Mesures prises au titre de l'état d'urgence*, del 19 luglio 2016, è consultabile sul sito ufficiale del Consiglio di Stato francese, su www.conseil-etat.fr.

²⁰⁶ Per misure relative allo stato d'emergenza si deve far riferimento per esempio alle *assignments à résidence*, alle *perquisitions administratives* e alle *fermetures administratives de lieu de réunion et de culte*.

²⁰⁷ Per una consultazione completa si v. www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Mesures-prises-au-titre-de-l-etat-d-urgence3.

²⁰⁸ La disciplina è contenuta nel capitolo II «Le maire et les adjoints», nella sezione 3, sotto-sezione 3: *Attributions exercées au nom de l'Etat*, (Articles L2122-27 à L2122-34), su www.legifrance.gouv.fr.

dicata alle attribuzioni esercitate in qualità di rappresentante dello Stato. In questi termini, il comma 2 dell'art. L2122-27, affida al Sindaco la possibilità di adottare delle misure volte a garantire la sicurezza generale²⁰⁹. Tra le misure che il Sindaco può adottare si annoverano le ordinanze, attraverso le quali è possibile dettare la disciplina delle materie che la legge affida all'autorità locale²¹⁰. Sempre con ordinanza il Sindaco può richiamare la collettività ad osservare leggi e regolamenti²¹¹. Non deve trascurarsi che il Sindaco, nell'ordinamento giuridico francese, e conformemente all'art. 16 del codice di procedura penale francese, riveste il ruolo di ufficiale di polizia giudiziaria²¹². Le ordinanze dei Sindaci francesi sono di due tipi: si parla, in dottrina, di ordinanze regolamentari e di ordinanze non regolamentari²¹³. Si definiscono ordinanze regolamentari le decisioni generali e impersonali adottate dal Sindaco. Si definiscono, invece, ordinanze non regolamentari le decisioni individuali ovvero collettive riguardanti un soggetto o diversi soggetti, esplicitamente indicati²¹⁴. In generale, gli *arrêtés* non devono rispettare alcuna forma determinata, devono semplicemente essere datati e firmati. Tuttavia, perché possano aversi ordinanze redatte in modo chiaro e preciso si richiede la presenza di tre diciture (*mentions*): i “*visas*” nei quali si indicano le disposizioni in applicazione delle quali il Sindaco adotta l'ordinanza²¹⁵; i “*considérants*”, nei quali si espongono le ragioni che giustificano l'adozione dell'ordinanza, e, infine, il “*dispositif*”, ossia il contenuto materiale dell'ordinanza, possibilmente nel primo articolo, le disposizioni complementari, e, a titolo indicativo, l'autorità incaricata di dare esecuzione all'ordinanza²¹⁶. Tra i vari ambiti in cui sono intervenute le ordinanze sindacali, in particolare, vanno ricordate per il loro rilievo quelle adottate in relazione ai fatti terroristici che continuano a colpire la Francia, nel contesto della proroga dello stato di emergenza.

11. L'emergenza nella Costituzione spagnola del 1978

La Costituzione spagnola del 1978 non menziona il termine «ordinanza» (*ordenanzas*), tuttavia, l'istituto è senz'altro presente all'interno dell'ordinamento spagnolo, mostrando molti punti di contatto con i precedenti casi qui analizzati e in particolare con quello italiano. Del resto, come già accennato, gli ordinamenti qui indagati sono tra loro tutti connessi, spe-

²⁰⁹ Art. L2122-27 del *Code général des collectivités territoriales*: «Le maire est chargé, sous l'autorité du représentant de l'Etat dans le département : [...] 2° De l'exécution des mesures de sûreté générale».

²¹⁰ Art. L2122-28 del *Code général des collectivités territoriales*.

²¹¹ Art. L2122-28 del *Code général des collectivités territoriales*.

²¹² Art. L2122-31 del *Code général des collectivités territoriales*. L'Art. 16 del codice di procedura penale indica tra gli ufficiali di polizia giudiziaria *les maires et leurs adjoints*.

²¹³ In francese: *les arrêtés réglementaires* e *les arrêtés non réglementaires*. Si v. www.collectivites-locales.gouv.fr/arretes-et-deliberations.

²¹⁴ Si v. www.collectivites-locales.gouv.fr/arretes-et-deliberations.

²¹⁵ Si v. www.collectivites-locales.gouv.fr/arretes-et-deliberations. È da precisare che l'assenza totale o parziale del richiamo alla disposizione non comporta l'annullamento dell'ordinanza.

²¹⁶ In generale, tutti gli atti adottati dal Sindaco francese devono essere motivati, in fatto e in diritto. La motivazione deve rispondere a diversi criteri. Essa deve essere scritta; precisa; contemporanea all'atto; essere adatta rispetto alle circostanze dell'atto. Per maggiori informazioni si v. www.collectivites-locales.gouv.fr/arretes-et-deliberations.

cialmente il testo costituzionale spagnolo è noto per essere frutto di istituti e formule derivanti, non solo dalle sue precedenti Costituzioni, quanto piuttosto dai precedenti testi europei, in particolare, di Francia e Italia²¹⁷.

Partendo dal dettato costituzionale, la Carta del Regno di Spagna prevede – forse in modo meno dettagliato rispetto alla Francia, ma certamente maggiore rispetto a quello italiano – un articolato sistema di risposta alle emergenze a difesa dello Stato²¹⁸. Il riferimento non è solo al noto istituto del decreto legge (art. 86 CE). Anzi, a ben vedere, il decreto legge, pur autorizzando il Governo ad adottare atti normativi nei casi straordinari e d'urgenza, invero, impone numerosi e chiari limiti alla sua attività: oltre all'espresso dovere di sottoporre immediatamente i decreti all'esame e votazione dall'Assemblea del Congresso dei Deputati, e alla loro temporanea durata di massimo trenta giorni; altresì, l'art. 86 menziona espressamente una serie di limiti, vietando che i decreti possano «modificare l'ordinamento delle istituzioni basilari dello Stato, i diritti, i doveri e le libertà dei cittadini regolati nel Titolo primo, il regime delle Comunità Autonome, né il diritto elettorale generale»²¹⁹.

Al di là del decreto legge, la Costituzione spagnola ha previsto un sistema assai complesso per gestire le emergenze e garantire la sicurezza pubblica, la quale rappresenta un valore posto espressamente tra i fini e le competenze dello Stato all'art. 149.1.29²²⁰.

La principale disposizione costituzionale è quella prevista dall'art. 116 CE, che, pur rinviando alla specifica disciplina di una legge organica, prevede e distingue tre differenti stati di emergenza (allarme, eccezione e assedio)²²¹. A questa disposizione poi si collegano e concorrono a definire tale ambito – oltre al già ricordato art. 86 – l'art. 55 CE, che nei casi di eccezione fissa i termini entro i quali sia possibile sospendere i diritti fondamentali e le libertà dei cittadini²²². Inoltre, l'art. 169 CE vieta che si possa avviare una riforma costituzionale in tempo di guerra o durante la vigenza di alcuni degli stati emergenziali. Tra le altre fattispecie bisogna ancora ricordare l'art. 117, comma 5, che rimette al legislatore la competenza nel

²¹⁷ Tra gli altri, in tema v. G. LOMBARDI, *La nuova Costituzione di Spagna*, Torino, 1979, pp. 112 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. PREDIERI (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Madrid, 1980, *passim*.

