



22 SETTEMBRE 2021

L'ordinanza prefettizia ex art. 2
TULPS. Una lettura “realista” dentro i
principi costituzionali

di Gabriele Trombetta

Dottore di ricerca in Materie giuridiche
Università degli studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

L'ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS. Una lettura “realista” dentro i principi costituzionali*

di Gabriele Trombetta

Dottore di ricerca in Materie giuridiche
Università degli studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

Abstract [It]: Il contributo, analizzata la categoria delle ordinanze contingibili e urgenti, si concentra sulle ordinanze prefettizie ex art. 2 TULPS, mettendone in luce i presupposti, il contenuto e le finalità ed esaminando alcuni casi concreti venuti all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza. Quindi, si verifica se l'attuale emergenza pandemica sia stata fronteggiata mediante il ricorso alle ordinanze libere, giungendosi alla conclusione che, in realtà, siano stati piuttosto impiegati atti necessitati, contenutisticamente tipizzati. Alla luce dell'indagine, si conclude opinando nel senso della legittimità delle ordinanze libere, ritenute tuttavia razionalmente giustificabili soltanto ove l'analisi giuridico-formale sia integrata da argomenti sostanzialistici.

Abstract [En]: The contribution, analyzed the category of contingent and urgent ordinances, focuses on prefectural ordinances ex art. 2 TULPS, highlighting the assumptions, content and purpose and examining some concrete cases that have come to the attention of doctrine and jurisprudence. Therefore, it is verified whether the current pandemic emergency has been faced through recourse to free ordinances, coming to the conclusion that, in reality, necessary acts have been employed, with typified contents. In the light of the investigation, the conclusion is that free ordinances are legitimate, although they are considered rationally justifiable only when the legal-formal analysis is supplemented by substantial arguments.

Parole chiave: ordinanze contingibili e urgenti; atti necessitati; art. 2 TULPS; Prefetto; COVID-19.

Keywords: contingent and urgent ordinances; necessary acts; art. 2 TULPS; Prefect; COVID-19.

Sommario: 1. L'ordinanza contingibile e urgente. 2. Ordinanze libere e principio di legalità. 3. La capacità derogatoria: le tesi ricostruttive che privilegiano un approccio giuridico-formale. 4. (segue) Le tesi ricostruttive che privilegiano un approccio teorico-generale. 5. (segue) Un tentativo di sintesi realista. 6. Le pronunce della Corte costituzionale. 7. Gli obblighi di pubblicazione ex d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. 8. I presupposti delle ordinanze prefettizie ex art. 2 TULPS. 9. Contenuti e finalità. 10. Termini di efficacia. 11. Profili procedurali e vizi del provvedimento. 12. Struttura del provvedimento. 13. Le ordinanze incidenti su diritti costituzionali. 14. (segue) Il divieto di assembramenti. 15. (segue) “Zone rosse” e sicurezza urbana. 16. Le ordinanze in materia di manifestazioni sportive. 17. La chiusura anticipata di bar e circoli ricreativi nel territorio comunale. 18. “Pandemia costituzionale”. 19. Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. Le prime ordinanze libere anti-Covid. 20. Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Verso una tipizzazione provvedimentale? 21. (segue) Annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina 5 aprile 2020, n. 105. 22. (segue) Sentenza 9 maggio 2020, n. 841 del TAR Calabria. 23. I poteri prefettizi durante la pandemia. 24. Conclusioni.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. L'ordinanza contingibile e urgente

L'ordinanza di cui all'art. 2 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (di seguito: TULPS) si iscrive, in sede teorico-generale, nella categoria delle ordinanze¹ contingibili e urgenti², della quale è paradigma³.

Da queste, allora, occorre muovere per un'analisi dell'istituto.

¹ Sul tema, v. G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1965. Per un'evoluzione della forma-ordinanza e per il rilievo assunto dalla competizione di questa con la legge nella storia costituzionale v. A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, pp. 133-184. L'Autore dà conto di come con la Costituzione e il riconoscimento del principio del *numerus clausus* delle fonti primarie si sia delineata una netta distinzione tra gli atti dell'esecutivo dotati di forza di legge (e in particolare i decreti-legge) e le ordinanze di necessità, di natura amministrativa, così da presidiare la centralità del Parlamento rispetto alla funzione della *legislatio*. Rileva F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990 l'originaria indistinzione dell'esercizio del potere sovrano, talché «con ordini e ordinanze si disciplinavano situazioni generali e singolari, in condizioni di ordinarietà e di emergenza; l'uso dell'un nome o dell'altro derivava esclusivamente dalle tradizioni degli usi delle cancellerie, senza alcun riferimento contenutistico al tipo di provvedimento in concreto adottato con l'uno o con l'altro nome». L'Autore distingue oggi tre tipologie di ordine o ordinanza: l'ordine come ampia categoria provvedimento di segno prescrittivo, tutt'affatto priva di segni distintivi, le ordinanze regolamentari, che sono fonti secondarie, e, infine, le ordinanze contingibili e urgenti. R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, p. 3 preferisce aggettivare l'ordinanza come amministrativa, a sottolineare la tipologia del potere cui l'istituto afferisce. L'Autore, *ivi*, p. 8, inoltre, si esprime nel senso le ordinanze *extra ordinem* configurino una categoria unitaria, «perché scaturiscono da un unico tipo di potere che mantiene caratteristiche e problematiche unitarie». M. CERASE, *Ordinanze di urgenza e necessità*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), Milano, 2006, p. 3985 ritiene, isolatamente, che «con il vocabolo ordinanza nei tempi più recenti si indica generalmente una decisione di un pubblico potere non preceduta da un'esattiva conoscenza dei fatti». L'Autore osserva come tale tipologia d'atti sia preordinata a salvaguardare la «risorsa tempo», consentendo di intervenire rapidamente a tutela dell'interesse pubblico.

² Per contingibilità si intende «l'impossibilità di provvedere con gli ordinari mezzi offerti dalla legislazione; l'urgenza attiene, invece, all'indifferibilità dell'intervento in ragione della ragionevole previsione di un danno incombente»: così G. VICICONTE, *Ordinanze di necessità e urgenza*, in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007. Così anche la giurisprudenza: cfr. Cons. St., sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580, nonché Cons. St. sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189. In senso parzialmente difforme F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, p. 979, che – nel ritenere che la contingibilità e l'urgenza possano essere categorizzate a presupposti delle ordinanze libere, nonostante la diversità di formulazioni delle norme attributive del potere – precisa che «[...] questa locuzione non rappresenta un'endiadi [...]. "Contingibilità" è sinonimo di contingenza, caso fortuito, accidentalità [...]. L'urgenza attiene all'indifferibilità del provvedimento che deve essere tale da impedire l'impiego dei mezzi ordinari».

³ G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti* 2/2021 definisce icasticamente l'ordinanza ex art. 2 TULPS «capostipite» delle ordinanze di necessità. L'Autore annota che il TULPS, all'art. 216, prevede altresì un'ulteriore fattispecie emergenziale legittimante l'attivazione di poteri derogatori da parte del Ministro dell'interno, ma tale disposizione si ritiene tacitamente abrogata a seguito dell'adozione della Costituzione repubblicana. Anche G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 96 reputa la norma «del tutto incostituzionale».

Le ordinanze contingibili e urgenti possono essere definite come quegli atti (generalmente o singolari) – previsti in via eccezionale dalla legge –, a contenuto libero, anche derogatorio rispetto alle norme primarie⁴, finalizzati a fronteggiare una situazione di necessità in vista del perseguimento di un interesse pubblico⁵. Ad avviso della dottrina tradizionale, la competenza in materia dovrebbe spettare ad autorità amministrative diverse dal Governo, cui è rimessa invece, in casi straordinari di necessità ed urgenza, l'adozione del decreto-legge⁶.

La norma attributiva del potere, dunque, si limita a fissare i presupposti emergenziali e il fine pubblico dell'azione amministrativa, senza predeterminare il contenuto provvedimentoale⁷.

Si tratta di uno strumento *extra ordinem*, che sottopone a tensione fondamentali principi dell'ordinamento.

⁴ La capacità di derogare alle norme primarie delle ordinanze prefettizie, in realtà, non è previsto *expressis verbis*, ma è carattere tradizionalmente riconosciuto sul piano ermeneutico: cfr. G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 4. Infatti, pur essendovi casi in cui il legislatore prevede espressamente tale capacità (cfr. art. 5, comma 2, l. 24 febbraio 1992, n. 225; art. 191 codice dell'ambiente; art. 216, comma 1 T.U.L.P.S.), essa è comunque ritenuta “consustanziale” al *genus* (G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo* 1/2016, Milano, p. 38. Ad avviso di G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 92 le ordinanze sono necessariamente derogatorie: o perché dispongono *praeter legem*, in deroga cioè al diritto, o perché dispongono *contra legem*, in deroga cioè alla legge. Per vero, la derogatorietà parrebbe riscontrabile solo nella seconda ipotesi, più problematica sul piano delle fonti. Al contrario, l'ordinanza *praeter legem* tutt'al più deroga, in via mediata, al principio di legalità.

⁵ Per una definizione generale dell'istituto e la sua collocazione genealogica entro il paradigma della *necessità* cfr. R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, pp. 62 ss. Gli Autori rilevano come la necessità percorra casicamente l'ordinamento. Suoi precipitati sarebbero la decretazione d'urgenza (art. 77 Cost.) e la scriminante dello stato di necessità (art. 54 c.p. e 2045 c.c.). F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, ricorda come la dottrina usava qualificare il decreto-legge come “ordinanza generale” e l'ordinanza amministrativa come “ordinanza particolare”, a conferma della comune radice *extra ordinem*. Viene altresì rammentata la distinzione tra gli atti necessitati e le ordinanze *extra ordinem*, laddove i primi, pur presentando quale presupposto una situazione emergenziale, sono nominati e tipici; i secondi, per contro, hanno contenuto libero, sfuggendo al principio di legalità. In tema, cfr. anche R. CAVALLO PERIN, *Ordine e ordinanza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2010, nonché ID., *Potere di ordinanza*, cit., p. 4. Per vero, G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, riconduce al *genus* degli atti necessitati le ordinanze *extra ordinem* e gli atti di urgenza, quali provvedimenti a contenuto determinato occasionati da una condizione di emergenza. Seguendo questo schema teorico, F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cita tra gli atti necessitati i decreti-legge, gli ordinari provvedimenti necessitati, i bandi militari in tempo e nelle zone di guerra, nonché «una serie di atti ai quali è collegato l'effetto di creare o dichiarare uno stato di fatto quale presupposto per l'emanazione di altri atti (fra cui, eventualmente, ordinanze)». L'Autrice, inoltre, riconosce una categoria intermedia tra i provvedimenti necessitati e le ordinanze di necessità: le ordinanze «in forma specifica», quali atti d'urgenza a contenuto libero emanati, tuttavia, sulla base di presupposti predeterminati in modo tale da ridurre i margini di discrezionalità dell'azione amministrativa. La partizione tra atti necessitati e ordinanze necessitate è fatta propria anche dalla giurisprudenza costituzionale: cfr. Corte cost. 4 gennaio 1977, n. 4.

⁶ G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 96, nonché F. SATTA, *op. cit.*, p. 2. Non mancano, peraltro, ipotesi positive che contraddicono questo assunto: cfr. art. 32, comma 3, l. 23 dicembre 1978, n. 833, che assegna il potere d'ordinanza al Ministro della salute. F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, osserva comunque che il prefetto, quale organo burocratico con competenza provinciale, non può essere ricondotto alla nozione di Governo, sia in senso collegiale, sia nelle sue espressioni monocratiche.

⁷ Ad avviso di G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 93 si tratterebbe di una norma sulla produzione giuridica, «giacché si limita a dire a chi, in che materia, con quale forma, eventualmente con quali limiti spetta emanare nuove disposizioni anche in deroga a norme preesistenti, mentre ogni altra norma attributiva di normali poteri amministrativi è anche e prevalentemente norma di produzione giuridica, giacché anzitutto prevede positivamente che cosa rispetto a una determinata fattispecie può disporre la pubblica amministrazione». Ad ogni modo, l'Autore conclude per il carattere amministrativo delle ordinanze (o della più parte di esse), stimando che la natura della norma di attribuzione del potere non sia decisiva per la sua qualificazione in termini normativi.

Anzitutto, è un provvedimento che sfugge al principio di legalità, trovando nella fonte primaria soltanto un vincolo finalistico⁸.

Ancor più radicalmente, l'ordinanza in parola sovverte il principio di preminenza delle fonti del diritto sugli altri tipi di atto giuridico, potendo essa derogare a norme di rango primario⁹.

Ci si soffermerà, quindi, su questi due fondamentali caratteri specializzanti dell'atto: il rapporto con il principio di legalità e la capacità derogatoria delle fonti primarie.

2. Ordinanze libere e principio di legalità

Il primo elemento del regime giuridico delle ordinanze *extra ordinem* che occorre affrontare è il rapporto di siffatto istituto con il principio di legalità.

Al riguardo, si possono distinguere due macro-orientamenti: il primo, che tende a negare un conflitto tra legalità amministrativa e atto *extra ordinem*, secondo una visione conservatrice e tranquillante; il secondo, invece, che prende atto di una irriducibilità dell'ordinanza al principio e ne predica una collocazione teorico-generale autonoma, con uno statuto peculiare.

Entro la prima corrente dottrinale, un autorevole avviso afferma che anche le ordinanze sono previste da norme di legge e perciò *legali*.

In particolare, «poiché le ordinanze di necessità e di urgenza [...] sono esplicitamente previste da norme legali, non si può dire che questi atti derogano al principio di legalità, ma al contrario deve dirsi che essi vi si conformano»¹⁰.

Altra tesi distingue tra *legalità* e *tipicità*, sebbene la seconda sembri la declinazione del principio di legalità in senso sostanziale.

Si afferma, peraltro, che il *gap* di legalità delle ordinanze *extra ordinem* potrebbe essere “recuperato” sul piano dell'osservanza dei principi, analogamente a quanto avviene in materia di poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti, laddove la legalità procedurale compensa il difetto di legalità sostanziale¹¹.

In continuità con questa impostazione, viene rievocata una “legalità senza legge” come fedeltà ai principi¹².

⁸ Corte cost. 14 aprile 1995, n. 127 contraddittoriamente rileva che i poteri *extra ordinem* dovrebbero essere «ben definiti nel contenuto»: è evidente come invece tratto caratteristico dell'ordinanza libera sia l'atipicità.

⁹ Parla senza infingimenti di violazione del sistema costituzionale delle fonti F. SATTA, *op. cit.*, p. 2. Per un riconoscimento concettuale della preminenza delle fonti su ogni altro tipo di atto giuridico, cfr. A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 17-18., laddove ricorda che «questi atti, questi fattori da cui si desumono le dette norme assumono, in fondo, almeno due caratteri essenziali: sono sovraordinati rispetto ad ogni altro atto giuridico, nel senso che quanto meno ogni altro atto (contratto, sentenza, ecc.) deve conformarvisi».

¹⁰ Così G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 95.

¹¹ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 62.

¹² S. GARDINI, *Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti. Nuovi scenari e nuovi poteri*, in *Federalismi* 15/2018.

Diverso indirizzo, infine, stima che «[...] presupposto per l'ammissibilità delle ordinanze è di interpretare la legalità in senso formale, ritenendo che tale principio sia rispettato allorché il potere trova fondamento in una norma legislativa [...]», soggiungendo come non «vi siano remore costituzionali all'ipotesi di atti atipici o innominati»¹³.

In senso contrario alla postulata osservanza del principio di legalità ad opera dell'ordinanza libera pare deporre Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115, secondo cui nel nostro ordinamento è accolto il principio di legalità in accezione *sostanziale*.

Il principio, infatti, «non consente “l'assoluta indeterminatezza” del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».

Sicché, l'attribuzione di poteri in bianco non potrebbe soddisfare il principio di legalità.

Neppure, a tal fine, pare sufficiente evocare i principi generali dell'ordinamento, che non possono costituire un saldo criterio direttivo per l'esercizio del potere: né, del resto, gli si conferirebbe questo valore in relazione ai poteri ordinari.

Opposta prospettiva giudica che «permane l'anomalia che consiste nella libertà di disporre di qualunque contenuto nel modo ritenuto più efficace dall'amministrazione per affrontare la situazione di emergenza, contrariamente a quanto accade nello stato costituzionale di diritto per i poteri dell'amministrazione che sono nominati e tipici»¹⁴.

Donde, una tesi “autonomista” argomenta che, trattandosi «di fattispecie che possiede una *ratio singularis*, del tutto estranea a quella della regola», dovrebbe farsi luogo a un'analisi non condizionata dalle categorie delle fonti del diritto¹⁵.

Entro questa linea ragionativa, si rinviene nell'ordinanza di necessità non una deroga al principio di legalità, ma «un diverso modello di giuridicità dell'azione amministrativa rispetto a quello fondato sul principio di legalità». In particolare, «lo scontro tra le ordinanze e il principio di legalità appare in una veste radicale, in alcun modo recuperabile: la presenza delle ordinanze all'interno dell'ordinamento contraddice l'assolutezza del principio di legalità, ne revoca in dubbio il carattere di principio fondamentale»¹⁶.

¹³ F. MIGLIARESE, *op. cit.*

¹⁴ S. SPUNTARELLI, *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo* 3/2017.

¹⁵ A. MORRONE, *op. cit.*

¹⁶ M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011.

Sebbene si condivida l'assunto per cui «è sempre presente un'eccedenza non integrabile entro lo schema di quella totale giuridicizzazione del potere che costituisce il fine dello Stato di diritto», non si ritiene sia operazione ermeneutica consentita la costruzione di un modello d'azione alternativo a quello dello stato di diritto.

Infatti, una lettura eccezionalista che sottragga *tout court* questa classe di provvedimenti al principio di legalità appare sì fondata teoreticamente, ma sprovvista di agganci positivi. Senza trascurare, poi, che secondo queste cadenze logiche potrebbe essere invocato un potere straordinario di necessità privo di qualsivoglia riferimento positivo, stante l'abbandono di ogni vincolo allo statuto generale dell'atto amministrativo¹⁷.

Conservando la carica “realista” della tesi appena tratteggiata, si ritiene che l'istituto corrisponda all'esigenza di fronteggiare l'imponderato, sottraendo il potere ad una previa norma conformativa¹⁸.

Ma questo carattere può essere giustificato soltanto dentro l'ordinamento positivo, pena la rottura della legalità e la fuoruscita dal sistema.

Dovrebbe allora riconoscersi – non già la vigenza di una “doppia legittimità” o di una “effettività” in antitesi alla “validità” – bensì una attenuazione del principio di legalità, che cede terreno a fronte delle istanze della necessità.

In questo senso, il principio di legalità, in materia di provvedimenti *extra ordinem*, sarebbe oggetto di bilanciamento con l'istanza ordinamentale della *necessità*, depotenziandosi nel suo contenuto, pur senza essere negato.

Si ammetterebbe così che, effettivamente, le ordinanze libere non soggiacciono alla legalità sostanziale, accolta dalla Carta repubblicana, trovando invece applicazione una declinazione mitigata del principio.

Secondo una richiamata intuizione dottrinale, potrebbe predicarsi un recupero del *gap* di legalità attraverso una “rete normativa di contenimento”, costituita dai principi generali dell'ordinamento.