²¹⁸ Come è stato autorevolmente rilevato da E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, in E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. PREDIERI (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., pp. 121 ss., tale articolata regolamentazione dello stato di emergenza all'interno della Costituzione era finalizzata ad eliminare la precedente disciplina franchista dell'ordine pubblico e delimitare per il futuro i poteri eccezionali a garanzia dei diritti fondamentali.

²¹⁹ R.L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Torino, 2009, pp. 22 ss., ricorda come la precedente esperienza dittatoriale franchista e l'utilizzo distorto dei decreti, avesse spinto il costituente spagnolo, seppur a non far a meno dell'istituto, comunque a limitarlo fortemente, soprattutto al fine di scongiurare la violazione dei diritti fondamentali.

²²⁰ In tema più ampiamente J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Las transformaciones del Estado: del Estado protector al Estado de seguridad*, in ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ (a cura di), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, Logroño, 2006, pp. 55 ss.

²²¹ Anche se, per P. CRUZ VILLALÓN, *La protección extraordinaria del Estado*, in E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. PREDIERI (a cura di), *La Constitución spagnola del 1978*, cit., pp. 661 ss., tali disposizioni non sono state previste tra loro in forma sistematica al fine di definire una protezione straordinaria dello stato. In tema dello stesso A. v. anche *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984.

²²² Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales*, in *Revista de estudios políticos, Nueva época*, 1983, n. 35, pp.123 ss.; J.M. SERRANO ALBERCA, *Artículo 55*, in F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid, 2001 pp. 999 ss.

definire la giurisdizione militare durante i soli stati di assedio; nonché l'art. 117, comma 6, che in ogni caso vieta la Costituzione di tribunali eccezionali. Infine, non secondariamente, sempre al fine di garantire la sicurezza, intervenendo in casi di emergenza, va segnalata la fattispecie all'art. 155 CE, che consente al Governo di adottare le misure necessarie nel caso in cui una Comunità autonoma non adempia agli obblighi «imposti dalla Costituzione o dalle altre leggi, o si comporti in modo da attentare gravemente agli interessi generali della Spagna»²²³.

Tra queste disposizioni merita una particolare menzione, l'art. 55 CE. È stata questa, infatti, (e non quella all'art. 116) la principale disposizione, in attuazione della quale, con varie leggi speciali si è risposto all'emergenza terroristica interna di matrice separatista avanzata dall'organizzazione criminale *Euskadi Ta Askatasuna* meglio nota come ETA. Tuttavia, i poteri di intervento del Governo furono sin dall'inizio fortemente ristretti da parte della Corte costituzionale che ne richiese la sottomissione a un serrato controllo da parte del Parlamento²²⁴. Così, in particolare, *Ley Orgánica* 9/1984²²⁵, 26 dicembre, *contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas*, all'art. 18.2 prevedeva che il Governo avrebbe comunicato «al menos cada tres meses» alla Camera l'uso «que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas adoptadas». L'incostituzionalità di tale disposizione, dichiarata dal Tribunale costituzionale, sentenza 16 dicembre 1987, n. 199, ha riportato i provvedimenti limitativi dei diritti attuati dalla legge, pur se con l'intervento dell'esecutivo, comunque sotto il controllo parlamentare²²⁶.

Dunque, ai fini della presente indagine, la disposizione costituzionale di maggiore interesse è quella dell'art. 116 che prevede i tre stati di emergenza, conferendo al Governo i poteri necessari.

La Costituzione spagnola configura lo stato di allarme come una fattispecie posta al fine di fronteggiare emergenze di carattere assai generale, ad esempio dovute a fenomeni naturali, che la citata disposizione certo non definisce in modo chiaro e netto, ma che tuttavia possono essere ricostruite in negativo dalla lettura delle altre due ipotesi emergenziali previste dall'art. 116, pertanto, in tal senso potendo così includere – all'interno dello stato di allarme – tutte le emergenze che non hanno un carattere politico, o militare, o per meglio dire – come è stato chiarito – tutte quelle ipotesi «politicamente neutrali»²²⁷. Secondo la disciplina

²²³ È questa una fattispecie che in dottrina è stata intesa e qualificata più come un potere sostitutivo che di vera e propria emergenza: sul punto volendo E.C. RAFFIOTTA, *Gli interventi sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, cit., p. 144.

²²⁴ E. VÍRGALA FORURIA, *La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español*, in *Revista española de derecho constitucional*, 1994, n. 40, pp. 61 ss.

²²⁵ Invero, l'attuazione dell'art. 55, anche a causa della particolare fase politica del tempo è avvenuta a seguito di una «legislazione antiterrorismo» frammentaria, avviata con la legge 56/1978 del 4 dicembre, sui reati commessi da gruppi organizzati armati; e con le leggi organiche 11/1980, di specifica attuazione dell'art. 55.2, e 2/1981 per la «difesa della democrazia», poi confluite nella legge organica 9/1984 del 26 dicembre, contro le attività delle bande armate e gruppi terroristici, per una ricostruzione P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?*, in *Revista de derecho político*, 2001, n. 51, pp. 105 ss.

²²⁶ Come dimostra da ultimo la legge organica 1/2003, del 10 marzo, *para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales*.

²²⁷ V.P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, in *Revista*

costituzionale lo stato di allarme è dichiarato dal Governo mediante decreto adottato dal Consiglio dei Ministri, per un termine massimo di quindici giorni, riferendo alla Camera dei deputati. Da notare come la prima fase dell'intervento di emergenza sia rimessa esclusivamente al Governo, il Parlamento invece riceve solo una comunicazione ed è chiamato a intervenire unicamente nel caso sia richiesta dall'esecutivo una proroga dello stato di allarme e conseguentemente dei poteri emergenziali. In ogni caso, l'intervento e i poteri si presuppongono limitati nel tempo e nello spazio, dovendo il decreto che avvia lo stato emergenziale circoscrivere il territorio di operatività, che però, come vedremo nella prassi, può essere esteso a tutto il Paese.

Assai più incisivo è invece il controllo parlamentare negli stati di eccezione e assedio. In entrambi i casi, infatti, la dichiarazione dello stato emergenziale spetta sempre al Parlamento. Nello stato di eccezione è vero che la dichiarazione spetta al Governo mediante decreto adottato dal Consiglio dei Ministri, tuttavia tale decreto deve comunque ottenere l'autorizzazione preventiva della Camera dei deputati. Proprio tale autorizzazione determina «espressamente gli effetti dello stesso, l'ambito territoriale cui si riferisce e la sua durata, che non potrà eccedere i trenta giorni, prorogabili per un altro periodo di uguale durata, con gli stessi requisiti». Dunque, un perimetro assai stretto e predeterminato dal Parlamento, entro il quale si muoverà l'Esecutivo nella gestione dell'emergenza. Poteri ancor più limitati, e strettamente definiti dal Parlamento, sono poi previsti dall'art. 116 CE nell'ipotesi dello stato di assedio. In questa ipotesi, infatti, non solo lo stato emergenziale dovrà essere dichiarato a maggioranza assoluta della Camera dei deputati, su proposta esclusiva del Governo, ma altresì spetterà all'organo legislativo determinare il suo ambito territoriale, la sua durata e le sue condizioni²²⁸.

Già dalla lettura del dettato costituzionale dell'art. 116, dunque, si comprende come ai fini della presente ricerca, solo il primo dei tre stati di eccezione sia di nostro interesse. È, infatti, solo nello stato di allarme – come poi dimostra anche la prassi – che è possibile individuare atti governativi liberi di regolazione dell'emergenza, previsti in generale – dalla Costituzione – per casi eccezionali, indipendentemente da fattispecie predeterminate in concreto: adottati per tempi e ambiti limitati al fatto eccezionale, ma autonomi dagli indirizzi preventivi, o da conferme successive del legislatore²²⁹.

Al contrario nei richiamati stati di eccezione e di assedio – come si comprende a conferma anche dalla lettura della summenzionata legge organica di attuazione²³⁰ – i poteri del Governo sono *ex ante* autorizzati e circoscritti, caso per caso, dal legislatore. Per tale motivo

Española de Derecho Constitucional, n. 2, 1981, pp. 93 ss.; J.M. LAFUENTE BALLE, *Los estados de alarma, excepción y sitio*, in *Revista de derecho político*, 1990, n. 31, pp. 27-67 ss.

²²⁸ Non a caso V.P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, cit., p. 103, parlasse di «*protagonismo parlamentario*».

²²⁹ Cfr. V.P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit.

²³⁰ V. *ley orgánica n. 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*. In particolare per la disciplina di dettaglio dello stato di eccezione si v. il Titolo III, articoli 13-31 e per quella dello stato di assedio il Titolo IV articoli 32-36.

ci si soffermerà al solo caso dello stato di allarme e agli atti adottati dal Governo in tale caso nella – seppur limitata – prassi attuativa.

12. Gli atti del Governo negli stati di allarme ex art. 116 CE e *ley orgánica* n. 4/1981

Come è stato notato²³¹, il timore di assegnare troppi poteri al Governo, all'indomani della caduta della dittatura franchista, ha ritardato l'attuazione dell'art. 116 CE sugli stati di emergenza, che è avvenuta solo nel 1981, ovverosia dopo il fallito colpo di stato militare del 23 febbraio 1981, nel quale l'impossibilità di poter utilizzare gli efficaci strumenti previsti dalla Costituzione, spinse il legislatore ad approvare la legge organica n. 4/1981, del 1° giugno. Una normativa che da allora dovette attendere molto tempo prima di essere applicata, nel 2010.

Come detto, lo stato d'allarme, il primo degli stati emergenziali previsti dalla Costituzione spagnola per derogare all'ordinaria distribuzione dei poteri dello Stato, è avviabile dallo stesso Governo per un breve e limitato periodo temporale, legato all'emergenza, e la sua proroga è rimessa all'organo legislativo. Una volta avviato lo stato di eccezione il Governo sarà titolare di poteri che per la loro struttura e funzione, sembrano operare come le ordinanze, regolando, seppur temporaneamente l'emergenza, senza un intervento preventivo o successivo del legislatore.

Invero, quella che sembrerebbe a prima vista come una fattispecie indefinita e generica, in grado di legittimare un ruolo incisivo anche normativo del Governo, pare essere stata specificata e circoscritta dal legislatore di attuazione con la legge organica n. 4. Anzitutto la legge di attuazione, già dalle disposizioni comuni a tutti gli stati di emergenza, prevede che il loro ricorso debba essere il più limitato possibile, come misura «estrema», quando, cioè, concorrano circostanze straordinarie che rendano impossibile il mantenimento della normalità attraverso l'esercizio dei poteri ordinari (art. 1). La medesima disposizione inoltre specifica che – nel caso i fatti impongano il ricorso all'attivazione di poteri ex art. 116 – l'adozione delle misure debba essere proporzionato per il tempo strettamente necessario; del resto, come specificato, superato lo stato emergenziale, tutte le misure adottate perderanno vigenza, «*salvo las que consistiesen en sanciones firmes*» (art. 1). In ogni caso è ribadita l'impugnabilità degli atti e delle misure assunte (art. 2).

Già da queste prime disposizioni fissate dalla legge organica n. 4, si può comprendere il chiaro intento del legislatore di considerare gli stati emergenziali come una *extrema ratio* da utilizzare in deroga all'ordinaria distribuzione dei poteri quando non vi sia altra alternativa. Va tra l'altro ricordato, quale dato assai significativo, come tale procedura sia stata avviata, limitatamente alla forma dello stato di allarme, solo una volta e dopo molti anni dalla sua attuazione, nel 2010, come vedremo nel dettaglio successivamente.

Come detto, lo stato di allarme è il primo livello, il cui esercizio è rimesso alla decisione del solo Governo, che ovviamente ne assume la responsabilità giuridica e politica.

²³¹ V.P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984.

L'ampia e generica fattispecie descritta dall'art. 116 CE è in parte meglio definita rispetto ai confini già ricordati dai primi articoli. In tal senso l'art. 4 elenca le ipotesi in cui poter avviare lo stato di allarme, che sono: a) catastrofi, calamità o disgrazie pubbliche, quali terremoti, inondazioni, incendi urbani o boschivi, o incidenti di grande magnitudo; b) crisi sanitarie, quali epidemie e situazioni di grave contaminazione; c) paralisi dei servizi pubblici essenziali per la comunità, a seguito di particolari scioperi o vertenze collettive; d) situazioni di carenza di prodotti di prima necessità. Chiaro le fattispecie non sono poche e restano assai indeterminate, tuttavia, rappresentano comunque, rispetto al dettato costituzionale, una definizione dell'abito di attuazione dei poteri emergenziali. La legge definisce anche il contenuto del decreto di dichiarazione dello stato di allarme che deve indicare l'ambito territoriale, la durata (massimo 15 giorni) e gli effetti dello stato di allarme (art. 6, comma 2), eventualmente anche coinvolgendo le Comunità autonome. Tra l'altro, le stesse Comunità possono altresì richiedere l'attivazione dei poteri emergenziali nonché subire temporanee deroghe alle loro competenze (art. 7).

I poteri normativi del Governo sono espressamente previsti dall'art. 8 c. 2, nella quale disposizione vengono qualificati come «*decretos*», dei quali l'Esecutivo dovrà comunicare alla Camera dei Deputati, durante la vigenza del periodo di allarme. La legge tuttavia non prevede poteri di revoca in capo alla Camera nei confronti dei singoli decreti. La legge neppure specifica la portata normativa di tali decreti, se hanno forza di legge, in grado di derogare alla legge, ma tale forza pare essere implicita, non solo nella ratio più generale dell'art. 116, bensì soprattutto dall'esplicita formulazione della sua legge di attuazione, che espressamente consente la – seppur, si ricordi sempre, temporanea e circoscritta – limitazione di diritti costituzionali. È questa una conseguenza delle previsioni agli articoli 11 e 12 della legge n. 4, che prevedono la possibilità per i decreti del governo di derogare ad una serie di diritti individuati, tra i quali, anzitutto, la libertà di circolazione, o soggiorno, di persone o veicoli, non in generale, ma in ore e luoghi determinati, nonché a sulla base di condizionare ben definite, ma sempre di diritti costituzionali si tratta. Tra le altre libertà, la legge prevede la possibilità del Governo di limitare anche le libertà economiche, consentendo la requisizione temporanea di beni o merci personali, o altresì acquisire temporaneamente industrie, attività produttive o locali di qualsiasi tipo, ad eccezione di case private.

È evidente che si tratta di limitazioni tutte strettamente connesse alla risoluzione dell'emergenza e per questo circoscritte nel tempo, nello spazio, o meglio, direttamente rivolte al caso concreto dell'emergenza, tuttavia, per il momento, al di là dei giudizi, la legge lascia abbastanza libero il Governo nel definire le discipline del caso.