¹⁷ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza*, cit., p. 2 avverte come, anche quando paia necessario acconsentire a revisioni di regole o principi generali per istituti peculiari, il rischio sia «che, superato il ritegno iniziale, si affievoliscano gli argini teorici espunti nel tempo dal diritto positivo sino al punto in cui perciò si perde ogni rapporto con l'ordinamento vigente dei tempi normali, ricostruendo così un potere di ordinanza che non riesce più ad essere un'eccezione compatibile con un dato ordinamento, ma altro con esso inconciliabile». Di questo *caveat* si è cercato di aver conto in queste brevi riflessioni. Il riconoscimento del carattere eccezionale del potere non esonera, infatti, e anzi pretende, un rigoroso inquadramento dogmatico, sembrando una inammissibile “scorciatoia” predicare un regime autonomo e differenziato dell'atto.

¹⁸ Cfr. F. MIGLIARESE, *op. cit.*, laddove afferma che «[...] il conferimento dei relativi poteri – attuato con norme primarie – sancisce la prevalenza del dovere dell'amministrazione di curare il pubblico interesse su quello di agire entro i limiti dell'attuazione della legge». Anche la giurisprudenza amministrativa chiarisce come solo in ragione dello stato di necessità «si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale»: Cons. St., sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580. Su analoghe cadenze, Cons. St., 25 maggio 2012, n. 3077.

Si tratterebbe, insomma, della *conformazione* del principio di legalità a seguito della sua compressione – ma non elisione – da parte della necessità.

Questa ricostruzione del fenomeno da un canto farebbe i conti con la dequotazione della legalità, che sarebbe un infingimento negare; e dall'altro, tuttavia, eviterebbe disancoraggi dell'istituto dal terreno del diritto positivo, salvaguardando, in ultima istanza, l'unità dogmatica della categoria provvedimentale.

3. La capacità derogatoria: le tesi ricostruttive che privilegiano un approccio giuridico-formale

Il secondo *punctum pruriens* è la capacità di deroga alle norme primarie.

Superate le più risalenti tesi sulla necessità quale fonte del diritto¹⁹, occorre affrontare la questione tentando di chiarire la natura giuridica dell'ordinanza libera.

È emersa in dottrina una pluralità di opinioni, che si tenterà di categorizzare entro orientamenti (tendenzialmente) omogenei.

Un primo filone ha cercato una soluzione sul piano giuridico-formale, in ossequio a una logica normativista.

Si è, anzitutto, sostenuto che si tratti di fonte primaria o – almeno – dotata, se non del valore, della forza di legge²⁰.

A questa tesi è stata preferita quella, più tradizionale, secondo cui siffatte ordinanze rimarrebbero atti amministrativi²¹, tenuto conto del *numerus clausus* delle fonti primarie, nonché della circostanza che, tra

¹⁹ Per una disamina, cfr. G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 98. L'Autore distingue due filoni interpretativi. Per il primo, la necessità abiliterebbe l'autorità a provvedere a prescindere da qualsivoglia legittimazione formale: questa tesi è respinta in quanto ritenuta propria di uno stato di polizia, e non di uno stato di diritto. Il secondo, nel qualificare la necessità come fonte sulla produzione, non terrebbe conto dell'obiezione teorica per cui la necessità potrebbe superare continuamente se stessa, dando luogo a un irrazionale andamento ricorsivo in contrasto con ogni continuità ordinamentale.

²⁰ Tra gli altri, v. E. C. RAFFIOTTA, *op. cit.*, che riprende le tesi di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003. Per una formulazione più risalente di questa costruzione, A. M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1961, pp. 531 ss. *Contra* F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), Padova, 2004, p. 242 rileva che «in conclusione, l'idea avanzata in dottrina che le ordinanze in deroga abbiano la forza di legge, non solo si scontra con il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, ma soprattutto con il 'diritto vivente' che, allo scopo di salvaguardare il principio di legalità, ha finito per ricavare dalle norme attributive del potere di ordinanza limiti sostanziali [...], idonei a collocare quelle ordinanze in posizione subordinata rispetto a quella legislativa».

²¹ Corte cost. 2 luglio 1956, n. 8 rileva che «hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico». Abbastanza contraddittoriamente, Corte cost. 4 gennaio 1977, n. 4 afferma che «le ordinanze prefettizie, anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico». Nel senso che le ordinanze *de quibus* possano avere carattere normativo: F. SATTA, *op. cit.*, p. 2. Lo stesso Autore nega recisamente che le ordinanze abbiano forza e valore di legge, ritenendo questo «un falso problema». G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 49, opina nel senso che le ordinanze potrebbero in concreto avere natura normativa *secondaria*, in ossequio a criteri di generalità, astrattezza, innovatività. Questi ultimi, pur non dirimenti, sono ritenuti dall'Autore indici rivelatori, in via di approssimazione, della natura normativa dell'atto. In realtà, si stima che sia a invocare i criteri formali di individuazione delle fonti, sia a ricorrere a criteri sostanziali, la normatività dell'ordinanza sembrerebbe da escludersi. Sotto il primo profilo, si rileva che manca qualsivoglia norma di riconoscimento che qualifichi

queste, la Carta costituzionale disciplina espressamente, all'art. 77 Cost., il decreto-legge quale atto d'urgenza²².

Disconosciutane la natura di fonte primaria, è dubbio allora *come* l'ordinanza possa derogare alla legge.

In questo senso, potrebbe sostenersi che, nei casi d'urgenza, sarebbe la stessa legge attributiva del potere a derogare alle altre fonti primarie, creando così uno "spazio giuridico vuoto" nel quale il potere eccezionale potrebbe svolgersi.

Tuttavia, questa costruzione non pare del tutto appagante, atteso che, in astratto, l'ordinanza potrebbe derogare a qualsivoglia norma di legge²³, sicché sembrerebbe essere proprio l'atto amministrativo a determinare, sulla base di un'autorizzazione in bianco, la fonte da derogare²⁴.

Movendo da queste constatazioni – e sebbene l'art. 2 TULPS sia richiamato dall'art. 77 dello statuto della Regione Trentino Alto Adige, fonte di rango costituzionale²⁵, che implicherebbe un accoglimento dell'ordinanza *extra ordinem* da parte della Carta fondamentale – autorevole dottrina reputa le ordinanze di necessità «di difficile armonizzazione con l'ambiente costituzionale repubblicano»²⁶.

Viene argomentato come l'istituto si scontri con la disciplina costituzionale della decretazione d'urgenza e della forza e del valore di legge.

Sotto il primo profilo, verrebbe in rilievo l'art. 77 Cost., che andrebbe letto non solo nel senso che "si possa" far ricorso al decreto-legge, bensì che "si debba" ad essi (e ad essi soltanto) ricorrere, a salvaguardia della tenuta della forma di governo²⁷.

Sotto il secondo profilo, viene rilevato come siano vulnerati tanto la forza di legge, nel suo lato passivo, quanto il valore della legge, quale regime giuridico dell'atto. Infatti, o si riconosce – contro il principio del *numerus clausus* – la forza di legge dell'ordinanza, o, disconoscendogliela, si ammette il superamento

l'ordinanza come fonte. Anche alla stregua dei criteri sostanziali, poi, il provvedimento sembrerebbe riconducibile alla categoria dell'atto amministrativo generale, atteso che i destinatari sono indeterminabili *a priori*, ma determinabili *a posteriori*, e che l'atto manca di astrattezza, disciplinando una concreta vicenda amministrativa (emergenziale). Il rilievo della questione è certamente rilevante ai fini della disapplicabilità dell'ordinanza da parte del giudice amministrativo e, più complessivamente, in ordine all'applicabilità dello statuto delle fonti del diritto.

²² In senso confermativo, cfr. Corte cost. 28 maggio 1987, n. 201, che ribadisce come le ordinanze di necessità non possano – evidentemente – abrogare fonti primarie, ma siano abilitate soltanto a un effetto derogatorio. Quest'argomento non è accolto da attenta dottrina (MARAZZITA, *op. cit.*), che sottolinea come la deroga implichi, comunque, la sottrazione di una classe di casi alla disciplina primaria che, naturalmente, sarebbe stata ad essa applicabile.

²³ Come si vedrà, purché essa non soddisfi una riserva di legge o rappresenti un principio generale dell'ordinamento.

²⁴ Così G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 93, secondo cui i poteri di ordinanza «hanno tutti in comune questo tratto: di fondare la possibilità di deroghe ad un numero indeterminato di norme, sicché in concreto la deroga corre solo fra norma derogata e ordinanza, mai fra norma derogata e norma attributiva del potere».

²⁵ L. cost. 26 febbraio 1948, n. 5.

²⁶ Così G. MARAZZITA, *op. cit.* L'opinione vanta comunque autorevoli antesignani, quali C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, pp. 866; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, pp. 718 ss.

²⁷ *Contra*, però, F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, secondo il quale «appare inutile, oggi, disquisire sulla costituzionalità di leggi che deferiscano poteri di necessità ad organo diversi dal governo, una volta che la Corte costituzionale ne ha ammesso la costituzionalità. L'art. 77 cost., per quanto concerne il potere di ordinanza *extra ordinem*, potrebbe essere considerato come una "fonte" costituzionale, sia pure indiretta, di siffatto potere.

della legge da parte di un atto a essa sottordinato. Ancora, si stigmatizza come l'efficacia della fonte primaria sia incisa da un organo amministrativo al di fuori di ogni legittimazione costituzionale, alterando il valore di legge.

Si tratta di penetranti critiche che pongono in seria questione la legittimità dell'istituto.

4. (segue) Le tesi ricostruttive che privilegiano un approccio teorico-generale

Altro orientamento, ispirato a una prospettiva teorico-generale, ha negato in radice una contraddizione tra legge e ordinanza, assumendo che quest'ultima rappresenti uno strumento di integrazione dell'ordinamento, non soggetto al principio della gerarchia delle fonti. Sicché, gli atti *extra ordinem* opererebbero in fattispecie emergenziali prive di disciplina positiva, escludendosi in radice qualsivoglia conflitto con il sistema normativo primario.

Si distinguono, in particolare, due differenti posizioni.

La prima reputa che si sia in presenza di una etero-integrazione: l'ordinamento sarebbe completato da una fonte ad esso estranea, mediante un rinvio recettizio esterno²⁸. In senso critico, può osservarsi come le ordinanze siano indubitabilmente atti giuridici dell'ordinamento positivo e che in esso debbano coerentemente iscriversi.

La seconda muove dalla constatazione che «l'ordinamento normativo è quello che è, costituito dalle leggi effettivamente emanate dal Parlamento, per regolare le situazioni e le necessità che le singole leggi considerano: “lacunoso”, dunque, istituzionalmente, necessariamente lacunoso, perché è impossibile raccogliere, prevedere, disciplinare ogni possibile fattispecie».

Si ritiene, dunque, l'ordinanza *extra ordinem* uno strumento di auto-integrazione dell'ordinamento. Posta la non coincidenza tra ordinamento normativo e ordinamento giuridico complessivo, l'ordinanza di necessità si porrebbe in contrasto solo con il primo, e non con il secondo. L'antinomia tra “ordinamento” e “ordinanza *extra ordinem*” viene risolta ricorrendo alla dicotomia “ordinamento normativo” e “ordinamento complessivo”. Si perviene così a negare la deroga alla fonte primaria da parte dell'ordinanza, postulando che la prima non troverebbe applicazione al caso emergenziale²⁹.

²⁸Ivi, si sostiene che «non sembra del tutto pertinente il discorso critico, ripetuto anche di recente, contro il potere di ordinanza *extra ordinem*, facendo leva, nelle sue varie articolazioni, sul principio della gerarchia delle fonti [...]. Invero, il potere di ordinanza *extra ordinem* appare siccome non riconducibile a siffatto principio ed alle sue varie articolazioni: basta qui ricordare quell'insegnamento dottrinale e giurisprudenziale che giustifica tale potere in quanto volto a colmare le lacune dell'ordinamento giuridico secondo un processo di eterointegrazione». Si ritiene, comunque, che tale tesi non possa cogliere nel segno, giacché arbitrariamente “sdoppia” l'ordinamento giuridico, costruendo un diverso paradigma di legittimità per l'ordinanza libera.

²⁹ Così F. SATTA, *op. cit.*

Invero, anche questa elaborazione teorica cela l'autentica natura, appunto, *extra ordinem* dell'atto, trascurando che, senza l'atto di volontà dell'amministrazione, la norma primaria troverebbe piena efficacia.

Sicché, non pare possa predicarsi alcuna lacuna ordinamentale, almeno nei casi di ordinanza *contra legem*: in quest'ipotesi la norma ordinaria c'è e viene tuttavia derogata. Ma anche nei casi di ordinanza *praeter legem* non si assiste ad un'auto-integrazione dell'ordinamento: l'ordinanza, almeno nella prospettiva qui accolta, non è una fonte, e quindi non può invocarsi un meccanismo assimilabile a quello dell'art. 12 prel. Del resto, per il principio di legalità, dove non vi sia un potere non manca una regola di diritto: si è piuttosto in presenza di un regime di libertà.

Può concludersi così che l'ordinanza *extra ordinem* ha l'attitudine a derogare – e non a completare – il diritto vigente.

È probabilmente questa frizione tra legalità e ordinanza *extra ordinem* che la ricostruzione in termini di auto-integrazione (ma anche di etero-integrazione) sembra smarrire.

5. (segue) Un tentativo di sintesi “realista”

Sotto il profilo strettamente giuridico, deve riconoscersi che l'unica giustificazione razionale all'ordinanza contingibile e urgente sembrerebbe essere la costruzione di uno spazio giuridico vuoto³⁰, nel senso che, nel caso d'emergenza, l'ordinamento dovrebbe riconoscere la cogenza dei soli principi generali, degradando a norme derogabili le disposizioni che non soddisfano una riserva di legge.

È come se la legge dicesse: “in caso di emergenza sono vincolanti solo le norme costituzionali e i principi generali, mentre le altre norme primarie hanno carattere derogabile, potendo l'Amministrazione discostarsene motivando”³¹.

Ma questa costruzione sembra appagante soltanto sul piano giuridico-formale.

A riprova di questo assunto, il meccanismo non appare replicabile per gli atti “a regime”, sembrando costituzionalmente inammissibile l'ascrizione di una “capacità derogatoria” a provvedimenti ordinari. Si segnerebbe, infatti, un autentico arretramento della legalità amministrativa e dell'ordinamento giuridico nel suo complesso³².

³⁰ *Contra* S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, «la Corte costituzionale [...] ha nel tempo precisato che il rapporto derogatorio non apre uno “spazio vuoto”, ma trova nel sistema normativo limiti al proprio operare».

³¹ Sembrerebbe questa l'autorevole posizione di G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, secondo il quale «che in principio degli atti amministrativi autorizzati da leggi formali (come sono le ordinanze) possano derogare ad altre leggi, quando a ciò non si opponga la Costituzione (come avviene in materia non coperta da alcuna riserva), non pare inammissibile, poiché in una ricostruzione sistematica le norme derivate con atto amministrativo vanno interpretate come norme cedevoli, cedevoli per lo meno in quei casi in cui per necessità e urgenza altre norme prevedono la possibilità di deroghe».

³² Nel senso che le sole ordinanze contingibili e urgenti possano derogare alla disciplina primaria Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115, secondo cui «questa Corte ha infatti precisato, con giurisprudenza costante e consolidata, che deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se

Non è dunque nel tecnicismo della cedevolezza delle norme derogabili, recata dalla fonte primaria, la *ragione ultima* di quest'anomala prerogativa dell'ordinanza libera.

Essa va, piuttosto, rinvenuta nella necessità, che media con il principio di gerarchia delle fonti, e che rappresenta la radice estrema del regime giuridico dell'atto³³.

Si è in presenza di un potere, dunque, che, ossimoricamente, agisce *dentro il sistema* secondo cadenze eccezionalistiche.

6. Le pronunce della Corte costituzionale

Questi tratti inevitabilmente “eversivi” sono stati mitigati dalle pronunce della Corte costituzionale, che, pur salvando lo strumento dalla declaratoria d'illegittimità, lo hanno ricondotto a uno statuto compatibile con la Carta³⁴.

In particolare, la Corte ha avuto cura di precisare, sin dal 1956, sebbene in una decisione interpretativa di rigetto, che il potere prefettizio (e più in generale il potere di ordinanza) è pur sempre vincolato ai «presupposti dell'ordinamento giuridico».

De jure condendo, comunque, il legislatore veniva ammonito affinché presidiasse l'istituto con delle necessarie garanzie: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico».

L'inerzia del legislatore e il mancato adeguamento della giurisprudenza maggioritaria a un'interpretazione costituzionalmente orientata hanno condotto la Corte costituzionale – in applicazione della dottrina del diritto vivente³⁵ – a ritornare sul tema della legittimità dell'art. 2 TULPS.

“temporalmente delimitate» (*ex plurimis*, sentenze n. 127 del 1995, n. 418 del 1992, n. 32 del 1991, n. 617 del 1987, n. 8 del 1956) e, comunque, nei limiti della “concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare” (sentenza n. 4 del 1977)».

³³ Chiarissimamente. MORBIDELLI, *op. cit.*, laddove afferma che «[...] il fondamento della cedevolezza a fronte di un atto amministrativo riposa alla fin fine nello stato di necessità, che è un valore costituzionale il quale non si esaurisce nel solo art. 77 Cost. e nei provvedimenti *ex art.* 78 Cost. Lo stato di necessità è per definizione preponderante ed inarrestabile. Esso richiede interventi immediati, mirati, specifici. Pensare che possano essere adottati tramite il solo strumento della legge è del tutto irrealistico [...]».

³⁴ Corte cost. 2 luglio 1956, n. 8 ha affermato «che la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascita, bensì nel l'attuale sistema nel quale vive». La vicenda atteneva al divieto prefettizio di strillaggio dei giornali nelle pubbliche vie e la vendita degli stessi a domicilio, «[...] in sostanza intese a ostacolare la diffusione del quotidiano “L'Unità”» (G. MANFREDI, *op. cit.*). G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 98 dà conto dell'opzione ermeneutica della Corte, che avrebbe scelto di vagliare la costituzionalità della norma e non già della disposizione. Potrebbe, di contro a questa lettura, sostenersi che non si può predicare un giudizio sulla norma disgiunto da quello sulla disposizione e viceversa: la Corte attribuisce alla legge un significato e in quel senso ne giudica, sicché disposizione e norma, svolta l'operazione interpretativa, stanno e cadono insieme.

³⁵ Sul tema, L. SALVATO, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

Stavolta, Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26 rilevava l'illegittimità costituzionale parziale della disposizione³⁶ nella parte in cui non prevede che, nell'esercizio del potere prefettizio, debbano essere rispettati i principi dell'ordinamento giuridico³⁷ e, in particolare, i valori costituzionali³⁸.

Questi ultimi, sui quali non può intervenire la legge ordinaria, *a fortiori* non possono essere scalfiti da un provvedimento amministrativo.

Ancora, la Corte precisa che le ordinanze libere non possono disciplinare materie coperte da riserva di legge assoluta; per contro, in presenza di riserve relative, esse sono ammissibili, salvo il rispetto dei principi recati dalla fonte primaria.

Corte cost. 3 aprile 1987, n. 100 ha rafforzato il limite dei principi generali dell'ordinamento, riferendosi ai principi fondamentali e inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici, così restringendo ulteriormente i margini di discrezionalità dell'autorità amministrativa.