Invero, per meglio comprendere la fattispecie, è bene di seguito analizzare la prassi applicativa.

12.1. Lo estado de alarma nella prassi: la «crisis aérea» del 2010

Nonostante la legge di attuazione dell'art. 116 CE sia stata approvata nel 1981 e la sua disciplina, come è emerso, si sia caratterizzata per la previsione di procedure e limiti an-

che a garanzia della legalità, in concreto, essa è stata applicata solo una volta. E questo appare già un dato da registrare.

Il fatto che portò alla dichiarazione dello stato di allarme derivò dalle tensioni tra il Governo e i controllori della viabilità aerea, iniziate nel febbraio 2010, per la riforma del contratto collettivo di categoria e la conseguente definizione della durata della giornata lavorativa nonché della retribuzione. Sul finire dell'anno tali tensioni arrivarono al vertice, con continui scioperi dei controllori di volo, sino alla giornata del 3 dicembre, quando, dopo l'approvazione del *Real Decreto-ley* 13/2010, del 3 dicembre²³², che ad avviso dei controllori di volo non assecondava le loro richieste sindacali, portando così la categoria ad assumere la decisione di astenersi dalle funzioni, determinando la sostanziale paralisi dell'intero trasporto aereo, con danni non solo a un servizio pubblico essenziale, necessario per la libera circolazione, ma anche per l'economia del Paese²³³. Tale situazione, considerata inaccettabile e insostenibile, portò il Governo spagnolo, presieduto dal socialista José Luis Rodríguez Zapatero, ad attivare il giorno seguente lo stato di allarme, attraverso il *Real Decreto* 1673/2010, del 4 dicembre, (*por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo*) immediatamente pubblicato sulla Gazzetta ufficiale spagnola²³⁴. Il decreto viene adottato in ossequio alla *Ley organica* n. 4/1981, la quale espressamente, all'art. 4, menziona tra le varie cause che legittimano lo stato di allarme la «*paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad*». Comunicato al *Congreso de los Diputados*, non immediatamente, bensì solo qualche giorno dopo, il 9 dicembre, quando il Primo ministro si presentò al Congresso per spiegare le misure assunte.

Al di là dei fatti, ciò che più interessa ai nostri fini è il contenuto del decreto. Il decreto infatti allo stesso tempo dichiara lo stato di allarme e affida, in ossequio alla Costituzione, i poteri necessari per risolvere l'emergenza. Tali poteri hanno regolato i fatti legati all'emergenza spesso insistendo su diritti costituzionali. In particolare, l'art. 3 del decreto qualifica i controllori di volo come personale militare che dovrà essere sempre disponibile e subordinato alle indicazioni dell'autorità di governo, così determinando la responsabilità penale e disciplinare militare per le eventuali violazioni od omissioni. Un intervento dunque estremamente incisivo che ha limitato fortemente le libertà sindacali dei controllori di volo, giustificato appunto dall'emergenza.

Il decreto, ai sensi dell'art. 116 CE, fissa la durata dello stato di emergenza in quindici giorni, tuttavia, il rischio di una nuova crisi, in coincidenza con il particolare periodo delle festività natalizie, ha portato il Governo ad estendere di altri quindici giorni lo stato di allarme, chiedendo come previsto dalla Costituzione l'approvazione delle Congresso²³⁵, concessa

²³² «BOE» n. 293, del 3 dicembre 2010.

²³³ Vennero annullati oltre 4.300 voli, con 650.000 passeggeri interessati e una perdita economica di milioni di dollari difficilmente può essere calcolato in pieno, cfr. *Un decreto sin precedentes en toda la democracia*, *El País*, 5 dicembre 2010.

²³⁴ «BOE» n. 295, del 4 dicembre de 2010, pp. 101222-101223.

²³⁵ *Resolución* 16 dicembre de 2010, del *Congreso de los Diputados*, *por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto* 1673/2010, 4 dicembre. «BOE» núm. 307, 18 dicembre de 2010, pp. 104324-104324.

con la *Resolución* del 16 dicembre 2010, pertanto, estendendo lo stato di allarme, nonché la vigenza dei provvedimenti governativi, sino alla mezzanotte del 15 gennaio 2011, dal quale momento la situazione generale tornò alla normalità.

13. La normazione dell'emergenza attraverso i *reglamentos de necesidad*

Descritta l'importante disciplina costituzionale e la sua normativa di attuazione, pare proficuo a questo punto passare ad analizzare la normativa ordinaria, perché è qui, similmente all'ordinamento italiano e francese, che è possibile rinvenire le fattispecie più rilevanti e frequentemente applicate per fronteggiare le emergenze attraverso atti configurabili come ordinanze.

In generale le ordinanze d'emergenza sembrano – pur con le dovute differenze – corrispondere all'eterogenea e ampia categoria dei c.d. «*reglamentos de necesidad*», previsti da varie legislazioni di settore e adottati dal Governo o dalle amministrazioni locali, comunque, per rispondere e regolare temporaneamente un'emergenza²³⁶. Una categoria invero che molto ha fatto discutere all'interno del più ampio dibattito sui limiti della potestà normativa dei regolamenti, come noto, su tutti, sostenuta in Spagna da Eduardo Garcia de Enterría, il quale pur ammettendo che in casi di necessità «*que justifica suspender momentáneamente la legalidad ordinaria (salus publica suprema lex esto, silent leges inter arma), y que, por tanto, enuncian los poderes públicos más extensos, no llegan a ser poderes ilimitados, en cuanto que están ordenados a un fin específico, como rezan las normas que lo atribuyen no a cualesquiera fines, lo que les hace a la vez controlables por el principio de la proporcionalidad o adecuación*»²³⁷. Dunque anche Garcia de Enterría, sostenitore di una stretta applicazione del principio di legalità²³⁸, ammette eccezioni derivanti dal principio «*salus publica suprema lex esto*», tuttavia, nel caso dell'ordinamento spagnolo, laddove tali poteri emergenziali siano previsti dalla legge, come nel caso delle legge n. 4 attuativa dell'art. 116 CE, la disciplina normativa primaria deve essere rispettata con la massima attenzione, determinando in caso di abusi la responsabilità personale di chi viola tali disposizioni²³⁹.

Salvo tornare su tali censure, è bene notare, analogamente a quanto accade in Italia, che, seppur discussa, la categoria è ancora oggi vigente e pienamente operante nei più svariati ambiti dell'ordinamento.

²³⁶ Così L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, Valencia, 2012, p. 143, definisce tali regolamenti come «bajo esta denominación se suele incluir todo un conjunto heterogéneo de medidas adoptadas por el poder ejecutivo bajo el común denominador de su justificación en una situación coyuntural de anormalidad o excepcionalidad, legítimamente de la concentración del poder en la autoridad ejecutiva con suspensión del principio de jerarquía normativa». In tema v. anche S. MUÑOZ MACHADO, *El Reglamento*, in *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Madrid, 2015, vol. 7, pp. 93 ss. e 184 ss.; J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho administrativo, parte general*, 2013, Barcelona, p. 128.

²³⁷ E. GARCIA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho administrativo*, Pamplona, 2013 p. 441.

²³⁸ In particolare esposte nella celebre opera E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979, pp. 31 ss.