In quell'occasione, la Corte ha altresì precisato che, pur potendo il diritto di difesa avverso gli atti della pubblica amministrazione essere modulato in ragione di esigenze concorrenti, deve sempre essere assicurata un'idonea tutela, che garantisca il privato da «abusi ed eccessi». In questa prospettiva, assume dunque particolare pregnanza la previsione dei controlimiti³⁹, che consentono la raffrontabilità dell'ordinanza ad un, pur scarno, paradigma normativo di riferimento.

Il carattere di temporaneità della deroga alla normativa primaria è stato ribadito anche da Corte cost. 14 aprile 1995, n. 127, emessa in sede di conflitto di attribuzioni Stato/Regione in materia di protezione civile, i cui principi sono tuttavia estensibili alla intera categoria delle ordinanze libere.

Infine, Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115 – sebbene indirettamente – pare affermare la tollerabilità dell'atipicità contenutistica esclusivamente con riguardo alle ordinanze contingibili e urgenti.

Per contro, qualsivoglia provvedimento “a regime” dev'essere delimitato dalla legge quanto ai presupposti e ai profili contenutistici, pena la violazione degli artt. 23 e 97, comma 2 della Costituzione.

³⁶ Opinava nel senso che la decisione avesse importato l'illegittimità costituzionale della disposizione, e non di una delle potenziali norme dalla medesima ricavabili, C. LAVAGNA, Sull'illegittimità dell'art. 2 leggi di P.S. come testo legislativo, in *Giurisprudenza italiana* 1/1956, pp. 898 ss. Sulla decisione costituzionale in commento, v. anche V. CRISAFULLI, *Il “ritorno” dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, ivi, pp. 898 ss.

³⁷ Riteneva questo limite sostanzialmente un «orpello dottrinale», per l'inafferrabilità di siffatti principi generali R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza*, cit., p. 21. Sulla difficoltà di individuare concretamente «i limiti materiali posti ai poteri di ordinanza dalla necessità del rispetto dei principi» v. anche F. MIGLIARESE, *op. cit.*, p. 3.

³⁸ La dottrina concorda altresì nel ritenere che l'amministrazione non possa derogare al diritto unionale: cfr. R. GAROFOLI – Gi. FERRARI, *op. cit.*, p. 63. Sembrerebbe confermativo di questo orientamento il disposto dell'art. 25, comma 1 d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, che statuisce che le ordinanze di protezione civile sono adottate in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea.

³⁹ Così, icasticamente, li definisce G. MORBIDELLI, *op. cit.*

7. Gli obblighi di pubblicazione ex d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33

Autorevole dottrina⁴⁰ ha osservato come, con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, sia stato introdotto un regime generale delle ordinanze di necessità, riconosciute così come categoria unitaria.

L'ambito oggettivo di applicazione è, infatti, riferito all'adozione di "provvedimenti contingibili e urgenti e in generale [di] provvedimenti di carattere straordinario in caso di calamità naturali o di altre emergenze".

Si ritiene, dunque, che possano esservi pacificamente sussunte le pur variegate ipotesi di provvedimento *extra ordinem* conosciute dal sistema positivo.

In particolare, per favorire l'*accountability* in materia di amministrazione d'emergenza, viene prescritto che sia data pubblicazione ai provvedimenti straordinari, con l'indicazione delle norme di legge eventualmente derogate e dei motivi della deroga.

La precisazione delle norme derogate risponde – tra l'altro – all'esigenza di mitigare quel *deficit* di prevedibilità provocato dall'irruzione delle ordinanze nel mondo giuridico, consentendo ai consociati di conoscere – almeno – quali sono le norme ordinarie sospese.

Potrebbe essere revocato in dubbio se l'indicazione delle norme derogate debba avvenire ad opera del provvedimento, o se, invece, possa farsi luogo anche a una pubblicazione autonoma della disciplina derogata.

Al di là di una formulazione forse non del tutto perspicua, deve concludersi che sia il provvedimento a dovere indicare le fonti derogate, motivando le ragioni che inducono l'amministrazione a discostarsi dalla disciplina ordinaria.

Dovranno essere altresì resi noti eventuali atti amministrativi o giurisdizionali intervenuti. Il riferimento dovrebbe essere ad atti di secondo grado adottati dall'amministrazione (autoannullamenti, revoche, conferme) ovvero giurisdizionali (ordinanze sospensive o sentenze d'annullamento, ma anche declaratorie d'incostituzionalità⁴¹), sempre nella logica di rendere tempestivamente edotti i consociati degli sviluppi dell'emergenza tramite la rappresentazione del quadro giuridico aggiornato della situazione.

È prescritto, ancora, di indicare i termini eventualmente fissati per l'esercizio dei poteri di adozione dei provvedimenti straordinari, allorché questi ultimi fondino su atti prodromici quale la dichiarazione dello stato d'emergenza.

Infine, vanno indicati il costo previsto degli interventi e il costo effettivo sostenuto dall'amministrazione. Chiarita la teleologia della norma, occorre soffermarsi sulla reazione ordinamentale alla violazione degli obblighi di pubblicazione.

⁴⁰ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 37.

⁴¹ Sebbene, come noto, la decisione di accoglimento sia fonte del diritto nell'ordinamento italiano.

Al riguardo, dovrebbe ritenersi d'essere in presenza di pubblicità-notizia, talché eventuali omissioni non dovrebbero rilevare sul piano della validità, inverando piuttosto ipotesi di irregolarità⁴².

L'omissione della pubblicazione dell'atto e dell'indicazione delle norme derogate, nonché dei costi gestionali dell'emergenza, non dovrebbe implicare l'annullabilità dell'ordinanza. Resterebbero ferme, chiaramente, le sanzioni per la carenza di una specifica motivazione, che integra figura sintomatica dell'eccesso di potere.

Come si vedrà più oltre, peraltro, la pubblicazione può venire in rilievo anche rispetto alla fase integrativa dell'efficacia, in ossequio al disposto dell'art. 21-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241.

8. I presupposti delle ordinanze prefettizie ex art. 2 TULPS

Tanto posto sul piano generale, ci si sofferma ora sulle ordinanze *extra ordinem* ex art. 2 TULPS.

I presupposti delle ordinanze prefettizie sono l'urgenza o la grave necessità pubblica⁴³. Si tratta di una fattispecie aperta, senza limitazioni di materia⁴⁴.

Peraltro, va osservato che, sebbene si osservi qui la partizione classica che distingue tra presupposti e finalità del provvedimento, i due elementi tendono a sovrapporsi, potendo giudicarsi l'eccezionalità della situazione soltanto alla stregua del fine da perseguire⁴⁵.

È insegnamento tralatizio che il potere eccezionale possa essere attivato soltanto allorché non possa reagirsi alla situazione straordinaria con gli strumenti "a regime" predisposti dall'ordinamento (in questo caso: i poteri di pubblica sicurezza).

Secondo un orientamento più restrittivo, l'urgenza ricorrerebbe soltanto in caso di imprevedibilità dell'emergenza, non potendo l'amministrazione avvalersi della propria inerzia per agire *extra ordinem*⁴⁶.

⁴² Ricontra la tendenza a eludere la citazione della disciplina derogata G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 45, il quale rileva che, sovente, vengono indicate intere aree disciplinari in luogo di puntuali e specifici riferimenti. L'Autore, *ivi*, pp. 64-5 pare ritenere che l'indicazione della normativa derogabile costituisca un principio generale, dalla cui violazione dovrebbe, coerentemente, conseguire l'illegittimità del provvedimento.

⁴³ G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 100, reputa che «l'urgenza non è che una specie del genere necessità e più precisamente una necessità qualificata rispetto al tempo».

⁴⁴ Così Corte cost. 4 gennaio 1977, n. 4, ove si rileva che «nell'art. 2 non si rinviene alcuna delimitazione di materie».

⁴⁵ A titolo d'esempio, ai fini in parola una grave crisi ambientale in acque territoriali potrebbe non configurare una situazione emergenziale che abiliti all'adozione dell'ordinanze prefettizia.

⁴⁶ Così F. MIGLIARESE, *op. cit.*, p. 5, con ampi riferimenti giurisprudenziali. Su questa linea anche M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 12. Di recente, Cons. St., sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580. V. anche Cons. St., sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369, secondo cui «non è, infatti, legittimo adottare ordinanze contingibili ed urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità». Sul piano sistematico, può evocarsi l'art. 63, comma 2, lett. c) del codice dei contratti pubblici, che preclude all'amministrazione di procedere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara laddove l'urgenza dipenda da fattori prevedibili per l'amministrazione (c.d. *urgenza autoindotta*).

Altra tesi, per contro, ritiene rilevante la sola attualità del pericolo, prescindendo dalla risalenza della situazione da fronteggiare e da eventuali profili di responsabilità dell'amministrazione, che potranno essere fatti valere nelle giuste sedi, senza però pregiudicare il ricorso ai poteri eccezionali⁴⁷.

Ad ogni modo, si tratta di fatti complessi, che rimandano a una valutazione tecnico-discrezionale dell'autorità amministrativa⁴⁸.

In dottrina si evidenziano dubbi riguardo la giurisdizione per il caso in di contestazione della sussistenza della fattispecie fondativa del potere.

⁴⁷V. F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, p. 980 secondo cui «[...] una necessità sia pure prevedibile può assumere, perché non fronteggiata tempestivamente, carattere di urgenza; l'imprevidenza o negligenza dell'amministrazione non possono precludere l'esercizio del potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti». Conforme G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 46, secondo cui «non è condivisibile la tesi [...] per cui il ricorso a misure *extra ordinem* non sarebbe ammissibile ove la situazione di pericolo cui far fronte derivi da colpa istituzionale: caso tipico l'emergenza rifiuti. Difatti [...] l'emergenza rileva come tale, in modo oggettivo, indipendentemente da chi ne è all'origine e del perché». Così anche Cons. St., sez. V, 26 aprile 2018, n. 2535, laddove afferma che «anche l'asserita, e peraltro dubbia, prevedibilità dell'intervento non fa comunque venir meno la sussistenza dei presupposti ex art. 54 T.U. enti locali, che opera anche per rimuovere situazioni risalenti nel tempo ed in relazione alle quali non si era intervenuti in precedenza, essendo a tale riguardo sufficiente la permanenza al momento dell'emanazione dell'atto della situazione di pericolo (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3077)». Giusta quest'ultima decisione, l'atto *extra ordinem* «è legittimamente emanabile anche per rimuovere situazioni risalenti nel tempo ed in relazione alle quali non si era intervenuti in precedenza, essendo a tale riguardo sufficiente la permanenza al momento dell'emanazione dell'atto della situazione di pericolo».

⁴⁸ Conforme G. VICICONTE, *op. cit.*, sebbene con riferimento alle ordinanze sindacali, secondo cui «ai fini dell'intervento è attualmente sufficiente la "semplice" minaccia di un grave pericolo per l'incolumità dei cittadini, sempre che la valutazione probabilistica – circa il verificarsi di quest'ultimo – si caratterizzi per un certo grado di consistenza e si fondi su cognizioni tecnico-scientifiche attendibili». Alla luce di queste premesse, appare corretto evocare la categoria della *clausola generale* o, forse più propriamente, del *concetto giuridico indeterminato*, suscettivo di contestualizzazione da parte dell'autorità procedente. Infatti, occorrendo procedere a una lettura costituzionalmente orientata, deve ritenersi che le nozioni di "urgenza" e "grave necessità pubblica" dovrebbero rappresentare un frammento di fattispecie, e non devolvere all'interprete l'elaborazione di una regola di condotta. Per la distinzione tra concetto giuridico indeterminato e clausola generale cfr. F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giustizia civile* 2/2014. In questa prospettiva, si potrà evitare che il prefetto divenga arbitro del *potere* di "autoattivazione", segnandosi invece una fattispecie di "autoattivazione controllata". *Contra* G. MARAZZITA, *op. cit.*, secondo cui «la ricorrenza di un caso straordinario è [...] oggetto di volontà e non solo di conoscenza, è una condizione da "costituire" e non meramente da dichiarare. L'ampio margine di discrezionalità che la connota origina così una tensione continua e rende intimamente *politica* la decisione sull'emergenza». In quest'ultima prospettiva si rievocano anche le riflessioni di C. SCHMITT, *Teologia politica* (1933), in ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, secondo cui «nella realtà concreta l'ordine e la sicurezza pubblica si presentano in modo molto diverso a seconda che sia una burocrazia militare, un'amministrazione autonoma dominata dallo spirito commerciale borghese o un'organizzazione radicale di partito a decidere quando questo ordine e sicurezza è salvaguardato e quando esso viene minacciato o distrutto». Tuttavia, in uno stato costituzionale di diritto, il concetto dovrebbe essere ancorato a saldi criteri interpretativi, tali da fugare la politicizzazione dell'interpretazione. In senso conforme a queste riflessioni, v. anche Cons. St., sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2696, secondo cui «è *jus receptum* che, in linea d'astratto principio, l'emanazione delle ordinanze contingibili e urgenti, da parte del Sindaco ex art. 54 del D.lgs. 267/2000, sia funzionale a prevenire ed eliminare gravi pericoli che minaccino l'incolumità dei cittadini e la salute collettiva (arg. ex Cons. St., V, 27 novembre 2015 n. 5377), ma è parimenti fermo il concetto per cui non basta predicare la sussistenza di tali poteri in capo allo stesso Sindaco ove non si riscontrino nella realtà delle cose quelle straordinarie e imprevedibili esigenze, solo per fronteggiare le quali, cui non è possibile ovviare utilizzando gli ordinari strumenti tipizzati dalla legge, è consentita l'emanazione di siffatte ordinanze e solo per il tempo strettamente necessario affinché si possa intervenire in via ordinaria (cfr., per tutti, Cons. St., V, 12 giugno 2017 n. 2799)».

Un primo orientamento ritiene che si radichi la giurisdizione ordinaria, venendo in discussione la stessa esistenza del potere⁴⁹.

Aderendo invece alla tesi che, nelle ipotesi di “carenza di potere in concreto”, ritiene che il vizio del provvedimento sia l’annullabilità, si concluderebbe che, dinanzi al potere d’ordinanza, si stagliano interessi legittimi e non diritti soggettivi, con la conseguente affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo⁵⁰.

Giusta quest’opzione ermeneutica, che si ritiene preferibile, l’apprezzamento dei presupposti del potere è rimessa al prefetto, ed è censurabile soltanto per motivi di legittimità dal giudice amministrativo, secondo i principi propri dell’esplicazione della discrezionalità tecnica⁵¹. Potranno dunque venire in rilievo il travisamento dei fatti, il difetto d’istruttoria e l’illogicità quali elementi sintomatici dell’eccesso di potere, ma sarà precluso un sindacato forte(sostitutivo) da parte del giudice⁵².

9. Contenuti e finalità

Sotto il profilo dispositivo, l’ordinanza è *libera*⁵³, potendo provvedere nel senso ritenuto più opportuno per la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica.

⁴⁹In questo senso F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, p. 980 e, sebbene dubitativamente, G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 103. Anche la più risalente giurisprudenza ordinaria ha ritenuto la giurisdizione del G.O., tenuto conto che veniva contestata l’esistenza stessa del potere amministrativo: R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza*, cit., p. 20.

⁵⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774, nonché Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189, che annulla il provvedimento asserendo che «difetta proprio il presupposto che avrebbe legittimato il sindaco del Comune [...] ad avvalersi degli eccezionali poteri di ordinanza ex art. 54». Così anche M. CERASE, *op. cit.*, p. 3990.

⁵¹ G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 101 osserva che «grave necessità dovrebbe significare che la situazione di fatto che legittima il potere di ordinanza deve avere una rilevanza tale da farla apparire grave secondo il comune apprezzamento, ma, poiché questo dato è quantitativo e non qualitativo, ne discende che il solo soggetto abilitato a valutare se gravità vi sia è quello agente, giacché in caso contrario verrebbe attribuito ad altri soggetti, e ai giudici in particolare, un potere di controllo di merito (tutt’al più la non gravità della situazione ha rilevanza in sede di controllo politico e amministrativo)».

⁵² Cfr. Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189, secondo cui, nel caso all’esame, «entrambe le ordinanze impugnate sono sfornite di elementi istruttori e di motivazione in grado di rappresentare un’effettiva situazione di grave pericolo che minaccia l’incolumità dei cittadini». V. altresì Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4466, ove si afferma che le «ragioni d’urgenza [...] non possono essere *in re ipsa*».

⁵³Corte cost. 4 gennaio 1977, n. 4 riconosce la categoria concettuale delle ordinanze libere, connotate dal fatto che, in primo luogo, il contenuto dei provvedimenti non è prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell’organo agente, secondo richiesto dalle circostanze, diverse da caso a caso, che ne impongono l’emanazione; e, in secondo luogo, dal fatto che dette circostanze non sono, a loro volta, previste – né, di regola, sono prevedibili in astratto – da specifiche disposizioni di legge. Si ritiene che l’aggettivo vada riferito al carattere atipico dell’ordinanza, suscettiva di assumere qualsiasi contenuto, sia pur nei limiti posti dall’ordinamento. Il sintagma *extra ordinem*, invece, dovrebbe essere più propriamente riconducibile al carattere potenzialmente derogatorio delle fonti primarie. Così anche S. SPUNTARELLI, *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo* 3/2017. Ad avviso di G. MANFREDI, *Potere di ordinanza [dir. amm.]*, in *Diritto on line - Enciclopedia giuridica Treccani*, 2019 «se invece si impiega la definizione di ordinanze libere, occorre considerare che, come meglio vedremo in seguito, anche secondo l’orientamento dottrinale prevalente è innegabile che nell’ordinamento vigente il contenuto delle ordinanze di necessità e urgenza non è del tutto libero, ma, piuttosto, è soggetto a diversi limiti». Secondo R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza*, cit., p. 5, la libertà sarebbe richiamo più proprio per «i rapporti tra autonomie giuridiche (pubbliche o private) e le scelte dell’ordinamento generale dello Stato». L’Autore riferisce che, talora, si parli anche di potere a contenuto indeterminato, «intendendosi forse con ciò designare la mancanza di una

Si ritiene, peraltro, che il requisito della “indispensabilità” demandi al prefetto un giudizio di proporzionalità, talché potranno essere adottati tutti i (e solo quei) provvedimenti necessari alla tutela del bene giuridico⁵⁴.

Come cennato, l’ordinanza può anche derogare alle fonti primarie, senza tuttavia poter violare la Carta costituzionale, né intervenire in materie coperte da riserva assoluta di legge⁵⁵. Laddove operi una riserva di legge relativa, potrà essere derogata la sola disciplina di dettaglio, dovendo invece essere rispettati i principi generali. Potrà invece derogare alle fonti primarie in materie non riservate alla legge, nonché alle fonti regolamentari.

Deve stimarsi che tra i principi cui deve attenersi l’autorità anche nell’esplicarsi del potere emergenziale figurino le norme generali che regolano l’azione amministrativa. Anzi, è sempre stato comune convincimento, anche nel periodo precostituzionale, che l’ordinanza libera fosse soggetta allo statuto dell’atto amministrativo e, pertanto, censurabile per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza⁵⁶.