²³⁹ Per approfondimenti E. GARCIA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1998, pp. 245 ss.

Anzitutto non pare un caso che la dottrina includa – indipendentemente dal nome – come «*reglamentos de necesidad*» anche i già analizzati decreti che il Governo può adottare, in casi di emergenza, in applicazione della legge di attuazione dell'art. 116 CE (*ley orgánica* n. 4/1981, sugli stati di allarme, eccezione e assedio)²⁴⁰.

Oltre a tale importante riscontro, i regolamenti di necessità sono previsti da altre importanti leggi speciali finalizzate a rispondere a emergenze. Tra queste, in primo luogo, la normativa emergenziale per antonomasia, la legge istitutiva del Sistema nazionale della protezione civile, la *ley* 17/2015, 9 luglio, *Sistema Nacional de Protección Civil* che assegna al Governo (art. 33), al Ministro dell'Interno (art. 34), e al Commissario delegato dal Governo (art. 36), la potestà di assumere le misure necessarie per dare attuazione alla legge sulla protezione civile e rispondere all'emergenza in coordinamento con le Comunità autonome (artt. 39-40).

Altra fattispecie rilevante è quella prevista dalla legge per la protezione e la sicurezza della cittadinanza (*ley orgánica* 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana*). In particolare²⁴¹ l'art. 21, rubricato «*medidas de seguridad extraordinarias*», attribuisce in generale alle «*autoridades competentes*» il potere di adottare «*medidas de seguridad extraordinarias*» circoscritte dalla legge come ad esempio la chiusura dei locali, il divieto di passaggio o di stazionamento in determinate zone dello spazio pubblico. Atti comunque adottati per il solo «*tiempo estrictamente necesario para garantizar la seguridad ciudadana*». Misure che espressamente, ai sensi dell'art. 41 della citata legge, potranno essere attuate attraverso regolamenti.

A proposito di tale potere, va segnalato come la legge lo estenda al Sindaco (art. 32), istituzione che applica tali atti²⁴². Del resto, al di là della citata legge per la sicurezza della cittadinanza, più in generale, poteri eccezionali per risolvere l'emergenza sono attribuiti altresì a livello locale e, come in Italia e Francia, in particolare al Sindaco, dalla normativa in materia di enti locali *ley* 7/1985, del 2 aprile, *Reguladora de las Bases del Régimen Local*, che all'art. 21.1, lettera *j*, specifica che il Sindaco può assumere «*las medidas necesarias y adecuadas*» nei casi di «*catástrofe o infortunios públicos o grave riesgo de los mismos*» all'interno della propria amministrazione.

Oltre alla normativa di portata più generale, qui richiamata, poteri di regolazione dell'emergenza sono previsti anche da disposizioni di settore, come l'art. 26 della *ley* 14/1986, del 25 aprile, *General de Sanidad*, che all'art. 26 attribuisce alle autorità sanitarie il potere di assumere «*las medidas preventivas*» che ritengano necessarie «come la confisca o il blocco di prodotti, la sospensione dell'esercizio di attività, la chiusura di imprese o delle

²⁴⁰ L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, cit.

²⁴¹ V. però anche l'art. 14, che, rubricato «*órdenes y prohibiciones*», assegna all'amministrazione competente, in generale – ovviamente nel rispetto della legge e dei regolamenti – il potere di emanare ordini e divieti, disporre delle misure di polizia necessarie debitamente motivate per raggiungere «*los fines previstos en esta Ley*». Dunque misure certo stabili, non d'urgenza, ma comunque connesse ai fini per i quali si ricorre all'art. 21.

²⁴² L'art. 32, infatti, all'ultimo comma prevede che «*en los términos del artículo 41, las ordenanzas municipales podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley*».

loro installazioni, il controllo di mezzi materiali e personali e le altre [misure che] si considerino giustificate da un punto di vista sanitario» «nel caso in cui esista o si sospetti ragionevolmente l'esistenza di un rischio imminente e straordinario per la salute»; tali misure devono essere necessariamente temporanee, legate alla situazione straordinaria.

Altra fattispecie è rinvenibile nell'art. 58 del *Real Decreto Legislativo* 1/2001, del 20 luglio, *texto refundido de la Ley de Aguas*. Tale articolo, rubricato *situaciones excepcionales*, autorizza il Governo, mediante decreto adottato in Consiglio di Ministri, sentito l'organismo responsabile del bacino, ad adottare «*las medidas que sean precisas*» all'utilizzo del demanio pubblico idrico, «anche se è stato oggetto di concessione» determinando una temporanea occupazione ed espropriazione forzosa di beni necessari. Tale meccanismo può attuarsi nei casi di emergenza espressamente determinate dal legislatore: «in circostanze di siccità straordinarie, di eccessivo sfruttamento di bacini acquiferi o in simili stati di necessità, urgenza o concorso di situazioni anomale o eccezionali».

Da queste disposizioni sembrano emergere alcuni caratteri, comuni con quelle degli altri ordinamenti qui indagati. Anzitutto, la fattispecie aperta che autorizza l'amministrazione ad adottare le misure necessarie senza circoscriverne a priori il contenuto e spesso, senza specificare il tipo di atto che poi si traduce nella passi in un regolamento, in una ordinanza o in un decreto, nonché – il dato forse più rilevante – la disposizione autorizza espressamente a incidere e limitare diritti costituzionali in nome dell'emergenza: dalla libertà di movimento e soggiorno, sino a libertà economiche come quella d'impresa o la proprietà.

Ciò detto, al fine di ottenere una descrizione più completa, pare necessario approfondire le normative più rilevanti dell'ordinamento spagnolo.

14. La normativa in materia di protezione civile

In Spagna il sistema della protezione civile in risposta alle emergenze risale al Decreto 827/1960 del 4 maggio, istitutivo della «*Dirección General de Protección Civil*»²⁴³ presso la Presidenza del Governo, la quale già allora era titolare di una serie di competenze e funzioni tra le quali «*organizar, reglamentar y coordinar, con carácter nacional, la protección de la población y de los recursos y riquezas de todo orden en los casos de guerra o calamidad pública, con el fin de evitar o reducir los riesgos de las personas y de los bienes*» (art. 1), assegnando specifici poteri di intervento per fronteggiare l'emergenza, una normativa che rappresenterà in parte un modello di partenza per la legislazione successiva all'avvento dell'ordinamento costituzionale²⁴⁴.

La Costituzione del 1978 non menziona il sistema della protezione civile, anche se un espresso riferimento pare derivare dall'art. 30.4 CE che assegna alla legge il potere di rego-

²⁴³ Al quale seguì ad integrazione il Decreto 398/1968, 29 febbraio, *sobre estructura y competencia de la Subdirección General de Protección Civil*.

²⁴⁴ A. MENÉNDEZ REXACH, *Introducción. Las raíces del concepto de protección civil*, in A. MENÉNDEZ REXACH, A. de MARCOS FERNÁNDEZ (coord.) *Protección civil y emergencias, régimen jurídico*, Madrid, 2011, pp. 17 ss.

lare «i doveri dei cittadini nei casi di grave pericolo, catastrofe o calamità pubblica». In ossequio a tale disposizione costituzionale, il legislatore ha da sempre regolato tale materia a partire dalla legge 2/1985, del 21 gennaio, «*sobre protección civil*», adottata al fine di contrastare e prevenire «*las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública y a la protección y socorro de personas y bienes*». Anche tale disciplina, poi riformata, prevedeva poteri anche normativi del Governo e dell'amministrazione per gestire le emergenze (in particolare art. 8). Non sfugge come tale normativa sembri fortemente richiamare non solo il dettato dell'art. 116 CE e, in particolare, l'analizzata fattispecie dello «stato di allarme», quanto piuttosto l'oggetto della normativa di attuazione prevista dalla summenzionata legge organica n. 4/1981. Invero, come è stato ampiamente analizzato in dottrina le due discipline si sovrappongono, rappresentando strumenti differenti per fronteggiare emergenze di grado differente, ricorrendo così allo stato di eccezione ex art. 116 CE solo nei casi più gravi, laddove la normativa, seppure incisiva ed eterogenea della protezione civile, non sia sufficiente²⁴⁵.

In ogni caso, oggi come ieri, il sistema spagnolo di protezione civile, pur coinvolgendo tutti i livelli territoriali, spesso intercettando le competenze delle Comunità autonome, resta una materia che proprio per l'importanza della sicurezza pubblica, giustifica un accentramento di funzioni di coordinamento e direzione in capo allo Stato centrale e in particolare al suo Governo²⁴⁶. Tale principio, di particolare interesse anche ai nostri fini, venne affermato dal Tribunale costituzionale spagnolo nella sent. 18 dicembre 1984, n. 123, che ha accolto la questione di costituzionalità sollevata dal Governo contro una legge in materia del Paese Basco. Concetto ribadito e rafforzato successivamente dal medesimo Tribunale nella sent. 19 luglio 1990, n. 133, per cui lo Stato deve necessariamente essere titolare della «*potestades necesarias para obtener y salvaguardar una coordinación de distintos servicios y recursos pertenecientes a múltiples sujetos, así como (si fuera necesario) para garantizar una dirección y organización unitarias*». Del resto, in linea con tale giurisprudenza, pare essere anche la recente pronuncia del Tribunale costituzionale, sent. 3 novembre 2016, n. 184²⁴⁷, sulla Ley 36/2015, 28 settembre, de Seguridad Nacional (LSN)²⁴⁸, che – ad avviso del Governo della Generalitat de Catalunya – nell'assegnare al Governo nazionale la «*Estrategia de Seguridad Nacional*» (art. 4) avrebbe violato le competenze delle Comunità autonome e in particolare di quella catalana. Tuttavia la Corte con argomentazioni che sembrano analoghe a quelle già ricordate in tema di protezione civile, mantiene la validità della legge 36/2015.

Non potendo in questa sede soffermarsi sull'evoluzione del *Sistema Nacional de Protección Civil*, pare necessario a questo punto analizzare l'attuale normativa prevista dalla *ley*

²⁴⁵ A. MENÉNDEZ REXACH, *Resultados y reflexiones ante la proyectada reforma de la legislación estatal* in A. MENÉNDEZ REXACH, A. de MARCOS FERNÁNDEZ (coord.) *Protección civil y emergencias, régimen jurídico*, cit., pp. 177 ss.

²⁴⁶ A. MENÉNDEZ REXACH, *Concepto de protección civil. Distribución de competencias* in A. MENÉNDEZ REXACH, A. de MARCOS FERNÁNDEZ (coord.) *Protección civil y emergencias, régimen jurídico*, cit., pp. 49 ss.

²⁴⁷ «BOE» n. 299, 12 dicembre 2016.

²⁴⁸ «BOE» n. 233, 29 settembre 2015. Critico con tale legge e con la nozione di sicurezza pubblica ivi accolta M. CASINO RUBIO, *La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de seguridad nacional. La Ley ¿de qué?*, in *Revista española de derecho administrativo*, n. 177, 2016, pp. 27 ss.

17/2015, 9 luglio²⁴⁹, che per certi aspetti in continuità con la precedente *ley 2/1985*, prevede un ruolo protagonista del Governo e dell'amministrazione nel regolare l'emergenza anche con atti che, come detto dalla dottrina, possono qualificarsi come *reglamentos de necesidad*.

La legge n. 17, in linea con le precedenti normative definisce la protezione civile come lo strumento di protezione della sicurezza pubblica «*que protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada*». La normativa è molto estesa e dettagliata, in sintesi può dirsi che la legge distingue una disciplina finalizzata alla prevenzione e alla pianificazione di eventuali crisi, che coinvolge tutti i differenti livelli di governo che fanno parte del sistema nazionale della protezione civile, e poi una seconda parte volta a prevedere i poteri del Governo e dell'amministrazione, al fine di fronteggiare le emergenze. Evidentemente è questa seconda parte quella di nostro interesse.

In particolare il *capítulo VII* rubricato *emergencias de interés nacional*, prevede particolari poteri anche normativi al Governo per quelle emergenze – appunto, dice la legge – che per la loro gravità ed estensione interessino tutto il territorio nazionale, necessitando di un coordinamento centrale. Al fine di meglio definire questo tipo di emergenze l'art. 28 richiama le ipotesi previste dalla *Ley Orgánica 4/1981*, la cui gravità dei fatti, però, non necessiti l'attivazione di uno degli stati eccezionali dell'art. 116 CE.

In tali ipotesi, in base al concreto intervento, la legge prevede poteri normativi eccezionali in capo al Governo (art. 33), la cui attuazione spetta al Ministro dell'Interno (art. 34), nonché, nei vari territori, ai Commissari delegati dal Governo, i quali, sulla base delle direttive del Ministro dell'interno (art. 36), possono assumere le misure necessarie per dare attuazione alla legge sulla protezione civile e rispondere all'emergenza in coordinamento con le Comunità autonome (artt. 39-40).

Dunque, anche in questo caso, un potere normativo del Governo legato all'emergenza, che provvede, ma altresì prevede, nell'ambito definito dal legislatore, ma sempre come fattispecie aperta, la cui garanzia a posteriori è data dal controllo giurisdizionale.

15. Reglamentos y ordenanzas emergenziali delle amministrazioni locali

Anche in Spagna i poteri normativi emergenziali del Sindaco sono risalenti nel tempo, come si è visto già nella Costituzione di Cadice l'art. 321 assegnava alle municipalità e in

²⁴⁹ Integrano e completano la normativa statale: *Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil*; *Real Decreto 1378/1985, de 1 de agosto, sobre medidas provisionales para la actuación en situaciones de emergencia en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública*; *Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba la Norma Básica de Auto protección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia modificada por Real Decreto 1468/2008, de 5 de septiembre*.

particolare al Sindaco tutti i poteri concernenti «*todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público*».

In tempi più recenti la competenza municipale ad adottare misure di emergenza analoghe alle ordinanze la troviamo all'art. 150 dell'*Estatuto Municipal* del 1924 «*contra los incendios, las epidemias y otras calamidades*»²⁵⁰. Una previsione, invero, che sarà costante in tutte le varie normative dei successivi ordinamenti degli enti locali, presente anche nella *Ley de Régimen Local* del 1955, in particolare all'art. 34²⁵¹.

Sulla base di tali precedenti anche la vigente *Ley 7/1985*, 2 aprile, *Ley de Bases de Régimen Local*, più volte modificata e integrata, mantiene ancora oggi analoghe fattispecie, finalizzate alla risposta di emergenze e per la sicurezza della comunità locale. Atti che meritano di essere attenzionati perché pienamente rispondenti all'istituto da noi indagato.