Ne consegue che, pur disponendo in sede decisoria di un ampio margine di discrezionalità pura, il prefetto dovrà temperare l’interesse pubblico primario della sicurezza con gli interessi secondari – pubblici e privati – concorrenti, imponendo a questi ultimi il minor sacrificio possibile.

predeterminazione in legge della definizione del contenuto, o oggetto, del provvedimento, non la sua indeterminabilità da parte del diritto obiettivo». Il riferimento pare a G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 92 secondo il quale «quello che caratterizza il potere di ordinanza non è già il fatto che esso sia libero nel contenuto, ma che esso non abbia un contenuto predeterminato. Esistono infatti atti della pubblica Amministrazione liberi nel contenuto che però non sono ordinanze: ad es., gli atti politici. Caratteristica di questi atti non è quella di poter liberamente scegliere il proprio oggetto, ma quella di poter liberamente disporre nei confronti dell’oggetto loro assegnato dalle norme che li legittimano; viceversa caratteristica delle ordinanze è che il contenuto di cui constano viene di volta in volta determinato con lo stesso atto di ordinanza, restando il relativo potere di ordinanza virtualmente libero di scegliere qualunque oggetto entro quella materia e per quei certi fini». Contesta la definizione di “ordinanze libere” F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, p. 978, allorché osserva che esse «[...] non sono espressione di libertà». L’Autore, icasticamente, prosegue rilevando che «la causa che le determina è la necessità, cioè una situazione diversa ed opposta rispetto alla libertà; il potere che in esse si estrinseca è delimitato, in astratto, dalla legge e determinato, in concreto, comunque, dallo stato di necessità, salva l’indicazione della materia e/o di motivi; gli effetti che ne derivano sono, del pari, limitati perché gli atti sono destinati ad avere valore solo in via temporanea ed eccezionale». Sebbene questa notazione sia inconfutabile, può ritenersi che l’espressione, ormai tralatizia, possa essere adottata, nella consapevolezza che s’impiega un’accezione di libertà diversa rispetto a quella propria degli atti politici, liberi nei fini.

⁵⁴ Riguardo la distinzione tra ragionevolezza e proporzionalità, dove la prima indica la coerenza tra valutazione compiuta e decisione, e la seconda il ricorso al mezzo meno invasivo per gli interessi secondari, cfr. Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2018, n. 6951.

⁵⁵ Contra, peraltro, M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. e libertà costituzionali*, in *Foro penale* 2/1962, pp. 102 ss., secondo il quale le ordinanze prefettizie potrebbero incidere anche su libertà coperte da riserva assoluta.

⁵⁶ In questo senso, v. A. MORRONE, *op. cit.*, ove rileva che «nella letteratura specialistica, infatti, la necessità del diritto eccezionale di ordinanza non portava a configurare affatto il riconoscimento all’esecutivo di un potere illimitato ovvero libero, ché altrimenti esso si sarebbe convertito in arbitrio o tirannia». Analogamente, R. CAVALLO PERIN, *Ordine e ordinanza*, cit. Corte cost. 14 aprile 1995, n. 127, in tema di ordinanze di protezione civile, conferma che gli interventi eccezionali debbono essere proporzionati alla situazione di emergenza.

Sotto il profilo teleologico, l'ordinanza – che non ha carattere sanzionatorio⁵⁷ – deve perseguire l'ordine e la sicurezza pubblica. Anche l'esatta circoscrizione dello scopo appare rilevante per delimitare il raggio d'azione dell'ordinanza, ponendo dei razionali e controllabili confini al potere.

Come noto, la disposizione fu “scritta” da Benito Mussolini, al tempo Ministro dell'interno *ad interim*⁵⁸, in una temperie culturale in cui l'ordine pubblico era declinato in senso “ideale”, quale conservazione dell'assetto politico-sociale dello Stato. È evidente come, in quel clima costituzionale, le ordinanze prefettizie fossero concepite quale strumento del Regime per garantire la propria tenuta istituzionale. La rilettura della nozione di ordine pubblico e sicurezza in termini “materiali”⁵⁹ consente ora, invece, di interpretare riduttivamente il fine del provvedimento, e, conseguentemente, restringerne il campo obiettivo di applicazione⁶⁰.

Il prefetto è dunque legittimato a intervenire, in casi straordinari, soltanto per la tutela dell'*ordre dans la rue*, senza poter alterare le dinamiche politiche e sociali garantite dalla Costituzione. Solo una siffatta declinazione dell'istituto può garantirne la coerenza con l'ordinamento costituzionale.

Così, «è addirittura superfluo ricordare che le ordinanze debbono essere utilizzate solo per il fine loro proprio, che è il fronteggiare una situazione di emergenza: qualunque impiego per fini diversi ne determina l'illegittimità per eccesso di potere, sotto il profilo dello sviamento»⁶¹.

Il giudice amministrativo non è vincolato alla qualificazione giuridica conferita all'atto dall'amministrazione procedente, potendone autonomamente indagare i caratteri sostanziali, in ossequio ai principi generali⁶².

10. Termini di efficacia

Come osservato, ai sensi dell'art. 42, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 le ordinanze contingibili e urgenti debbono essere pubblicate dall'amministrazione procedente⁶³.

⁵⁷ Così M. CERASE, *op. cit.*, p. 3987, nonché A. DE VITA, Il potere di ordinanza sindacale alla luce della recente evoluzione normativa e giurisprudenziale, in www.ilmerito.org, 3 gennaio 2018, che richiama TAR Basilicata, sez. I, 22 marzo 2017, n. 237.

⁵⁸ Cfr. A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 558.

⁵⁹ Per quest'evoluzione della nozione, cfr. G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995, p. 437 ss.

⁶⁰ *Contra* F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, p. 982, secondo cui l'art. 2 TULPS richiederebbe una norma in bianco, come tale incostituzionale.

⁶¹ Così F. SATTA, *op. cit.*, p. 5.

⁶² Cons. St., sez. IV, 11 gennaio 2021, n. 344.

⁶³ Trattandosi di atto d'urgenza, quand'anche la si ritenesse atto normativo, l'ordinanza prefettizia non sarebbe sottoposta a *vacatio*. Ciò in coerenza con il decreto-legge (cfr. F. SORRENTINO – G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1994. Gli Autori rilevano che «con la pubblicazione il decreto-legge entra immediatamente in vigore, dovendosi per esso prescindere dal periodo di *vacatio* stabilito in via generale dall'art. 10 delle disposizioni sulla legge in generale ed ora dall'art. 7 d.p.r. 28-12-1985, n. 1092. Ed in effetti la *vacatio* pare incompatibile

Ai fini della determinazione della produzione degli effetti giuridici dell'ordinanza, deve ritenersi che tale pubblicità rappresenti, ontologicamente, una forma di pubblicità-notizia, dovendo coordinarsi la disposizione con l'art. 21-*bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, laddove afferma che i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci.

Qualora non si ritenga invocabile tale regime emergenziale, l'amministrazione sarà tenuta – quando per il numero dei destinatari il provvedimento non sia suscettivo di notifica – a stabilire idonee forme di pubblicità, che potranno assolvere anche la funzione di cui all'art. 42, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Con riguardo al termine finale di efficacia del provvedimento, si fronteggiano due tesi.

La prima, avallata anche da Corte cost. 2 luglio 1956, n. 8 e, successivamente, da Corte cost. 14 aprile 1995, n. 127, insiste per la necessaria temporaneità della misura⁶⁴. Occorrerebbe poi valutare se sia o meno necessaria la fissazione espressa di un termine o se, per contro, il periodo di efficacia dell'atto possa restare indeterminato⁶⁵. In quest'ultimo caso, ad avviso della dottrina tradizionale, spetterebbe comunque all'amministrazione determinare, con efficacia costitutiva, la cessazione dello stato d'emergenza⁶⁶.

Opposto orientamento sostiene che l'ordinanza potrebbe recare una stabile regolazione di un dato assetto d'interessi, non essendo predeterminabile la durata del fenomeno emergenziale⁶⁷.

Questione diversa ma connessa attiene alla facoltà per l'autorità di reiterare l'ordinanza *extra ordinem*.

Da un canto, anche in coerenza con quanto statuito da Corte cost. 24 ottobre 1996, n. 360 con riferimento al decreto-legge, tale possibilità potrebbe ritenersi preclusa, salvo che si rinnovino i presupposti

con il carattere urgente proprio di tale atto». In via analoga, cfr. art. 25, comma 4, d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, che prevede che le ordinanze di protezione civile divengono efficaci dal momento della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

⁶⁴ Temporanea è l'efficacia, ma potrebbero non esserlo gli effetti dell'ordinanza: si consideri, con F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, p. 978, il caso dell'abbattimento di animali infetti. Per la necessaria transitorietà della misura, a pena di illegittimità v. Cons. St., sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580, nonché Cons. St., sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369.

⁶⁵ Cfr. anche F. MIGLIARESE, *op. cit.*, p. 5, secondo cui l'ipotesi che le ordinanze non prevedano termini non comporta in sé illegittimità (ma dà atto di orientamenti giurisprudenziali anche contrari). Sembra mediana la posizione del legislatore del codice della protezione civile, che, all'art. 24, comma 1, impone, in sede di delibera dello stato di emergenza, l'indicazione di un termine finale, sembrando invece non prescriverla con riferimento alle singole ordinanze di protezione civile.

⁶⁶ G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 101. V. anche F. MIGLIARESE, *op. cit.*, p. 5, secondo cui la cessazione degli effetti dell'ordinanza non avviene *ipso jure*, ma sulla scorta di una determinazione discrezionale della pubblica amministrazione. Secondo l'Autrice, il privato potrebbe chiedere all'amministrazione provvedere al «ritiro dell'ordinanza» e, in caso di inerzia, agire *per silentium*.

⁶⁷ Cfr. G. VICICONTE, *op. cit.*, che richiama Cons. St., sez. V, 3264/2006. Conforme F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, p. 982, secondo cui l'atto d'urgenza può tendere «alla rimozione della situazione di pericolo imminente sui *cives* come collettività, per cui non ha alcuna rilevanza se il sacrificio imposto sia temporaneo, provvisorio o permanente [...]». Cfr. altresì Cons. St., sez. V, 26 aprile 2018, n. 2535, laddove afferma che l'intervento disposto con l'ordinanza sindacale non deve avere necessariamente il carattere della provvisorietà, giacché il suo connotato peculiare è l'adeguatezza della misura a far fronte alla situazione determinata dall'evento straordinario, il che non rende possibile la fissazione astratta di un rigido parametro di valutazione, imponendo invece la valutazione in concreto della soluzione adottata in ragione della natura del rischio da fronteggiare. Assai critica rispetto a quest'orientamento M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 15.

emergenziali. In questa prospettiva, la prassi della reiterazione farebbe trasmodare uno strumento intrinsecamente provvisorio in una disciplina potenzialmente permanente⁶⁸.

Dall'altro, potrebbe ritenersi che, ove persista l'emergenza da cui era scaturita l'originaria ordinanza, nulla ne precluderebbe la proroga, atteso che ne sussisterebbero pur sempre i presupposti. Del resto, a differenza del decreto-legge, l'ordinanza libera non necessita di conversione da parte dell'organo istituzionalmente titolare del potere, esercitando il prefetto una prerogativa propria⁶⁹.

Sotto il profilo positivo, un rilevante argomento milita nel senso di rafforzare questo secondo indirizzo interpretativo.

Il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, all'art. 191, nel disciplinare una particolare *species* di ordinanze d'urgenza in materia di gestione dei rifiuti, infatti, prevede espressamente che esse possano essere reiterate per un periodo non superiore a 18 mesi.

La disposizione potrebbe essere letta come eccezione alla regola generale, ovvero come ricognizione di un principio di reiterabilità.

Quest'ultima sembrerebbe essere la soluzione più coerente sotto il profilo sistematico, atteso che non si rinverrebbero ragioni per differenziare l'istituto del testo unico ambientale dalle altre ordinanze di necessità.

Ad ogni modo, anche la reiterazione dovrebbe soggiacere ai principi in materia di ordinanze *extra ordinem*, non potendo consistere in una stabilizzazione dell'emergenza e nella sostituzione dell'amministrazione d'eccezione a quella ordinaria⁷⁰.

11. Profili procedimentali e vizi del provvedimento

L'ordinanza, quale tipico atto emergenziale⁷¹, è soggetta a un *iter* procedimentale semplificato.

⁶⁸ Fortemente critica sulla facoltà di reiterazione A. ALGOSTINO, *Sicurezza urbana, decoro della smart city e poteri del prefetto. Note intorno alla "direttiva Salvini" sulle "zone rosse" (n. 11991/118/7 del 17 aprile 2019) e ad alcune recenti ordinanze dei prefetti di Bologna, Firenze e Siracusa*, in *Costituzionalismo* 1/2019, pp. 105 ss., ove osserva come «la concatenazione produc[a] [...] chiaramente un superamento, ed una violazione, dell'orizzonte della temporaneità insito nella logica emergenziale e sua ragione giustificativa, dando luogo ad un ossimoro: la stabilizzazione dell'emergenza».

⁶⁹ Sottolinea questa distinzione anche E. C. RAFFIOTTA, *op. cit.*

⁷⁰ In tema, TAR Sicilia (Palermo), sez. I, 29 gennaio 2018, n. 252, ove sottolinea, nel caso al proprio vaglio, «la non occasionalità, ma al contrario la costante ed ordinaria reiterazione delle ordinanze in questione, in assenza di una programmazione ordinaria tale da scongiurare od evitare il verificarsi di situazioni emergenziali costituenti il presupposto legittimante l'esercizio dei poteri straordinari. Nella fattispecie si assiste, invero, ad una stabilizzazione, ed alla trasformazione in ordinario strumento di gestione amministrativa, di tipologie provvedimentali emergenziali, come tali legittimate, nella specie *ex art.* 191 d.lgs. n. 152/2006, solo da reali situazioni di emergenza che siano altresì non imputabili all'autorità amministrativa istituzionalmente preposta all'opposta finalità di superare la fase della c.d. amministrazione dell'emergenza».

⁷¹ Si accede alla prospettiva per cui, sebbene eccezionale, l'ordinanza sia un provvedimento amministrativo, soggetto al regime di tale tipologia d'atti. *Contra*, cfr. F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, p. 976, secondo il quale «[...] si diversifica dalla categoria concettuale del "provvedimento amministrativo": se non un atto formalmente normativo, esso rappresenta un atto *sui generis*, nell'ambito degli atti eteronomi».

Laddove si configuri quale atto amministrativo generale, ai sensi dell'art. 13 l. 7 agosto 1990, n. 241, non sembrerebbe trovare applicazione la disciplina sulla partecipazione al procedimento amministrativo.

Ove, invece, si atteggi ad atto a contenuto particolare, dovrebbe, anzitutto, ritenersi escluso l'obbligo di comunicazione *ex art. 7* della legge generale sul procedimento amministrativo, per l'intrinseca esigenza di celerità connaturata alla tipologia di atto in questione⁷².

Del resto, l'inapplicabilità dell'art. 7 discenderebbe anche dall'appartenenza dell'atto al *genus* dei provvedimenti di pubblica sicurezza, tradizionalmente esonerati da quest'onere per ragioni di riservatezza delle informazioni gestite dall'autorità.

Non può, peraltro, escludersi che, qualora *aliunde* ne vengano a conoscenza, gli interessati possano presentare istanza d'accesso agli atti, che potrebbe essere rigettata giusta il combinato disposto dell'art. 24, comma 6, lett. c) e dell'art. 3, d.m. 10 maggio 1994, n. 415, in materia di esclusione dell'accesso per gli atti relativi allo svolgimento delle funzioni di pubblica sicurezza.

Sotto il profilo istruttorio, l'autorità dovrebbe, compatibilmente con l'impellenza del provvedere, raccogliere elementi idonei a fornire un razionale quadro della situazione di fatto⁷³. In quest'ottica, il prefetto, quale autorità provinciale di pubblica sicurezza, può avvalersi dell'apporto consulenziale del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, di cui all'art. 20 della l. 1° aprile 1981, n. 121. È dunque richiesta un'adeguata base conoscitiva che supporti la valutazione tecnico-discrezionale in ordine alla ricorrenza dei presupposti per l'esercizio del potere straordinario. Non possono ritenersi sufficienti richiami di stile a generiche esigenze di cura dell'interesse pubblico, che renderebbero la "autoattivazione" sostanzialmente "libera".

A corollario dell'eccezionalità dell'istituto, anche con riferimento ai profili decisorii è richiesto all'amministrazione un peculiare sforzo motivazionale.

Va rimarcato, anzitutto, che la motivazione è richiesta anche nei casi di adozione di ordinanza a contenuto generale, in relazione alla quale, giusta la disciplina generale recata dall'art. 3, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, siffatto obbligo non sarebbe imposto⁷⁴.

⁷² In questo senso, sia pur con riferimento ad ordinanza sindacale, cfr. Cons. St., sez. V, 26 aprile 2018, n. 2535. Conforme anche M. CERASE, *op. cit.*, p. 3987.

⁷³ Cons. St., sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580 esige una «istruttoria adeguata». Ricorda comunque M. CERASE, *op. cit.*, p. 3990 che il Consiglio di Stato, in una pur risalente pronuncia del 1994, «concede tuttavia che nei provvedimenti *extra ordinem* non tutte le carenze, insufficienze e contraddittorietà a livello istruttorio o di motivazione ridondano necessariamente e automaticamente in eccesso di potere, dovendo le scelte dell'amministrazione essere valutate in rapporto a una situazione di emergenza del tutto eccezionale e straordinaria, nella quale la ponderazione e comparazione dei diversi interessi in gioco non seguono necessariamente le regole e i criteri che governano l'azione dei pubblici poteri in situazioni ordinarie».

⁷⁴ Così G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 37.

Dovrà, dunque, essere razionalmente esclusa la percorribilità delle vie ordinarie, dimostrandosene l'inidoneità alla gestione del caso concreto⁷⁵.

In tal senso, Corte cost. 14 aprile 1995, n. 127 richiede che «[...] sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione».

Incombe poi sull'autore l'argomentazione delle scelte compiute, in relazione alle finalità d'interesse pubblico perseguite⁷⁶.

Solo un siffatto *iter* logico-giuridico garantisce la piena conoscibilità – in funzione sia partecipativa che processuale – delle ragioni dell'Amministrazione.

Sotto il profilo del regime giuridico dell'atto, pare utile soffermarsi brevemente sui profili di invalidità.

Trattandosi di provvedimento amministrativo, opererà l'art. 21-*octies* della legge generale sul procedimento amministrativo, che contempla i tra vizi di legittimità dell'incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere.

Come osservato dalla dottrina⁷⁷, l'incompetenza potrà solo raramente venire in rilievo rispetto alle ordinanze *extra ordinem*, atteso che – in virtù dell'effetto da potere dittatorio – l'esercizio del potere straordinario accentra sul titolare ogni attribuzione sulla materia investita dall'emergenza. Vengono fatte salve le sole competenze esclusive riservate per Costituzione.

Analogamente, la violazione di legge, quale violazione di specifiche norme positive, non sembra predicabile in confronto dell'ordinanza libera, in ragione della sua capacità derogatoria delle fonti primarie.

Il controllo di legittimità si svilupperà, dunque, essenzialmente secondo le cadenze dell'eccesso di potere, quale violazione dei principi generali dell'azione amministrativa.

Il vizio potrà essere riscontrato, anzitutto, rispetto allo svolgimento del potere tecnico-discrezionale di riconoscimento della situazione emergenziale, in particolare *sub specie* di difetto di istruttoria e di irragionevolezza.