Anzitutto è bene dire come l'art. 4 lett. a) assegni alle amministrazioni locali una potestà generale nell'emanare «*las potestades reglamentaria y de autoorganización*». Una competenza regolamentare dunque autorizzata dalla legge in ossequio al principio di legalità (art. 25.1 CE). Accanto a tale potere generale, in caso di urgenza ed emergenza, però, la stessa legge all'art. 21.1 lett. m) affida al Sindaco speciali poteri normativi che può adottare «*personalmente e sotto la sua responsabilità*», in caso di «*catastrofe, o di pubbliche calamità o di grave pericolo che questi eventi accadano*»: misure preventive o, *ex post*, per rispondere all'emergenza, delle quali dovrà essere informato il «Pleno». Tale competenza è poi riprodotta dall'art. 124.4, lett. h), introdotto dalla legge 57/2003, 16 dicembre, (*Medidas para la Modernización del Gobierno Local*), che ha previsto una normativa particolare per le grandi città, per cui al Sindaco e al comune sono assegnati, oltre ai poteri eccezionali, previsti sin dal testo originale per tutte le amministrazioni, ulteriori competenze per l'adozione di particolari ordinanze per la tutela della sicurezza urbana. Infatti molti Comuni avevano approvato regolamenti o ordinanze al fine di garantire o migliorare la sicurezza e il decoro urbano. Tuttavia, tali regolamenti furono considerati in violazione del principio di legalità, perché non bastava una semplice previsione generica che autorizzasse il comune ad adottare regolamenti, per poter intervenire in tali materie. Così al fine di autorizzare tali disposizioni locali in materia di sicurezza urbana, la legge 57/2003 ha previsto dei tipi di regolamenti e ambiti in cui i comuni di grandi dimensioni possono intervenire per garantire la sicurezza locale. Invero, tali regolamenti anche se denominati *ordenanzas* non interessano la presente indagine, perché, seppur intervengano al fine di garantire la sicurezza, toccando la disciplina di vari interessi connessi a diritti anche costituzionali, tuttavia, essi non sono atti temporanei emergenziali; altresì la tipizzazione delle materie e delle discipline regolabili dall'ente locale – operata dal *título XI* (artt. 139-141) – chiudono la fattispecie sembrando dare copertura nel rispetto del principio di legalità²⁵².

²⁵⁰ V. su www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1924/069/A01218-01302.pdf.

²⁵¹ Su www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1955-10057.

²⁵² *Contra* M. CASINO RUBIO, *Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 2011, pp. 743 ss.; dello stesso A. v. anche in tema *La política local y la política de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad pública*, in *Anuario de Derecho Municipal*, n. 2, 2008, pp. 106 ss.

Dunque, nell'attuale ordinamento definito dalla *Ley de Bases de Régimen Local*, le uniche fattispecie che possono essere qualificate come ordinanze emergenziali (a fattispecie aperta) sono quelle summenzionate, previste agli artt. 21 lett. m) e 124.4 lett. h), anche se recentemente il legislatore è tornato sulla materia attraverso la celebre e discussa *ley orgánica 4/2015*, 30 marzo, *de protección de la seguridad ciudadana*, che ha collegato la tutela emergenziale con la garanzia della sicurezza urbana, estendendo la competenza regolamentare e di ordinanza anche al Sindaco.

Anche in questo caso non interessa il nome del provvedimento, quanto piuttosto i suoi effetti in ossequio alla previsione del legislatore. Il riferimento in particolare²⁵³ è all'art. 21 della legge 4/2015 rubricato «*medidas de seguridad extraordinarias*», che attribuisce in generale alle «*las autoridades competentes*» il potere di adottare «*medidas de seguridad extraordinarias*», circoscritte dalla legge come ad esempio la chiusura dei locali e il divieto di passaggio o di stazionamento in determinate zone dello spazio pubblico.

Le fattispecie comunque sono decisamente ampie e per questo sono state oggetto di critica da parte della dottrina, considerate lesive del principio di legalità²⁵⁴. In ogni caso, però – così rispondendo anche al nostro modello – tali misure devono comunque essere adottate solo per il «*tiempo estrictamente necesario para garantizar la seguridad ciudadana*». Dunque, temporanee, legate ad un'emergenza, forse non del tutto imprevedibile, ma comunque giustificata da situazioni straordinarie che non consentono il ricorso alle misure ordinarie. Del resto, anche il *Tribunal Supremo*²⁵⁵, occupandosi dell'analoga fattispecie citata dell'art. 21.1. della legge 7/1985, in passato ha legittimato tale tipo di poteri dell'amministrazione, considerando, però, indispensabile che l'emergenza giustificativa del potere debba essere oggettivamente riscontrabile: «*lo que el precepto exige, en una interpretación acorde a su espíritu y finalidad es la existencia de elementos de juicio suficientes para entender razonablemente, nunca de manera caprichosa o arbitraria, que para atajar aquellas situaciones de catástrofe, infortunio o grave riesgo es necesaria y adecuada la concreta medida cautelar que se adopta*». Da ciò ne deriva un giudizio di proporzionalità che il tribunale si riserva affinché, al di là dell'oggettiva esigenza emergenziale, è indispensabile che l'intervento sia proporzionale alla necessità, o meglio, utilizzando le parole della Corte, è necessario che la misura sia «*necesaria y adecuadas para poner freno al grave riesgo*».

²⁵³ V. però anche l'art. 14, che, rubricato «*órdenes y prohibiciones*», assegna all'amministrazione competente, in generale – ovviamente nel rispetto della legge e dei regolamenti – il potere di emanare ordini e divieti, disponendo delle misure di polizia necessarie debitamente motivate per raggiungere «*los fines previstos en esta Ley*». Dunque misure certo stabili, non d'urgenza, ma comunque connesse ai fini per i quali si ricorre all'art. 21.

²⁵⁴ M. CASINO RUBIO, *Seguridad pública y constitución*, Madrid, 2015, è estremamente critico con tale disciplina tra le altre ragioni, perché «*los juristas normalmente observamos este tipo de reclamaciones e iniciativas con alguna preocupación, porque vemos en ellas un riesgo para los derechos y libertades de los ciudadanos*».

²⁵⁵ *Sentencia TS, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo*, del 21 ottobre 2003, RJ 2003/7627.

16. In conclusione: l'ordinanza emergenziale e il valore supremo della sicurezza

Sembra possibile a questo punto tracciare qualche tendenza e tentare di formulare qualche spunto di riflessione su un tema che, in ogni caso, come spesso capita al giurista, non può certo potare a conclusioni definitive.

Come dichiarato in apertura, era noto che in tutti gli ordinamenti indagati fossero presenti atti – nonostante la differente denominazione e natura – adottati dal governo o da un'amministrazione per regolare l'emergenza, senza un controllo preventivo o una ratifica successiva del legislatore. Questo si sapeva, ma non si potevano immaginare le tante analogie individuate che, pertanto, non presentano solo un collegamento di carattere storico, bensì lo conservano anche sulla base di presupposti fondanti comuni. Tale dato è confermato nonostante le ovvie differenze tra i tre ordinamenti.

In estrema sintesi, nella Costituzione italiana, nei termini sopra chiariti, non vi è traccia di poteri riconducibili alle ordinanze emergenziali né di altri analoghi atti che, in particolare, possono derogare alla legge. Così come pare emergere dalla lettura della Costituzione spagnola, nelle cui disposizioni si autorizza il Governo ad adottare le misure necessarie nei casi di emergenza che portino a dichiarare lo «stato di allarme» ex art. 116 CE. La Carta fondamentale francese invece ha previsto e prevede più fattispecie, e in particolare all'art. 16 sono concessi forti poteri emergenziali di intervento al Presidente della Repubblica.