Analogamente l'eccesso di potere potrà essere dedotto in relazione alla decisione, allorché questa appaia irragionevole, illogica o sproporzionata⁷⁸. Il giudizio, peraltro, si estende non soltanto al contenuto strettamente dispositivo dell'ordinanza, ma anche alle deroghe alle fonti primarie stabilite dall'atto.

⁷⁵ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. SANTANIELLO), Padova, 2004, p. 242 ha precisato come «la qualificazione in termini amministrativi delle ordinanze in argomento ha consentito di portare l'attenzione del sindacato del giudice amministrativo, non solo sugli elementi di fatto (gli "eventi") su cui si fonda il potere di ordinanza, ma soprattutto sul rapporto tra questi elementi e la deroga alle norme legislative, insieme con la congruità della relativa motivazione».

⁷⁶ Richiede che le ordinanze contingibili e urgenti siano specificamente motivate l'art. 25 del codice della protezione civile, esprimendo un principio generale in materia.

⁷⁷ R. CAVALLO PERIN, *Ordine e ordinanza*, cit.

⁷⁸ Per un'ordinanza di un Comune isolano che illogicamente restringeva l'attività di navigazione soltanto ad alcune società commerciali, cfr. Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774. Al provvedimento si addebitava, altresì, di non aver

Infine, l'annullamento potrà discendere dallo sviamento, allorché emerga la preordinazione dell'atto a fine diverso da quello legislativamente definito.

12. Struttura del provvedimento

Il provvedimento si struttura in coerenza con il modello di redazione generale.

Anzitutto, in intestazione si identifica l'autorità emanante, che nella fattispecie è un organo monocratico. Inoltre, viene indicato l'oggetto dell'atto, così da circoscrivere l'ambito dell'intervento.

Trascorrendo alla parte centrale dell'atto, si ha il preambolo (introdotto con i "visti") in cui si richiamano le norme fondanti il potere e gli eventuali atti presupposti. Appare particolarmente rilevante indagare su quale base giuridica agisca l'amministrazione, così da poter orientare un primo vaglio di legittimità, fermo il potere di qualificazione spettante all'autorità giudiziaria.

Quindi, aperta dai "considerato", viene la motivazione del provvedimento. In quella sede, dovrà farsi riferimento alla situazione di fatto, da ricostruire alla luce dell'istruttoria compiuta, in cui figurano anche gli eventuali pareri rilasciati da altri soggetti od organi⁷⁹. Nelle ordinanze prefettizie assume un ruolo centrale il parere espresso dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, di cui all'art. 20 l. 1° aprile 1981, n. 121.

In coerenza con l'istruttoria, occorrerà poi motivare le scelte amministrative, anche in deroga alla legislazione vigente. In questa prospettiva, ci si dovrebbe soffermare sulle ragioni che inducono a discostarsi dalla disciplina ordinaria.

Segue il dispositivo, in cui l'amministrazione reca l'ordine. Laddove si tratti di statuizioni complesse, il dispositivo potrà essere organizzato in un articolato, secondo lo stile degli atti normativi. Nel dispositivo il prefetto prescrive ordini e divieti, a contenuto libero, per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. Nelle ordinanze di protezione civile, a norma dell'art. 25, comma 1 d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, devono essere indicate le principali norme a cui si intende derogare e le deroghe devono essere specificamente motivate. Tale richiesta del legislatore risulta costantemente soddisfatta nella prassi amministrativa della protezione civile.

Del resto, tale obbligo sussiste, in via generale, per la complessiva categoria delle ordinanze contingibili e urgenti ai sensi dell'art. 42, comma 1, lett. a) d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Si riscontra, peraltro, come, sia pure da una consultazione non certo esaustiva, questa disposizione risulti sovente disattesa dagli altri

fronteggiato un'urgenza, avendo esso piuttosto mirato «disciplinare una situazione duratura e senza alcun limite di durata, a fronte di situazioni preventivamente più che notorie». Rileva l'incongruenza tra istruttoria e misura straordinaria Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2018, n. 6951.

⁷⁹ Rileva M. CERASE, *op. cit.*, p. 3986 che «la constatazione delle premesse di fatto e gli atti presupposti elencati nei preamboli delle ordinanze coinvolgono solitamente una tale sequela di soggetti istituzionali che di fatto si tratta di atti largamente concertati».

organi titolari del potere di ordinanza. Potrebbe dubitarsi che tale violazione comporti l'illegittimità dell'atto, sembrando piuttosto integrare un'ipotesi di irregolarità.

La conclusione, infine, reca data, luogo e sottoscrizione dell'atto, che ne afferma la riconducibilità giuridica all'autorità emanante.

Il provvedimento, come detto, deve essere oggetto di pubblicazione e, deve ritenersi, questa potrebbe anche assolvere funzioni di integrazione dell'efficacia, ex art. 21-*bis* della legge generale sul procedimento amministrativo.

Lex specialis è dettata dall'art. 25, comma 4 del codice della protezione civile, secondo cui le ordinanze di protezione civile entrano in vigore dal momento della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

13. Le ordinanze incidenti su diritti costituzionali

Negli ultimi anni, sono state oggetto dell'attenzione della dottrina alcune ordinanze prefettizie che hanno inciso su diritti costituzionali.

Giova, anzitutto, premettere che, superando la dottrina dei diritti resistenti a tutta oltranza, autorevole dottrina ritiene che la previsione di poteri autoritativi non sia incompatibile con l'esercizio di libertà costituzionalmente presidiate⁸⁰.

Siffatte ordinanze operano in ambiti coperti da riserva relativa di legge, terreno nel quale, secondo la giurisprudenza costituzionale, il potere d'ordinanza *extra ordinem* potrebbe esplicarsi, salvo il rispetto dei principi posti dal legislatore⁸¹.

È, tuttavia, stato osservato come talora una cornice normativa primaria manchi, ponendo in crisi la legittimazione del provvedimento d'urgenza in tali ambiti materiali.

Al riguardo, secondo un orientamento permissivo, la riserva potrebbe ritenersi soddisfatta dalla stessa norma attributiva del potere e dai principi generali dell'azione amministrativa, che consentirebbero la giustiziabilità del provvedimento⁸².

⁸⁰ Cfr. N. PIGNATELLI, *op. cit.*, e l'ampia bibliografia ivi richiamata.

⁸¹ Così anche TAR Liguria, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524, con specifico riferimento alla libertà di circolazione. Al riguardo, cfr. anche C. MAINARDIS, *Art. 16*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

⁸² Questa parrebbe la tesi di R. CAVALLO PERIN, *Ordine e ordinanza*, cit. Tuttavia, ID., *Potere di ordinanza*, cit., p. 61, dopo una disamina di ordinanze libere, osserva che «non pare si possa parlare di potere “creativo”, o di determinazione “*extra ordinem*” siccome non prevista dal legislatore, unicamente perché lo stesso rapporto d'autorità è sperimentato dalla pubblica amministrazione in altri casi, secondo procedure più libere e da organi diversi da quelli indicati nella disposizione attributiva del potere nominato».

Più rigoroso indirizzo interpretativo, per contro, esigerebbe per i casi di intervento dell'ordinanza *extra ordinem* in materia coperta da riserva relativa la previsione, da parte della norma attributiva del potere, di principi e criteri direttivi, a pena di incostituzionalità⁸³.

In prospettiva mediana, potrebbe ritenersi che direttive di rango primario possano essere rinvenute, anche in via implicita e deduttiva, dalla compulsazione dell'ordinamento giuridico complessivo e della specifica materia trattata⁸⁴, senza pretendere che vi sia un'espressa norma d'azione che regoli un potere amministrativo ordinario, dovendosi altrimenti concludere che le ordinanze libere sarebbero null'altro che una "variante straordinaria" di poteri "a regime"⁸⁵.

Si potrebbe così pervenire ad una lettura specializzante dei principi di legalità e della riserva di legge in relazione all'ordinanza libera, evitando tanto di vanificare la *ratio* dell'istituto, quanto di accedere a un'interpretazione che recida completamente – e illegittimamente – ogni nesso tra il provvedimento d'urgenza e l'ordinamento giuridico generale.

⁸³ Così G. MANFREDI, *op. cit.* Cfr. anche G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 98, secondo cui «in principio deve dirsi che le ordinanze *contra legem* in materia coperta da riserva relativa di legge sono ammissibili, purché le norme che le prevedono contengano l'indicazione dei criteri direttivi che dovranno guidare la pubblica amministrazione nell'esplicazione del suo potere discrezionale, giacché questo, come minimo, esige l'istituto della riserva relativa di legge. In concreto deve dirsi invece che molte delle norme attributive di poteri di ordinanza oggi vigenti non contengono l'indicazione dei criteri direttivi e quindi non legittimano la pubblica Amministrazione (o pretendono incostituzionalmente di legittimare la pubblica Amministrazione) ad adottare provvedimenti in materia coperta da riserva relativa di legge». L'Autore evoca, non casualmente, proprio l'art. 2 TULPS e, più oltre, rimarca che anche *de jure condendo* «le ordinanze [...] possono intervenire *contra legem* in materia coperta da riserva relativa solo quando le norme relative contengono i criteri direttivi (e cioè, oggi, solo in alcuni pochi casi) [...]».

⁸⁴ In caso contrario, rischiandosi un'*interpretatio abrogans* dell'istituto dell'ordinanza libera. Cfr. G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 98, laddove afferma che, alla stregua della lettura più rigorosa, «in definitiva, il potere di ordinanza conforme a Costituzione si riduce in limiti molto ristretti, pregiudicando il fine che con esso il legislatore si proponeva, fare fronte a tutte o per lo meno alla più parte delle situazioni di urgente necessità, non solo a quelle non riservate, in via assoluta o relativa, a leggi». Secondo l'Autore, anche fuori dei limiti costituzionali, residuerebbe all'Amministrazione la possibilità di adottare ordinanze illegittime sulla spinta della necessità, che dovrebbero tuttavia in seguito essere oggetto di sanatoria da parte degli organi competenti. Si esigerebbe così dall'autorità la determinazione ad agire consapevolmente *contra legem*, nell'auspicio che – in seguito – l'atto sia ratificato. È presumibile che, a fronte di un rischio penale, anche per la cultura legalista dell'amministrazione italiana, il caso di necessità non verrebbe affrontato, o almeno non tempestivamente. Del resto, pare un *vulnus* ordinamentale la "messa fuori legge", salvo sanatoria, dello stato d'eccezione: in sostanza, l'ordinamento chiede, per essere salvato, di essere violato. Riguardo la "paura della firma" nell'amministrazione pubblica italiana e la recente riforma del reato dell'abuso d'ufficio, cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale*, 7-8/2020. Al meccanismo giuridico della sanatoria sopra prospettato pare aver fatto riferimento il legislatore con l'art. 4 d.l. 27 febbraio 1982, n. 57, conv. dalla l. n. 29 aprile 1987, n. 187, che dichiarava legittimi gli atti, anche emanati in difformità dalla legge vigente, adottati per fronteggiare l'emergenza sismica degli anni 1980 e 1981 in Campania e Basilicata. Come noto, la norma fu ritenuta costituzionalmente legittima da Corte cost. 3 aprile 1987, n. 100.

⁸⁵ La stessa sentenza Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115 riafferma come il principio di legalità dell'azione amministrativa possa subire un temperamento per il caso di ordinanze contingibili e urgenti. Non sfugge come il riferimento fosse agli artt. 23 e 97 Cost., in punto di azione amministrativa, ma il ragionamento potrebbe essere esteso anche alle riserve in materia di diritti costituzionalmente garantiti.

14. (segue) Il divieto di assembramenti

Tanto posto, si trascorre ad esaminare l'ordinanza siracusana del 9 maggio 2019 che, a fronte di una situazione di tensione sindacale, ha istituito una “zona rossa” a tutela della catena logistica del petrolchimico⁸⁶.

Rispetto a tale decisione amministrativa si sono registrate voci critiche della dottrina, soffermatesi, in particolare, su due profili⁸⁷.

Anzitutto, viene osservato come l'ordinanza prefettizia non possa, *ex ante* e in astratto, porre un divieto alle riunioni pubbliche. Queste non sono sottoposte dalla Costituzione ad un regime autorizzatorio, imponendosi soltanto un preavviso a carico degli organizzatori, in conseguenza del quale è rimesso al questore vietare l'evento o formulare delle prescrizioni.

L'ordinanza sovvertirebbe questo meccanismo giuridico, incidendo illegittimamente sul diritto di riunione dei consociati.

Ulteriore censura fonda sul rilievo che il prefetto, abdicando a una “terzietà” di matrice giolittiana, sarebbe intervenuto nelle dinamiche del conflitto sociale, ponendo degli ingiustificati divieti violativi del principio di proporzionalità.

Entrambe le argomentazioni non sono state accolte dal TAR catanese⁸⁸.

Secondo il giudice amministrativo, anzitutto, l'ordinanza *ex art. 2 TULPS* non avrebbe negato il diritto di riunione, ma soltanto operato un bilanciamento tra questo ed altri diritti di pari rango costituzionale. In sostanza, il prefetto non avrebbe vietato manifestazioni o cortei, ma soltanto prescritto delle modalità di svolgimento, anche topografiche, che non compromettessero l'efficienza del sistema produttivo locale⁸⁹.

⁸⁶ Non dissimile l'ordinanza del prefetto di Torino che – per la tutela delle aree cantieristiche – inibiva l'accesso alle arterie viarie circostanti alla sede dei lavori finalizzati alla realizzazione della TAV. Avverso tale provvedimento insorgevano alcune comunità montane, da sempre contrarie alla realizzazione della linea ferroviaria Torino-Lione. TAR Piemonte, sez. I, 3 agosto 2012, n. 969 (annotata da Gi. FERRARI – L. TARANTINI, in *Urbanistica e appalti* 11/2012, p. 1207) ha respinto le censure dei ricorrenti, riconoscendo la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere straordinario del prefetto. Il giudice amministrativo poneva altresì in evidenza come il potere *ex art. 2 TULPS* possa incidere su diritti garantiti dalla Carta, laddove questi non siano presidiati da una riserva assoluta di legge e nei limiti di un bilanciamento costituzionalmente compatibile. Donde potrebbe, sul piano della teoria generale, desumersi l'esistenza della categoria degli interessi legittimi fondamentali, quale conformazione dei diritti costituzionali dinanzi a un potere che legittimamente possa comprimerli: cfr. N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un “falso” costituzionale*, in *Federalismi* 12/2020.

⁸⁷ Cfr., in particolare, A. BELLAVISTA, *Ordinanze prefettizie, libertà di riunione e diritto al conflitto*, in *Questione giustizia*, 27 settembre 2019.

⁸⁸ TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 466. Coerente con questa impostazione, sebbene anteriore all'adozione di una disciplina dei servizi pubblici essenziali, Corte cost. 4 gennaio 1977, n. 4, che riconosceva la legittimità costituzionale dell'art. 20 r.d. 3 marzo 1934, n. 383 (testo unico della legge comunale e provinciale), in base alla quale il prefetto di Rieti, durante uno sciopero a tempo indeterminato, aveva ordinato a dodici unità del personale ausiliario di riprendere di riprendere il servizio.

⁸⁹ Conforme Cons. St., Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 85, laddove si afferma, con riferimento all'istituzione della “zona rossa” nella città di Genova al tempo dello svolgimento del G8, che non vi sarebbe stata una sospensione *contra legem* dell'esercizio di diritti fondamentali dei singoli da parte della Autorità amministrativa, ricorrendo tale ipotesi solo

Potrebbe soggiungersi che la tensione dialettica tra diritto di riunione, *ex art. 17 Cost.*, e altri diritti costituzionali possa, in casi eccezionali, legittimamente trovare componimento anche in un atto preventivo del prefetto, tanto più ove esso si limiti a delle *prescrizioni*, senza imporre *divieti*.

Secondo queste cadenze argomentative, il pluralismo della Carta costituzionale, nell'escludere la preminenza tirannica di un valore sugli altri, ammetterebbe un bilanciamento tra sicurezza e diritto di riunione anche *ex ante*, purché il secondo non risulti compromesso o vanificato.

L'argomento *a contrario* desunto dall'art. 17 Cost., comma 3 sembrerebbe, invero, superabile. Sul piano sistematico, infatti, il bilanciamento "preventivo" operato dal prefetto media pur sempre tra libertà di riunione e sicurezza, in stretta adesione al disposto costituzionale, senza che vengano introdotti in via ermeneutica ulteriori limitazioni alla libertà di riunirsi⁹⁰.

Deve poi scrutinarsi la doglianza secondo cui il prefetto avrebbe assunto una strategia 'illiberale', ingerendosi illegittimamente – o almeno contro lo spirito della Costituzione – nello scontro sindacale e violando quella "riserva di società civile" garantita dalla Carta alle parti sociali.

In tema, richiamando l'evocata ordinanza del TAR catanese, è sostenibile che alla libertà di sciopero sia stato imposto un limite ragionevole, giacché restava pur sempre garantito il diritto dei lavoratori di astenersi collettivamente, e nelle forme ritenute più appropriate, dal lavoro.

Sembrerebbero esser stati salvaguardati, dunque, senza elidere né indebitamente comprimere il diritto di libertà, concorrenti valori di pari rango, che era dovere dell'autorità emanante – responsabile dell'ordine pubblico, ma anche della mediazione sociale – tenere in debito conto⁹¹.

15. (segue) "Zone rosse" e sicurezza urbana

Altra tipologia d'ordinanza *ex art. 2 TULPS* esplorata dalla dottrina riguarda l'istituzione di "zone rosse" nei centri storici, al fine di preservare la sicurezza urbana⁹².

In queste ipotesi, il prefetto ha disposto il divieto di accedere ai centri cittadini nei confronti di quanti risultassero denunciati per dei reati-presupposto individuati dalla medesima ordinanza.

«allorché è in toto precluso al singolo di poter esercitare il diritto di circolazione o gli altri diritti, costituzionalmente garantiti [...]».

⁹⁰ Si aggiunga anche l'argomento testuale, per cui la lettera della disposizione si riferisce al divieto dell'autorità, e non già ad eventuali prescrizioni.

⁹¹ Ancora, giova ricordare Cons. St. Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 85, ove si afferma, chiarissimamente, che «dalla legislazione primaria si desume un principio opposto a quello, sostanzialmente di ingiustificato individualismo, che è a fondamento del ricorso, vale a dire che le libertà individuali, nello Stato sociale, vanno coniugate all'unisono con l'interesse della collettività e subiscono delle compressioni in talune modalità di esercizio, per renderle compatibili con le libertà pari ordinate di altri».

⁹² V. C. RUGA RIVA, *Il prefetto, il brutto e il cattivo: prove atecniche di neo-ostracismo. Le ordinanze prefettizie sulle zone rosse e il diritto penale "Google Maps"*, in *Questione giustizia*, 13 maggio 2019, nonché A. ALGOSTINO, *op. cit.*, pp. 105 ss.

Finalità del provvedimento d'urgenza consisteva nell'evitare – anche alla luce dei flussi turistici previsti per la stagione primaverile ed estiva – turbative all'ordine e alla sicurezza pubblica.

Questo modello di ordinanza ha attirato notazioni fortemente critiche per diversi profili.

Anzitutto, è stato rilevato come le “zone rosse” siano state istituite dai prefetti in ottemperanza a una direttiva del Ministro dell'interno, secondo una logica centralistica e con un controllo politico degli organi periferici lesivo degli equilibri tra i poteri dello Stato, nonché tra Stato e autonomie locali.

La direttiva viene ricostruita come una declinazione del *soft law*, ispirata all'effettività piuttosto che alla validità, che attenterebbe alle dinamiche democratiche. Sarebbe infatti l'esito di una decisione monocratica, scollegata dal circuito di legittimazione popolare⁹³.

Deve tuttavia osservarsi come la direttiva non sembri estranea al sistema costituzionale, trattandosi di un tradizionale istituto amministrativo, legato alla collocazione gerarchica del vertice di una struttura burocratica⁹⁴.

È infatti nella responsabilità governativa l'adozione di un indirizzo politico, ai sensi dell'art. 95 Cost., che dovrà essere tradotto in atti dagli organi tecnici a ciò deputati⁹⁵.

Ciò è confermato, peraltro, dalla responsabilità dei Ministri per gli atti dei loro dicasteri.

Soverrebbe anche un altro argomento: il modello costituzionale dell'amministrazione pubblica è, come noto, plurale⁹⁶.

Accanto alla costruzione piramidale cavouriana, delineata dall'art. 95 Cost., si staglia l'amministrazione autocefala tratteggiata dagli artt. 54, 97 e 98 Cost.

Si tratta dell'«idea dell'amministrazione come apparato a sé, separato dal governo e in genere dal potere politico: una sorta di *pouvoir administratif* non subordinato al potere politico ma regolato direttamente dalla legge»⁹⁷.

L'autorevole dottrina che ha teorizzato questa partizione concettuale ha altresì ritenuto che non può darsi la prevalenza di un modello sull'altro, riconoscendo invece la Costituzione una fisiologica dialettica tra loro.

⁹³ Così A. ALGOSTINO, *op. cit.*

⁹⁴ In tema, cfr. G. SCIULLO, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990 (agg. 2011).

⁹⁵ Riguardo l'indirizzo politico, cfr. M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1993, nonché G. AMATO, *La funzione di governo, oggi (ricordando Alberto Predieri)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. È evidente che si allude qui all'indirizzo politico della maggioranza, che conferisce impulso e fornisce direttive agli organi dell'amministrazione.

⁹⁶ Cfr. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, pp. 1845 ss. L'Autore, com'è noto, identifica tre modelli di organizzazione amministrativa: a) l'amministrazione-apparato servente del Governo; b) l'amministrazione autocefala (come autonomo *pouvoir administratif*); c) l'amministrazione comunitaria (autonomistica).

⁹⁷ Ivi, p. 1847.

In questa prospettiva, si dovrebbe ritenere che nell'istituto prefettizio convivano i due modelli “centralistici”, essendo esso sì tenuto alla lealtà nei confronti del Governo in carica, ma nel rispetto della legge e dei principi d'imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa.

L'amministrazione, pertanto, conserverebbe la propria *autonomia* nei confronti del potere politico, essendo chiamata a realizzarne le direttive soltanto entro i margini di discrezionalità rimessile dalla legge. Sul piano teleologico, infine, è stato osservato come le ordinanze istitutive delle “zone rosse” aderiscano a una visione “di classe” della città. Bandendo dai centri storici gli indesiderati, favorirebbero la costruzione di una città-fortezza, votata all'estetica del decoro, con un processo di surrettizia “nemicalizzazione” del disagio. Riaffiorerebbero i tipi, noti allo Stato borghese, degli oziosi e vagabondi. Naturalmente, si è qui sul piano della politica amministrativa, scorrendosi – a ben guardare – di quel merito amministrativo riservato all'amministrazione.

Certamente, le preoccupazioni dell'avvertita dottrina appena sunteggiata interrogano sull'effettiva attuazione della Carta costituzionale rispetto ai principi di solidarietà sociale, di inclusione, di diritto al lavoro.

Nondimeno, non può sottacersi come esistano luoghi particolarmente esposti a rischio criminogeno, che necessitano di misure presidiarie adeguate ai fini della piena agibilità dello spazio pubblico. È questa, del resto, la *ratio* del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, in materia di sicurezza urbana, che ha evidenziato l'esigenza di preservare la vivibilità delle città, attraverso misure concorrenti di prevenzione non solo ambientale, ma anche comunitaria.

Sotto il profilo strettamente contenutistico, i commentatori hanno ravvisato vizi di legittimità sia quanto ai presupposti del potere di necessità, sia quanto alle determinazioni assunte dai prefetti.

In relazione ai primi, si è anzitutto messo in luce come le ordinanze fossero ispirate alla gestione di un fenomeno ordinario e prevedibile, vale a dire l'interessamento dei centri urbani di grandi città d'arte italiane da flussi turistici massicci.

Si è quindi evidenziato che un potere d'ordinanza in materia di sicurezza urbana spetta al sindaco, ai sensi dell'art. 54 TUEL, sicché l'intervento prefettizio vulnererebbe la competenza del vertice dell'ente locale. Infine, è stata paventata l'illogicità della individuazione dei cittadini “esclusi” dai centri storici, legata alla mera denuncia per un catalogo di reati privo di una logica di sistema, che suggerirebbero – al fondo – una visione autorale del diritto amministrativo punitivo.

Si tratta di censure che, almeno in parte, sono state vagliate dal TAR toscano, che ha annullato l'ordinanza del prefetto di Firenze sulle “zone rosse”.

Il giudice amministrativo ha ritenuto, anzitutto, con priorità logica del motivo d'impugnazione, che il prefetto non avesse violato le competenze sindacali. Tale assunto è giustificato dalla constatazione che il

sindaco agisce – *ex art. 54 TUEL* – quale ufficiale del Governo e non già in quanto rappresentate dell'ente locale⁹⁸.

Il collegio riconosce invece la carenza in concreto dei presupposti di eccezionalità per l'attivazione del potere *extra ordinem*. In consonanza con l'evocata dottrina, il TAR fiorentino rileva come il significativo flusso turistico primaverile sia, per la Città, un dato di comune esperienza, per il quale non può invocarsi alcun profilo emergenziale.

La pronuncia, infine, afferma l'illegittimità della qualificazione di pericolosità recata dall'ordinanza secondo un automatismo discendente da preve denunce delle Forze di polizia per determinate fattispecie criminose. Secondo i giudici amministrativi, «detta automatica equiparazione appare irragionevole poiché non è dato evincere un nesso di consequenzialità automatica tra il presupposto e la conseguenza. In altri termini non è predicabile in via automatica un comportamento di tal genere in capo a chi sia solamente denunciato per determinati reati».

Si può allora ritenere che le ordinanze istitutive di “zone rosse” non siano in sé e per sé illegittime, necessitando – tuttavia – di un adeguato supporto motivazionale che, oltre a recare una coerente e logica analisi dei presupposti, dia conto della ragionevolezza e proporzionalità delle misure adottate⁹⁹.

16. Le ordinanze in materia di manifestazioni sportive. Relazioni tra ordinanze prefettizie e ordinanze sindacali

Le manifestazioni sportive possono dar luogo a episodi di grave pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica.

In particolare, oltre al pericolo per la *safety* derivante da assembramenti sugli spalti o presso le sedi di maxischermi¹⁰⁰, non sono estranei alla subcultura del tifo organizzato violenti scontri fisici tra *supporters* di squadre avversarie¹⁰¹.

⁹⁸Pertanto, non sembra che questa notazione possa giustificare uno sconfinamento prefettizio ai sensi dell'art. 2 TULPS che, nella sostanza, equivale ad un'avocazione, che pure è prevista ai sensi dell'art. 54, comma 11 TUEL. Si sarebbe dovuto allora, probabilmente, far ricorso a quel titolo competenziale: sebbene puramente nominalistica, questa ricostruzione sembrerebbe più confacente al sistema normativo.

⁹⁹ Pare confermare questa conclusione anche la giurisprudenza amministrativa che ha riguardato l'istituzione delle “zone rosse” in occasione del G8 di Genova: TAR Liguria, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524 e Cons. St., Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 85. Rilevante, ai fini processuali, la notazione per cui «il principio della configurabilità di un interesse morale fino alla decisione finale trova applicazione anche in relazione alle controversie aventi per oggetto atti ad efficacia temporale limitata a brevi periodi e destinata ad esaurirsi prima della conclusione del procedimento giurisdizionale». Merita attenzione anche il riconoscimento della legittimazione delle associazioni, secondo l'applicazione dei consueti canoni giurisprudenziali, trattandosi di scelta interpretativa che favorisce la giustiziabilità delle ordinanze.

¹⁰⁰ Cfr., ad esempio, i tragici fatti di piazza San Carlo, occorsi il 3 giugno 2017 a Torino.

¹⁰¹ I casi sono numerosi: *ex multis*, possono ricordarsi gli scontri del 3 maggio 2014 tra tifosi della Roma e del Napoli, a seguito dei quali perse la vita *Ciro Esposito*.

In questa prospettiva, l'art. 7-*bis* l. 13 dicembre 1989, n. 401 ha attribuito al prefetto il potere di differire o vietare, per un periodo non superiore a 30 giorni, lo svolgimento di manifestazioni sportive, così da ridurre o eliminare il rischio per la tenuta dell'ordine pubblico.

Il provvedimento dev'essere emanato sentito il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, integrato per la circostanza da rappresentanti del Ministero per i beni e le attività culturali e del CONI¹⁰².

Il successivo art. 7-*bis*.1 assegna poi il potere di divieto della trasferta alle tifoserie calcistiche al Ministro dell'interno – Autorità nazionale di pubblica sicurezza, facendo peraltro salvi i provvedimenti di competenza prefettizia.

Alla stregua di tale disposto, pare dubbio che possa predicarsi oggi, in materia, il carattere della contingibilità, che abiliterebbe all'adozione dell'ordinanza ex art. 2 TULPS¹⁰³.

Secondo un *climax* discendente, il prefetto, stavolta ex art. 2 TULPS, può vietare la vendita di alcolici¹⁰⁴ nonché la somministrazione di bevande e alimenti in contenitori di vetro¹⁰⁵ in concomitanza con la manifestazione sportiva. Talora l'ordinanza prefettizia pone limitazioni alla vendita di alcolici nello stadio ovvero in aree sensibili per l'intera stagione sportiva, ponendo una disciplina dotata di un certo carattere di stabilità¹⁰⁶.

Le delineate determinazioni prefettizie non sono avulse da una valutazione complessiva di livello nazionale, fondando esse su una previa istruttoria condotta dagli organi centrali del Ministero dell'interno. In questa logica, alle manifestazioni sportive sono assegnati dei livelli di rischio dall'Osservatorio nazionale sulle manifestazioni sportive, che si avvale, a fini conoscitivi, del Centro nazionale di informazione sulle manifestazioni sportive.

Nelle ipotesi esaminate pare naturale la prevalenza del bene-sicurezza sulla libertà d'iniziativa economica e sul diritto a godere della manifestazione sportiva, probabilmente sussumibile nel catalogo aperto di cui all'art. 2 Cost. come forma di diritto "esistenziale".

Tanto posto, occorre soffermarsi su un potenziale conflitto tra le ordinanze prefettizie appena evocate ed eventuali provvedimenti sindacali ex art. 50, comma 5 TUEL, secondo cui il sindaco può emanare

¹⁰² Per una rara pronuncia giurisdizionale in tema, cfr. Cons. St., Sez. II, 12 maggio 2021, n. 3738. Il Consiglio di Stato ha censurato l'operato della prefettura, che aveva qualificato in termini di ordinanza ex art. 2 TULPS il divieto, omettendo così, *contra legem*, di sentire il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica. Legittima sembra invece l'ordinanza ex art. 2 TULPS che disponga il rinvio della gara in ragione dell'emergenza da COVID-19: v. l'ordinanza del prefetto di Torino del 3 marzo 2020, che ha disposto il rinvio di Juventus-Milan.

¹⁰³ Cfr. l'ordinanza libera del prefetto di Napoli del 10 marzo 2009, relativa alla sfida Sorrento-Foggia, antecedente alla novella del 2014 che ha introdotto la norma in commento.

¹⁰⁴ V. ordinanza del prefetto di Bari del 6 luglio 2006.

¹⁰⁵ È il caso dell'ordinanza del prefetto di Roma del 9 luglio 2021.

¹⁰⁶ Ordinanza del prefetto di Vercelli 20 agosto 2019. Si solleva qui la questione annosa della capacità del provvedimento *extra ordinem* di disporre a tempo indeterminato o, comunque, per un significativo *spatium temporis*.

ordinanze contingibili e urgenti in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche, a tutela delle esigenze di tranquillità e di riposo dei residenti.

Quid juris ove siano poste discipline confliggenti?

Invero, entrambi i poteri sono *extra ordinem*, sebbene funzionalizzati ad esigenze diverse. Le ordinanze prefettizie mirano a salvaguardare l'ordine e la sicurezza pubblica, quelle sindacali le istanze locali, tanto che il sindaco agisce come rappresentante della comunità di riferimento.

Non potrebbe, allora, invocarsi il meccanismo del potere “dittatorio”, atteso che tanto il sindaco quanto il prefetto agirebbero in via straordinaria, per mezzo di atti atipici.

Ferma restando non solo l'auspicabilità, ma la stessa doverosità del coordinamento¹⁰⁷ tra le Amministrazioni, in ossequio al principio di leale collaborazione, una soluzione – che si ritiene preferibile anche per esigenze di certezza – potrebbe riposare sul carattere fondamentale del bene dell'ordine e sicurezza pubblica, afferente ai beni pubblici primari dell'ordinamento.

In questa prospettiva, dunque, la funzione di pubblica sicurezza, a vocazione trasversale, dovrebbe prevalere su quella di cura della comunità locale.

Non potendo il conflitto essere risolto sulla base di argomenti formali, potrebbe accedersi ad un approccio sostanzialistico, che accordi preminenza all'interesse pubblico di maggior rilievo. Talché, l'ordinanza comunale sarebbe cedevole rispetto alla determinazione prefettizia.

Altra soluzione potrebbe consistere, invece, nell'affermazione dell'autonomia dei due provvedimenti: le misure dell'uno non scalfirebbero quelle dell'altro, sicché – in ipotesi – i divieti, ove non coincidenti per fascia oraria, si cumulerebbero.

Opera certamente l'effetto da potere dittatorio in favore dell'istituto prefettizio, invece, in relazione al potere di cui all'art. 50, comma 7-*bis*, che affida al sindaco il potere “a regime” di porre limitazioni in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche, per un periodo comunque non superiore a trenta giorni. Qui il potere locale a regime cade a fronte dell'esercizio del potere straordinario del prefetto.

Ad esiti diversi dovrebbe invece condurre l'analisi dei rapporti tra ordinanze contingibili e urgenti *ex art.* 54, comma 4 TUEL ed *ex art.* 2 TULPS.

Non si dubita, infatti, che, allorché agisca *ex art.* 54 TUEL, il sindaco-ufficiale del Governo sia subordinato al prefetto, cui compete – tra l'altro – un potere d'annullamento dell'ordinanza sindacale¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cfr. V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962.

¹⁰⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3076, annotata da M. GNES, *L'annullamento prefettizio delle ordinanze del sindaco quale ufficiale del governo*, in *Giornale di diritto amministrativo* 1/2009, pp. 44 ss. La decisione non casualmente, a conferma della sovraordinazione del prefetto, evoca il potere *ex art.* 2 TULPS.

Sicché, alla stregua di tale rapporto interorganico, il prefetto sembrerebbe disporre di un potere di revoca dell'atto sindacale *ex art.* 54 e di sostanziale avocazione del potere straordinario, che verrebbe così esercitato in via esclusiva ai sensi dell'art. 2 TULPS¹⁰⁹.

A conferma di tale conclusione, potrebbe altresì evocarsi l'art. 13, comma 2 l. 1° aprile 1981, n. 121, giusta il quale il prefetto «assicura unità di indirizzo e coordinamento dei compiti e delle attività degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza nella provincia, promuovendo le misure occorrenti», ciò che implica la facoltà di accentramento dei poteri straordinari in capo all'istituto prefettizio¹¹⁰.

17. La chiusura anticipata di bar e circoli ricreativi nel territorio comunale

Un *unicum* – a quanto consta – nel panorama delle ordinanze prefettizie *ex art.* 2 TULPS è l'ordine di «chiusura anticipata dei bar e dei circoli ricreativi siti nel territorio del Comune» di Marcianise, emanato dal prefetto di Caserta il 6 gennaio 1998 per la durata di venti giorni¹¹¹.

Quest'ordinanza, ribattezzata “coprifuoco” dei giornali locali, venne emessa a fronte di «numerosi fatti di sangue culminati, da ultimo, in due omicidi commessi nella tarda serata del 4 e del 5 gennaio u.s., all'interno di due bar del centro cittadino, alla presenza di avventori».

Il provvedimento prefettizio era stato preceduto da una seduta del Comitato per l'ordine e la provincia pubblica, che aveva espresso parere favorevole, condiviso dal sindaco di Marcianise, intervenuto alla riunione.

Può, dunque, trascorrersi ad esaminare il provvedimento alla luce della discrezionalità mista che, come sopra argomentato, connota l'ordinanza *ex art.* 2 TULPS.

Il contesto criminale in cui inscrive l'ordinanza, caratterizzato da una lunga teoria di omicidi – 8 in sei mesi e 2 nei giorni appena precedenti il provvedimento –, pare tutt'affatto eccezionale. Pertanto, deve ritenersi che il diffuso pericolo per le condizioni fondamentali di legalità nel Comune casertano non potesse essere fronteggiato con gli strumenti ordinari, essendo invece indispensabile l'attivazione di meccanismi giuridici *extra ordinem*.

¹⁰⁹ Ritiene necessaria un'ascrizione legislativa del potere di annullamento e di revoca officiosi in capo al superiore gerarchico F. S. SEVERI, *Gerarchia e rapporti interorganici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2012. Sulla gerarchia v. anche R. GAROFOLI – Gi. FERRARI, *op. cit.*, p. 118.

¹¹⁰ Per i profili organizzatori dell'Amministrazione della pubblica sicurezza e il ruolo del prefetto-autorità provinciale di pubblica sicurezza, v. G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 281 ss.

¹¹¹ Donde il particolare interesse rivestito dal provvedimento, atteso che, come osservato da R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza*, cit., p. 22, «difficilmente la pubblica amministrazione è pervenuta a scelte troppo nettamente innovative, seguendo piuttosto, nella determinazione dei contenuti del potere di ordinanza, una linea di scelta analogica a partire dalle disposizioni di legge che disciplinano i poteri necessitati tipici». Va, peraltro, osservato che più recentemente si sono registrati provvedimenti più innovativi se non fantasiosi, soprattutto da parte dei sindaci in esercizio dei poteri *ex art.* 54 TUEL.

Tanto posto in punto di legittimazione, sul piano contenutistico il prefetto si è determinato ad agire in materia di orari degli esercizi commerciali, attratta all'autorità di governo dell'ordine pubblico secondo lo stilema del “potere dittatorio”¹¹².

Il provvedimento muoveva dalla constatazione dello scenario in cui erano maturati i due ultimi delitti di criminalità organizzata, che – per le efferate modalità di realizzazione – avrebbero potuto porre a repentaglio la vita di ignari avventori dei bar. L'ordinanza, pertanto, pareva rispondere all'esigenza di limitare le occasioni criminose, rappresentando anche misura di salvaguardia per la cittadinanza, estranea al brutale scontro camorristico.