In ogni caso, in tutti gli ordinamenti, la legge ordinaria prevede, più o meno espressamente, il potere di ordinanza: più o meno espressamente, perché molto spesso l'istituto non è menzionato, ma nella prassi attuato, come visto, ad esempio l'art. 2 TULPS parla di «provvedimenti indispensabili»; l'art. 21.1 lett. *m* (ley 7/1985) di «*medidas necesarias*»; l'art. 16 CF di «*mesures exigées par ces circonstances*», tutte fattispecie che non qualificano la tipologia di misure, ma che rientrano a tutti gli effetti nella categoria degli atti qui indagata, e comunque, finalizzati a fornire una risposta all'emergenza. Come visto, la fattispecie prevista dalla legge o dalla Costituzione è «aperta», infatti, nel solco della tradizione dello «stato di eccezione»²⁵⁶, non essendo possibile prevedere quali misure dovrebbero essere adottate, sono autorizzate tutte quelle necessarie al caso concreto²⁵⁷.

Tuttavia, ciò che più colpisce sono gli effetti normativi di tali ordinanze, che, seppur non espressamente specificati dalla fonte di autorizzazione, derivano dalle esigenze concrete di regolazione del caso. Non solo, in tutti gli ordinamenti non mancano casi nei quali i po-

²⁵⁶ V. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., pp. 95 ss. per una più ampia esposizione delle teorie che giustificano i «pieni poteri» in risposta all'emergenza.

²⁵⁷ In tal senso, in parte, analogamente all'istituto della delegificazione – v. A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto*, I ed., in V. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, Bologna, 1977, pp. 316 ss.; v. dello stesso A., *Le fonti scritte. Le fonti del diritto italiano*, Torino, 1998, vol. 1, p. 160 – laddove la legittimazione da parte della legge risulta talmente ampia e generica da determinare una indeterminata potestà normativa del Governo. Somiglianza aggravata dalla prassi delle delegificazioni operate nel corso degli anni, per cui si rinvia a G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995). La difficile attuazione dell'art. 17, secondo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, Torino, 1996; E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, 1999; A. MORRONE, *Delegificazione*, in S. CASSESE *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, pp. 1771 ss.

teri emergenziali limitano o comunque incidono su diritti costituzionali. Ovviamente, in ogni caso è sempre prevista una garanzia inderogabile nel controllo giurisdizionale.

Il potere inoltre è sempre previsto per tempi limitati, circoscritto all'emergenza dalla quale dipende la legittimazione dello stesso. Sotto questo punto di vista, però, come è emerso in tutti gli ordinamenti, il potere eccezionale è tendenzialmente prorogato, in alcuni casi oltre l'emergenza, anche molto oltre, o come nel caso della precedente disciplina italiana (oggi abrogata), dei poteri di ordinanza per i cc.dd. «grandi eventi», il potere risulta(va) indipendentemente dall'imprevedibile emergenza, rappresentando così un evidente abuso dell'istituto.

Un istituto dunque di cui in alcuni casi si è abusato e si continua ad abusare, ma che, invero, se adottato nel rispetto dei principi legittimanti – anche affermati nella ricordata giurisprudenza costituzionale in tutti i Paesi indagati – pare essere ancora oggi un potere *necessario*.

Nonostante l'avvento delle Costituzioni liberaldemocratiche, sembrano restare ancora validi e attuali gli argomenti già ricordati in apertura da Santi Romano a commento della normativa *extra ordinem* adottata in occasione del «terremoto calabro-siculo»²⁵⁸, e i successivi studi degli altri grandi Maestri del diritto pubblico²⁵⁹.

Anzi, tali teorie sembrano rafforzate negli ordinamenti costituzionali liberaldemocratici²⁶⁰. Anzitutto, in tali ordinamenti la sicurezza, che giustifica il ricorso all'ordinanza, acquista un valore nuovo e per certi aspetti maggiore, non semplicemente legato all'autoconservazione dello Stato, ma soprattutto alla tutela del diritto alla vita e – attraverso la sicurezza – alla tutela di tutte le libertà costituzionali²⁶¹. Ma, altresì, nel rafforzamento del principio di separazione dei Poteri e dunque della garanzia contro eventuali spinte dirigistiche dei Governi²⁶².

Certo, non si possono non condividere almeno in parte i timori di chi vede attraverso l'affermazione di tali poteri il rischio di derive autoritarie con un rafforzamento dei poteri normativi non controllati del Governo²⁶³. Tuttavia, se ciò è vero, come nel ricordato caso della

²⁵⁸ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, cit., pp. 251 ss.

²⁵⁹ In particolare v. G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit., parlava di misure per la «difesa dello Stato».

²⁶⁰ Cfr. C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, cit., pp. 139 ss.

²⁶¹ È proprio a tal fine che G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n. 1, pp. 31 ss., qualificano la sicurezza come un «valore superprimario», partendo da una rilettura attuale delle classiche teorie qui richiamate – sull'emergenza e la difesa dello Stato – che legittimano temporanee deroghe all'ordinaria distribuzione dei poteri. Nello stesso senso v. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, su www.forumcostituzionale.it.

²⁶² Come nota A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Torino, 2010, p. 11, è una scelta politica definire quando ricorra l'interesse pubblico alla sicurezza: rispetto allo Stato assoluto, cui tale decisione spettava al solo Sovrano, negli ordinamenti liberaldemocratici, tale decisione deve essere rimessa alla legge.

²⁶³ Tra i più autorevoli E. GARCÍA DE ENTERRIA, in particolare, tra i molti scritti, in *La lucha contra las inmunidades del poder*, cit., pp. 24 ss. e *Justicia y seguridad jurídica ed un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999, pp. 37 ss.

Costituzione di Weimar²⁶⁴, tali derive non sono certo attribuibili al singolo istituto dell'ordinanza²⁶⁵, ma, allora come ora, ad un generale contesto di debolezza istituzionale e politica di un singolo ordinamento²⁶⁶.

Nel nostro caso invece l'ordinanza deve essere sempre autorizzata e quanto più strettamente collegata alla legge e più in generale all'ordinamento costituzionale che la legittima, trovando nel controllo giurisdizionale una immediata ed efficace garanzia per lo Stato di diritto²⁶⁷. In questi termini l'ordinanza emergenziale appare, ancora oggi, un istituto, sì eccezionale, ma necessario al fine di contribuire a proteggere la società e la sua libertà.

²⁶⁴ Del resto le ordinanze, come oggi regolate nella maggior parte degli ordinamenti, per funzioni ristrette e controlli comunque previsti, non sembrerebbero in grado di configurare alcuno dei modelli di *dittatura*, in particolare, ricostruiti da C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., specialmente, pp. 165 ss., anche rileggendo l'art. 48 della Costituzione di Weimar (pp. 251 ss.).

²⁶⁵ Come già ricordato anche nell'ordinamento italiano è stata sostenuta l'incostituzionalità delle ordinanze, in particolare da G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., p. 424; F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, pp. 193 ss.

²⁶⁶ V. FROSINI, *La democrazia pericolante (Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar)*, cit., pp. 315 ss.

²⁶⁷ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, cit., p. 66.