La misura, inoltre, avrebbe potuto liberare risorse delle Forze di polizia da destinare al controllo diffuso del territorio, così fornendo una risposta sia sul piano della sicurezza reale che di quella percepita.

Per altra prospettazione invece, la ragionevolezza del provvedimento appariva dubitabile¹¹³. Non vi sarebbe, infatti, alcuna evidenza che deponga nel senso che le ore serali siano più criminogene, soprattutto se si intenda arginare non già la devianza giovanile o la “*malamovida*”, bensì una “offensiva” camorristica. Del resto, secondo questa linea argomentativa, l'imposizione di una chiusura “totale” – che avrebbe potuto resistere sul piano logico – sarebbe stata da considerarsi tuttavia sproporzionata.

Non essendovi stata impugnazione del provvedimento, non si conosce sul punto la posizione della giurisprudenza amministrativa.

Non può, peraltro, trascurarsi che l'atto sembrerebbe esser stato anche preordinato – in una dimensione metagiuridica – a suscitare l'attenzione dei *media* nazionali, a responsabilizzare la classe politica locale, a esprimere una posizione forte dell'Amministrazione centrale.

Interessante, a questi riguardi, è allora anche l'impatto sociologico del “coprifuoco” sulla comunità locale. Come osservato, il sindaco aveva espresso parere favorevole all'ordinanza prefettizia. Attorno a lui si coalizzò la maggioranza politica, mentre l'opposizione evocò lo stigma del “coprifuoco” sulla città, associata indissolubilmente alla criminalità organizzata. In senso fortemente critico si pronunciarono anche le realtà associative e le categorie produttive, tanto da costringere il primo cittadino a precisazioni sull'improprietà lessicale della definizione di “coprifuoco”.

¹¹² Così R. CAVALLO PERIN, *Ordine e ordinanza*, cit., secondo cui la «norma attributiva – derogando in situazione d'emergenza all'ordine delle competenze delle pubbliche amministrazioni – richiama in capo al titolare del potere d'ordinanza tutti i poteri che le leggi hanno attribuiti ad organi od enti dell'amministrazione pubblica (c.d. effetto da potere dittatorio)».

¹¹³ Soccorre F. SATTA, *op. cit.*, laddove rammenta che le ordinanze di necessità incontrano il limite della ragionevolezza. Secondo l'Autore il potere «deve riposare su fondamenti certi – anche in previsione di eventi futuri – ed essere esercitato in misura adeguata, proporzionata, si vorrebbe dire, alla realtà che ci si rappresenta e quindi, ad es., al pericolo che si intende evitare».

Al di là delle ragioni degli uni e degli altri, ciò che può evincersi è – come si constata anche in materia di scioglimento dei consigli comunali per infiltrazione mafiosa¹¹⁴ – una tensione tra centro e territorio, tra Amministrazione dello Stato e comunità locale. Quest’ultima, gelosa della propria autonomia, potrebbe irrigidirsi dinanzi all’ingerenza statale, quand’anche questa fondi su ragioni di sicurezza pubblica. Con l’emersione, così, di pulsioni campanilistiche che potrebbero, per paradosso, inconsapevolmente sostenere interessi deteriori.

Si può rilevare, allora, come una decisione centrale “forte”, quale un’ordinanza *ex art. 2 TULPS*, sia suscettibile di strumentalizzazioni nella contesa locale. L’istituto prefettizio, in queste occasioni, rischia di essere attratto nella dialettica comunale e di perdere quella posizione “alta” di garanzia che l’ordinamento gli riserva. Si rivela allora fondamentale – come accaduto nel caso di specie – il coinvolgimento delle realtà locali interessate, anche attraverso lo strumento del Comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica.

18. *Pandemia costituzionale*

Almeno apparentemente, l’emergenza da Covid-19 avrebbe confermato la vitalità dell’istituto delle ordinanze contingibili e urgenti come strumento per corrispondere a fattispecie eccezionali, non gestibili con le ordinarie misure apprestate dall’ordinamento. Significativi poteri, anche d’ordinanza, sarebbero stati riconosciuti anche ai prefetti, quali autorità amministrative a competenza generale sul territorio di riferimento.

Queste osservazioni implicano l’esigenza di esplorare «lo *stress* del nostro sistema delle fonti»¹¹⁵, allo scopo di comprendere se l’istituto indagato – anche nella declinazione prefettizia – abbia assunto un reale ruolo nella gestione dell’emergenza epidemiologica, ovvero se, per contro, altre tecniche normative e amministrative abbiano presieduto alla strategia di contrasto al Covid e le ordinanze libere abbiano finito, così, per “pagare una cattiva fama”.

Con felice espressione, autorevole dottrina ha parlato di «*pandemia costituzionale*»¹¹⁶, a significare come l’emergenza sanitaria sia trasmodata in emergenza giuridica e, segnatamente, costituzionale, incidendo sulla forma di governo e, per quanto qui interessa principalmente, sul sistema delle fonti.

In questa logica, la mancanza nella Carta di una clausola di emergenza ha determinato l’interrogativo – che traluce anche dalle riflessioni dottrinarie esaminate con riferimento all’ordinanza libera – se il difetto di corrispondenza tra la realtà storico-sociale e la Costituzione determini uno stato d’eccezione, che

¹¹⁴ Si veda, in tema, lo studio di caso di V. METE, *Fuori dal Comune. Lo scioglimento delle amministrazioni comunali per infiltrazioni mafiose*, Acireale, 2009.

¹¹⁵ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC* 2/2020.

¹¹⁶ I. A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021.

sospende le regole del diritto, ovvero se l'eccezionalità della fattispecie debba comunque essere normata alla stregua del diritto positivo.

È l'annosa questione dell'imbrigliamento del "politico", della sua capacità di sottrarsi ai vincoli normativi, per riaffermare una piena sovranità *legibus soluta*.

Non v'è dubbio che debba prediligersi la fedeltà al dettato positivo, e dunque la tenuta del sistema costituzionale, pur riconoscendo le ragioni dell'urgenza e dell'impellenza del provvedere¹¹⁷.

Attraverso un ricorso, sebbene discutibile per più versanti, all'atto amministrativo emergenziale, s'è potuta fronteggiare la pandemia, coniugando l'esigenza di provvedere, in senso lato, *extra ordinem* con quella di conservare un – pur blando – ancoraggio alla legalità e alla giustiziabilità della decisione.

Quantunque sottoposta a forte tensione, la Costituzione, non sospesa né "rotta" dall'eccezione, è dunque rimasta pienamente vigente.

Tanto premesso, occorre allora vagliare se davvero si sia stati in presenza di ordinanze *extra ordinem* o invece, "soltanto", di penetranti e restrittivi provvedimenti tipizzati¹¹⁸.

Perché non è detto che "liberticida" o "occhiuto" non possa anche essere un provvedimento tipico e nominato.

19. Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. Le prime ordinanze libere anti-Covid

Come noto, dapprincipio il Governo aveva osservato la disciplina generale in materia di protezione civile, deliberando lo stato di emergenza ai sensi dell'art. 24 d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

In seguito, furono invece varate ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della salute *ex art.* 32 l. 23 dicembre, n. 833.

Non sfugge come lo strumento derogatorio amministrativo fosse stato immediatamente identificato quale unica modalità per fronteggiare l'emergenza: tanto le ordinanze di protezione civile, quanto quelle ministeriali di cui all'art. 32 della legge sul sistema sanitario nazionale, appartengono infatti alla categoria delle ordinanze libere.

Ad ogni modo, il legislatore si determinò, infine, per una terza via, con l'adozione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6¹¹⁹, che ha rappresentato una prima innovativa cornice giuridica per la gestione del *coronavirus*¹²⁰.

¹¹⁷ In questa prospettiva, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria ed emergenza costituzionale: tra teoria della Costituzione e pratica del diritto positivo*, in *Diritti fondamentali* 2/2021, nonché M. LUCIANI, *op. cit.*, laddove afferma che debba rifuggirsi un «diritto di necessità», fondando invece la disciplina emergenziale saldamente sulla Costituzione repubblicana.

¹¹⁸ Inclina nel senso della straordinarietà dei provvedimenti M. LUCIANI, *op. cit.*

¹¹⁹ Convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13.

¹²⁰ Per un'analisi della strategia del legislatore cfr. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi*, 18 marzo 2020.

L'art. 1 del decreto-legge in parola demandava alle autorità competenti, in via esemplificativa, un novero di 15 misure, da adottarsi nelle aree in cui vi fosse una persona positiva al *virus* della quale non si conoscesse la fonte di trasmissione o comunque in cui vi fosse un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio.

L'autorizzazione legislativa era, dunque, molto ampia, consentendosi l'adozione di misure atipiche e – deve ritenersi – anche derogatorie alla disciplina primaria, secondo le cadenze dell'ordinanza libera.

Ma il carattere eccezionale della reazione dell'ordinamento era viepiù acuito dal disposto del successivo art. 2, che consentiva alle autorità competenti – con un mero vincolo finalistico alla prevenzione del *virus* – l'adozione di ulteriori misure, anche fuori dei casi innanzi citati.¹²¹

Autorità competente, giusta l'art. 3, era designato in via primaria il Presidente del Consiglio dei Ministri, delegato ad emanare propri decreti, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale.

Il *nomen juris* non deve naturalmente ingannare: la forma-decreto non pare ostare alla riconducibilità del provvedimento nella categoria delle ordinanze libere, alla stregua del dato positivo e del più generale contesto storico-giuridico di riferimento.

Lo stesso art. 3, comma 3, rimetteva al Ministro della salute, alle Regioni e ai Comuni l'adozione delle misure emergenziali nelle more dell'adozione dei d.P.C.M., nei casi di estrema necessità e urgenza.

Le ordinanze regionali e sindacali avevano dunque carattere interinale e transitorio, potendo operare soltanto nelle more che il Governo centrale intervenisse con proprio atto.

L'orientamento del legislatore appariva rivolto a rafforzare le attribuzioni centrali, onde evitare un frazionamento regolativo del territorio nazionale.

È in questa prospettiva che può leggersi anche l'annullamento officioso del prefetto di Napoli dell'ordinanza con cui i sindaci ischitani, ai sensi dell'art. 54 TUEL, avevano vietato l'accesso di cittadini cinesi e delle Regioni Lombardia e Veneto all'isola.

Il prefetto, in quell'occasione, avvalendosi della propria superiorità gerarchica, procedette all'invalidazione dell'atto, assicurando così unicità d'indirizzo all'azione amministrativa di contrasto al Covid¹²².

¹²¹ Sostiene l'incostituzionalità della norma, per difetto di determinatezza, M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 112, sebbene – evocando appunto la categoria dell'ordinanza libera – la formulazione potrebbe essere salvata, appunto nella prospettiva dell'atipicità del potere disciplinato, non sconosciuta all'ordinamento.

¹²² Cfr., in senso critico, A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi*, 13 marzo 2020.

Peraltro, un cortocircuito centro-periferia non avrebbe tardato a manifestarsi, come la dottrina ha avuto modo di illustrare¹²³.

20. Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Verso una tipizzazione provvedimentale?

La seconda cornice giuridica, pressoché definitiva, della gestione emergenziale è stata recata con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19¹²⁴.

Il legislatore ha elencato, in via tassativa, all'art. 1, comma 2, le misure impiegabili per contenere il contagio. Il numero veniva aumentato a 29.

Proprio questa scelta di tipizzazione del contenuto provvedimentale induce a ritenere che non si sia inteso assegnare un potere straordinario, inverandosi nella tecnica normativa i principi di tipicità e nominatività¹²⁵. Attingendo alla teoria generale, si può reputare trattarsi di “atti necessitati”, piuttosto che di “ordinanze di necessità e urgenza”.

La competenza alla gestione del *virus* è assegnata al Presidente del Consiglio dei Ministri. In via vicaria, per i casi straordinari di necessità e urgenza, viene ammesso l'intervento del Ministro della salute, con ordinanza contingibile e urgente.

Deve, peraltro, ritenersi che, pur con la forma giuridica “ordinanza contingibile e urgente”, il Ministro della salute possa – agli effetti della legge in commento – adottare in realtà provvedimenti tipici, stante il rinvio dell'art. 2, comma 1 al precedente art. 1, che, come detto, tipizza il contenuto dell'atto.

L'art. 3, infine, detta le regole di riparto delle competenze centro-territorio.

Si attribuisce ai Presidenti di Regione il potere di intervenire, nelle more dell'intervento centrale, in presenza di aggravamenti della situazione epidemiologica e soltanto *in pejus*, scegliendo tra le misure tipizzate, senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

¹²³ V. R. ROLLI – R. STUPAZZINI, *Potere di ordinanza extra ordinem e conflitti tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Nomos* 2/2020.

¹²⁴ Convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n. 35.

¹²⁵ Tuttavia, *contra*, autorevolmente, M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 123, secondo cui i d.P.C.M. sarebbero stati adottati anche sulla base del codice di protezione civile, così potendo derogare alla fonte primaria. Invero, anche empiricamente, non paiono riscontrabili nei decreti presidenziali misure diverse da quelle tipizzate. Sebbene argomento non decisivo, si confrontino anche le premesse, ad es., dell'ultimo d.P.C.M. 2 marzo 2021, ove non figura alcun richiamo al codice della protezione civile. Sembrerebbe invece aderire alla linea qui sostenuta F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *Federalismi* 26/2020, p. 71, ove rileva che «non si tratta di un potere libero di adottare i provvedimenti ritenuti più adatti (come normalmente accade per le ordinanze contingibili e urgenti) perché le misure adottabili (ai diversi livelli di governo) sono solo quelle tassativamente individuate nel testo dei due decreti-legge». Ma, così essendo, dovrebbe essere preclusa la qualificazione di ordinanza di necessità a detti provvedimenti, mancando proprio quei caratteri fondamentali della atipicità e della capacità derogatoria delle fonti primarie. Al contributo da ultimo evocato si rinvia anche per una accurata ricostruzione del rapporto Stato-Regioni durante la pandemia.

Anche i Presidenti di Regione sono, dunque, facoltizzati di adottare le sole misure legalmente tipiche, sicché – anche in questo caso – può dubitarsi che essersi in presenza di un potere *extra ordinem*.

Deve ritenersi che la norma si ponga come *lex specialis*, tale da escludere qualsivoglia altro concorrente potere regionale: i margini di intervento della Regione dovrebbero essere circoscritti al perimetro tracciato dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Tanto, peraltro, è confermato dal successivo comma 3, secondo cui i limiti appena esposti si applicano a qualsivoglia atto adottato per ragioni di sanità sulla base di ogni disposizione vigente.

Il successivo d.l. 16 maggio 2020, n. 33¹²⁶, all'art. 1, comma 16, ha previsto che, in relazione all'andamento del fenomeno epidemiologico, oltre ai provvedimenti più restrittivi, le Regioni, d'intesa con il Ministro della salute, possano assumere anche provvedimenti ampliativi¹²⁷.

Trascorrendo ai poteri comunali, la dottrina ha individuato una pluralità di fasi in cui si è articolata l'evoluzione dei limiti d'intervento dell'ente locale durante la pandemia¹²⁸.

Con particolare riferimento alla normativa speciale anti-Covid recata dalla cornice regolatoria di cui al d.l. 25 marzo 2020, n. 19, si osserva che, giusta l'art. 3, comma 2, ai sindaci era interdetto di adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali¹²⁹, né eccedendo i limiti di oggetto previsti per le Regioni¹³⁰.

In questo caso, si sarebbe forse potuto sostenere un potere d'ordinanza libera sindacale, atteso che non si faceva rinvio alle misure tipizzate dal decreto-legge, rimettendo al vertice del Comune un potere ampiamente discrezionale di selezione del contenuto provvedimentale, anche eventualmente in deroga a fonti primarie, ma comunque non in contrasto – potrebbe ritenersi né *in melius* né *in pejus* – rispetto alle prescrizioni governative¹³¹.

Altra linea interpretativa, cui aderisce Cons. St., Sez. I, 7 aprile 2020, n. 735, inclinava invece nel senso che il Comune potesse comunque agire alle medesime condizioni della Regione: e cioè, a fronte di un peggioramento delle condizioni sanitarie locali, con un provvedimento restrittivo *tipico*, senza incidere sul tessuto produttivo. Avrebbe militato in questo senso anche la lettura del successivo terzo comma, secondo cui le disposizioni dell'articolo in questione, riguardate come complesso omogeneo, «si applicano

¹²⁶ Convertito con modificazioni dalla l. 14 luglio 2020, n. 74

¹²⁷ Per una ricostruzione diacronica dei poteri d'ordinanza regionali, cfr. G. LAVAGNA, *Il Covid-19 e le Regioni. Uso e «abuso» delle ordinanze extra ordinem dei Presidenti regionali*, in *Federalismi* 17/2021.

¹²⁸ N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Diritti regionali* 2/2020, p. 76

¹²⁹ E, dopo la l. 22 maggio 2020, n. 35, anche regionali.

¹³⁰ Previsione già recata dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9.

¹³¹ Sull'ambiguità del sintagma «in contrasto con le misure statali» v. anche G. ALBERICO, *Le ordinanze contingibili e urgenti nella gestione dell'emergenza sanitaria: il ruolo dei Sindaci nella disciplina del d.l. 33/2020*, in *Diritti fondamentali*, 1° giugno 2020.

altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente¹³²».

Ad ogni modo, l'art. 3, comma 2 citato è stato abrogato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76¹³³; rimane però in vigore il comma 3, per cui i Comuni sono oggi sicuramente abilitati ad adottare misure più restrittive nei medesimi limiti in cui possono farlo le Regioni. Non possono, invece, ricorrere a misure ampliative, riservate alle Regioni e non richiamate dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

Dunque, può ritenersi che anche in quest'ipotesi si assista alla configurazione di un potere contenutisticamente predeterminato dalla legge, con la «limitazione a un catalogo di misure»¹³⁴: ciò che pare confermare trattarsi non di ordinanza di necessità, bensì d'atto necessitato.

Tanto posto, sembra opportuna una riflessione attinente ai limiti del potere di ordinanza libera. Laddove si ritenesse, infatti, derogabile la disciplina di cui al decreto-legge in commento, i titolari d'un potere d'ordinanza potrebbero aggirare qualsivoglia vincolo ad essi imposto.

Un'interpretazione razionale, tuttavia, dovrebbe condurre a negare una siffatta conclusione: la normativa anti-Covid si pone come *lex specialis*, anzi eccezionale, che deroga alla legge generale. Sicché, dovrebbe farsi riferimento esclusivamente a questa fonte per determinare, in *subiecta materia*, i poteri degli attori in campo.

Ancora, *a fortiori*, le regole poste da questa disciplina assumono valore di principi fondamentali dell'ordinamento, certamente non derogabili dalle ordinanze, che, in caso contrario, altererebbero il sistema edificato dal legislatore per fronteggiare l'emergenza.

Alla luce di queste considerazioni, può stimarsi che l'esplicazione di un potere straordinario non possa condurre a negare applicazione alla normativa emergenziale recata dal legislatore.

21. (segue) Annullamento straordinario dell'ordinanza del Sindaco di Messina 5 aprile 2020, n. 105

Il protagonismo – non sempre virtuoso – degli enti locali ha dato luogo a una copiosa produzione giuridica, che ha suscitato anche conflitti con le autorità statuali¹³⁵.

Occorre, in questa prospettiva, dar conto di un importante arresto, quantunque consultivo, del Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi *ex art.* 138 TUEL nel procedimento rivolto all'annullamento

¹³² Si tratta, evidentemente, d'una svista: dovrebbe parlarsi, piuttosto, di legge “vigente”.

¹³³ Convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120

¹³⁴ Così N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere “inesauribile”*, cit., p. 76. L'Autore, peraltro, non trae da queste premesse la conclusione che si sia ormai fuori dal modello teorico dell'ordinanza libera, ritenendo piuttosto che si tratti di «un potere di ordinanza sindacale limitato e funzionalizzato, ma non esaurito né esauribile».

¹³⁵ Si esprime nel senso dell'utilità di una regolazione anche locale G. BROGGERO, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 8 aprile 2020.

straordinario dell'ordinanza, adottata ai sensi dell'art. 50 TUEL, del sindaco di Messina che poneva alle persone in transito verso la Sicilia limiti alla libertà di circolazione ulteriori rispetto a quelli rivenienti dalla disciplina statutale¹³⁶.

Il Consiglio di Stato osserva come l'ordinanza assuma forza obbligatoria anche al di fuori del territorio comunale, in ragione delle caratteristiche geografiche del territorio messinese, con ciò contraddicendo al naturale perimetro d'efficacia degli atti comunali.

Ancora, l'imposizione di specifici obblighi di *facere* in capo ai cittadini sarebbe altresì priva di base legale *ex art. 23 Cost.*

Gli oneri che l'ordinanza prescrive a carico di quanti intendano attraversare lo Stretto determina, così, una patente violazione del principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost.

Ulteriori vizi discenderebbero dalla violazione degli artt. 13 e 16 Cost., rinvenibili nella richiesta d'una previa autorizzazione all'ingresso e al transito nel territorio del Comune messinese¹³⁷.

Violata sarebbe poi la potestà legislativa esclusiva statale in materia di protezione dei dati personali, di ordine e sicurezza pubblica, di profilassi internazionale.

Tanto sul piano delle norme generali di ordine costituzionale.

Il Consiglio di Stato, ad ogni modo, ravvisa profili d'invalidità anche con riferimento alla disciplina emergenziale di rango primario.

La misura sarebbe stata adottata senza addurre elementi conoscitivi a sostegno di un incremento del rischio epidemiologico, che soli avrebbero potuto giustificarla; inciderebbe altresì sulle attività produttive, in violazione dell'esplicito divieto della fonte primaria.

Pertanto, il Consiglio di Stato esprimeva parere favorevole all'annullamento, per fini di certezza giuridica, nonostante la legge comminasse già, *ipso jure*, l'inefficacia del provvedimento.

Seguiva, in data 9 aprile 2020, il d.P.R. di annullamento dell'ordinanza in commento.

22. (segue) Sentenza 9 maggio 2020, n. 841 del TAR Calabria

La sentenza 9 maggio 2020, n. 841, resa dal TAR calabrese parrebbe confermare le tesi sinora sostenute.

¹³⁶ In tema N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti regionali* 1/2021; E. AFFANNATO, *Le ordinanze sindacali di necessità e urgenza al ricorrere di emergenze di carattere nazionale: il caso dello Stretto di Messina*, in *Osservatorio AIC* 5/2020; V. DI CAPUA, *Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice*, in *Il diritto dell'economia* 1/2021, pp. 247-278.

¹³⁷ Va ricordato che, per consolidata giurisprudenza costituzionale, le ordinanze libere – e tale è la qualificazione giuridica prescelta dai supremi giudici amministrativi – possono intervenire in materie coperte da riserva di legge relativa. Sicché, parrebbero cogliere nel segno soltanto le censure relative agli artt. 3 e 13 Cost., che rappresentano senz'altro principi inderogabili dell'ordinamento, la libertà personale essendo altresì coperta da riserva assoluta di legge e da riserva di giurisdizione.

La decisione originava dal ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri impugnava, che aveva impugnato l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria 29 aprile 2020, n. 37, introduttiva, nel territorio regionale, di misure ampliative in favore degli esercizi di ristoro, così contravvenendo alla disciplina recata dal d.P.C.M. 26 aprile 2020.

La difesa erariale sosteneva l'illegittimità dell'atto per violazione del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che, nella versione all'epoca vigente, precludeva alle Regioni l'adozione di misure ampliative rispetto a quelle statali. Ancora, veniva dedotta l'illegittimità per eccesso di potere, discendente da difetto di istruttoria.

Infine, si invocava la lesione del principio di leale collaborazione, avendo la Regione agito senza alcuna preventiva intesa con lo Stato, pur in un quadro che esigeva un approccio multilivello.

Merita qualche breve cenno già l'esame della pregiudiziale questione di giurisdizione, sollevata dalla difesa regionale. In particolare, si sosteneva il "tono costituzionale" della controversia, che sarebbe dovuta essere conosciuta dalla Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni.

Il TAR disattendeva quest'obiezione, osservando che il conflitto tra Stato e Regione di cui all'art. 134 Cost. inerisce ad attribuzioni costituzionali degli enti territoriali, e non già a qualsivoglia censura di legittimità. Del resto, il giudice amministrativo rilevava come, anche a riconoscere i presupposti di un conflitto di attribuzioni, non potesse comunque esser negata la concorrente azione di annullamento da esperirsi innanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Il collegio confermava poi l'interesse ad agire del Presidente del Consiglio, giacché l'ordinanza regionale, emanata ai sensi dell'art. 32, comma 3, l. 23 dicembre 1978, n. 833, si poneva in contrasto con la disciplina statutale recata dal vigente decreto presidenziale.

Il Tribunale, passando all'esame dei motivi di ricorso, riteneva la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale paventata dalla Regione con riferimento alle norme emergenziali su cui fondava il d.P.C.M.

E ciò sia con riferimento alla libertà economica, che può esser limitata, *ex* art. 41 Cost., per assicurare l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà, e la dignità umana; sia con riferimento all'art. 118 Cost., il principio di sussidiarietà imponendo l'ascrizione delle funzioni amministrative in materia di contenimento dell'epidemia alle autorità centrali. Da questa attribuzione amministrativa seguirebbe, secondo il paradigma della chiamata in sussidiarietà riconosciuto sin da Corte cost. 1° ottobre 2003, n. 303, anche l'attrazione al livello statutale della competenza legislativa nelle materie di legislazione concorrente della tutela della salute e della protezione civile (mentre la profilassi internazionale appartiene già alla titolarità esclusiva dello Stato¹³⁸).

¹³⁸ V. ora Corte Cost. 12 marzo 2021, n. 37, che si è pronunciata in via principale sulla legittimità costituzionale di una l. r. (Valle d'Aosta) 9 dicembre 2020, n. 11, che poneva una disciplina regionale della strategia di contrasto al contagio da COVID-19 in asserita violazione delle prerogative statuali *ex* art. 117 Cost. La vicenda giudiziaria si segnala per

Il riconoscimento della chiamata in sussidiarietà escluderebbe, inoltre, essersi in presenza di un caso di (inammissibile) sostituzione *ex art.* 120, comma 2 Cost.

In questo quadro normativo, il giudice amministrativo riteneva l'illegittimità dell'ordinanza calabrese, avendo essa violato i limiti posti dalla disciplina statuale in materia di *Covid* all'intervento regionale.

È interessante notare come i giudici abbiano negato che il provvedimento gravato potesse trovare fondamento nell'art. 32 della legge sul servizio sanitario nazionale, che – come noto – contempla un caso di ordinanza libera regionale. Veniva osservato, infatti, come i limiti posti dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 valessero per ogni tipologia d'atto posto in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente.

Indirettamente, la sentenza sembrerebbe allora corroborare la tesi qui sostenuta, secondo la quale anche gli enti locali non potrebbero adottare ordinanze contenutisticamente libere, ma solo misure legalmente tipiche, in consonanza con gli atti governativi.

Il collegio celermente rievocava anche gli altri profili di illegittimità dell'ordinanza: la carenza di un'adeguata istruttoria, suffragata da evidenze scientifiche sull'andamento della curva epidemiologica e altresì basata sulla capacità di reazione dei servizi sanitari territoriali; l'omissione di qualsivoglia confronto tra Regione e Stato, che ha condotto la Calabria a una decisione "monologante", in contrasto con lo spirito della leale collaborazione.

23. I poteri prefettizi durante la pandemia

Delineata la cornice normativa in cui si è iscritta la gestione dell'emergenza, occorre vagliare se il prefetto abbia disposto, nella panoplia a sua disposizione, anche di ulteriori poteri d'ordinanza, diversi da quello *ex art.* 2 TULPS.

Al prefetto, anzitutto, sono affidati rilevanti compiti di protezione civile dall'art. 9 d.gls. 2 gennaio 2018, n. 1, sebbene il legislatore non gli abbia accordato, *expressis verbis*, alcun potere d'ordinanza libera, a differenza – invece – del Presidente del Consiglio dei Ministri, che può esercitarlo tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile, salvo che sia altrimenti stabilito nella dichiarazione dello stato d'emergenza (cfr. artt. 5, 24 e 25 del codice di protezione civile).

plurimi profili. Anzitutto, per la prima volta nella sua storia la Corte costituzionale, con ordinanza 14 gennaio 2021, n. 4, ha sospeso in via cautelare l'efficacia della legge impugnata: v. R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi* 4/2021. Quindi, nel merito, il giudice delle leggi si è pronunciato per l'illegittimità costituzionale di alcune previsioni regionali, per violazione delle competenze legislative statuali di cui all'art. 117, comma 2, lett. q). In tema, cfr. G. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 116, che, movendo dalla crisi del sistema dei rapporti Stato-Regioni, ritiene auspicabile una revisione del Titolo V della Carta.

Il prefetto, in coerenza con il suo ruolo di rappresentante del Governo sul territorio e di istituto di raccordo con il sistema delle autonomie, in caso di emergenze non fronteggiabili con strumenti ordinari, nel suo ambito territoriale di competenza assicura il flusso informativo tra i soggetti istituzionali coinvolti, assume la direzione unitaria dei servizi di emergenza da attivare a livello provinciale, promuove e coordina i provvedimenti necessari per assicurare l'azione delle strutture statali presenti nel territorio provinciale, vigila sull'attuazione dei servizi urgenti, attiva, anche come autorità provinciale di pubblica sicurezza, gli enti e le amministrazioni dello Stato.

Ai fini dello svolgimento di tali compiti, il prefetto adotta tutti i provvedimenti di propria competenza necessari ad assicurare i soccorsi.

Orbene, quest'ultima clausola appare suscettibile di due interpretazioni: l'una, di carattere ricognitivo, implicherebbe che il prefetto debba far luogo a tutti i provvedimenti già assegnatigli da previe norme di legge per invertere il sistema di soccorso; altra lettura, più eccezionalista, militerebbe nel senso di riconoscere al prefetto un potere *extra ordinem*, rivolto, nell'ambito delle proprie prerogative istituzionali, ad assicurare i soccorsi.

Tenuto conto della *ratio* del sistema di protezione civile, si potrebbe forse convenire sulla maggior coerenza sistematica della seconda opzione, che permetterebbe al prefetto di mobilitare, senza indugio, le risorse disponibili sul territorio provinciale per fronteggiare l'emergenza, anche derogando all'ordinario schema competenziale e secondo le procedure le più adeguate al caso di specie.

Venendo alla speciale disciplina preordinata alla gestione dell'emergenza, può osservarsi che all'autorità prefettizia era stato rimesso, dall'art. 3, comma 5, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, di assicurare l'attuazione delle misure, avvalendosi delle Forze di polizia, nonché, ove necessario, delle Forze armate.

Veniva così in rilievo il ruolo del prefetto-rappresentante del Governo sul territorio, chiamato a garantire l'attuazione dell'indirizzo centrale nella provincia.

D'altronde, concorreva anche l'altro profilo dell'istituto prefettizio, quello di autorità provinciale di pubblica sicurezza, che, sul versante strategico, cura l'indirizzo e il coordinamento della forza pubblica per garantire l'ordine pubblico e la sicurezza sul territorio.

In tema, l'art. 15 d.l. 9 marzo 2020, n. 1¹³⁹, poi, demandava al prefetto la funzione sanzionatoria per le violazioni delle misure precauzionali da parte dei titolari di pubblici esercizi. Si era, naturalmente, nel solco della l. 24 novembre 1981, n. 689, legge generale sull'illecito amministrativo¹⁴⁰. Tali poteri d'attuazione delle misure, che eleggono il prefetto a interlocutore privilegiato del Governo sul territorio, sono confermati dall'art. 4, comma 9 d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

¹³⁹ Convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 12.

¹⁴⁰ V. anche l'art. 2, comma 2 d.l. 16 maggio 2020, n. 33 convertito con modificazioni dalla l. 14 luglio 2020, n. 74.

A rafforzare la funzionalità dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, nella sua composita struttura, è altresì intervenuto il legislatore con l'art. 37, d.l. 14 agosto 2020, n. 104¹⁴¹, che ha finanziato il comparto in vista dell'assolvimento dei compiti di contenimento del contagio.

Ancora, l'art. 6, commi 7 e 8, d.l. 17 marzo 2020, n. 18¹⁴² affida al prefetto un potere di requisizione di beni immobili per ospitarvi le persone in sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario o in permanenza domiciliare, laddove tali misure non possano essere attuate presso il domicilio della persona interessata. Si tratta di potere legalmente tipico, che si iscrive peraltro nella tradizionale categoria delle misure ablatorie. Analogo potere è affidato al prefetto, su delega del commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, per la requisizione di beni mobili o immobili strumentali al contenimento della pandemia.

Peculiare potere, invasivo della sfera economica, è poi assegnato al prefetto dall'art. 1, u. c., d.l. 25 marzo 2020, n. 19. In particolare, il prefetto, sentite le parti interessate e senza formalità, può prescrivere la continuazione di un'attività economica, di cui non sia stata disposta la sospensione ai sensi della disciplina emergenziale, ove risulti necessario per garantire l'attuazione delle misure di contenimento ovvero per la pubblica utilità. Il prefetto, esaltando anche la sua capacità di mediazione e di lettura della società provinciale, può dunque imporre – si ritiene compatibilmente con l'art. 41 Cost. – la continuazione dell'attività d'impresa, così da garantire le prevalenti esigenze sociali¹⁴³.

Anche in questo ultimo caso non pare ravvisarsi un potere d'ordinanza libera, quanto piuttosto una un potere tipico, sebbene indiziante un ritorno, almeno nella fase emergenziale, del controllo pubblico dell'economia.

24. Conclusioni

Dalla consultazione della dottrina più critica si trae una forte avversione per l'ordinanza *extra ordinem*.

A sommosso avviso di chi scrive, è stata forse questa “cattiva fama” che ha indotto – quasi con un riflesso pavloviano – a qualificare in termini di ordinanze libere i penetranti provvedimenti adottati durante la pandemia, i quali, più propriamente, andrebbero classificati come “atti necessitati” in senso stretto.

L'avversione verso la categoria delle ordinanze contingibili e urgenti riposa su plurimi profili di “debolezza” costituzionale e istituzionale di cui l'istituto è investito, in via generale, e in particolare con riferimento alla competenza prefettizia.

¹⁴¹ Convertito dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126

¹⁴² Convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27.

¹⁴³ In questo solco si collocano anche i tavoli prefettizi sul contingentamento in sede di trasporto pubblico locale, di cui, da ultimo, all'art. 51, comma 1 d.l. 25 maggio 2021, n. 73.

Anzitutto, la refrattarietà ad una coerente iscrizione nel sistema delle fonti, per la sua ambigua natura, rappresenta un *vulnus* all'idealtipo kelseniano¹⁴⁴.

Se ne evidenzia, poi la tendenziale estraneità al circuito democratico, promanando da un organo burocratico, monocratico, dipendente dall'esecutivo¹⁴⁵.

È stato osservato anche come l'incisivo ricorso alla misura incida sull'assetto dei poteri, contribuendo al rafforzamento dell'esecutivo a scapito del Parlamento¹⁴⁶.

Ancora, ne viene addotto il carattere centralistico-autoritario¹⁴⁷, che cadrebbe sulla comunità locale frustrandone le istanze autonomistiche riconosciute in Costituzione.

Anche l'esame delle applicazioni concrete è stato oggetto di note contrarie della dottrina, per la ritenuta compressione – se non elisione – di alcune libertà costituzionali.

Tuttavia, probabilmente, una completa “razionalizzazione” e “formalizzazione” del diritto, sebbene desiderabile, è impossibile¹⁴⁸.

Non si può sfuggire alla necessità¹⁴⁹, alla stessa nuda forza che sta dietro il diritto e che impone, dinanzi allo stato d'eccezione¹⁵⁰, il ricorso allo strumento *extra ordinem*¹⁵¹.

¹⁴⁴ Secondo A. MORRONE, *op. cit.*, «può dunque dirsi che le norme prodotte dalle ordinanze di necessità e urgenza hanno un regime *sui generis*, atipico per definizione, che la dottrina e la giurisprudenza hanno nel corso del tempo contribuito a forgiare, in via empirico-teoretica piuttosto che teorico-dogmatica. I limiti rappresentano, da questo punto di vista, il contenuto della relazione dialettica tra le regole dell'ordinamento giuridico-costituzionale e le eccezioni giustificate dalle situazioni di urgente necessità». Sebbene l'Autore si allontani condivisibilmente da un approccio formalistico, non sembra tuttavia potersi predicare un regime di “doppia legittimità” dentro l'ordinamento giuridico, che ha tra i propri caratteri fondanti l'esclusività e l'unità. È pertanto compito dell'interprete, senza cedere a una giurisprudenza dei concetti, comunque ricondurre razionalmente l'istituto dentro il sistema ordinamentale.

¹⁴⁵ Di «uomo solo al comando» parla C. RUGA RIVA, *op. cit.*, che soggiunge come il prefetto operi «da cinghia di trasmissione del Governo, secondo il suo inquadramento tradizionale». D'altronde, il carattere monocratico è strettamente inerente al potere d'ordinanza (F. BARTOLOMEI, *op. cit.*, p. 971) e si giustifica considerando l'esigenza di accelerare il processo decisionale e di attribuire una specifica e individuata responsabilità. Questa carenza di legittimazione democratica non si ravvisa, per contro, nelle ordinanze regionali e sindacali, che spettano ad organo democraticamente eletto.

¹⁴⁶ Così G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁷ M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 4, lo definisce «autoritario e dispotico».

¹⁴⁸ Non casualmente, una razionalizzazione della forma di governo è ritenuta dalla dottrina una soluzione all'abuso del potere d'eccezione.

¹⁴⁹ Alla “forza della necessità” fa evocativo riferimento G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 66.

¹⁵⁰ Riprendendo, con A. MORRONE, *op. cit.*, categorie schmittiane, può dirsi che si auspica appunto – ove strettamente indispensabile – una dittatura commissaria e non una dittatura sovrana. Precisa M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 6, che non si tratterebbe di un autentico stato d'eccezione, pur permanendo un forte «tasso di anomalia rispetto al modo ordinario di procedere alla cura degli interessi pubblici».

¹⁵¹ Questa considerazione non è confutata dalla circostanza che, pur entro lo scenario pandemico, non si sia fatto ricorso – come ci si è sforzati di dimostrare – alle ordinanze contingibili e urgenti. Ciò, invero, pare riconducibile alla circostanza che il legislatore, a mezzo di decretazione d'urgenza, ha ritenuto di costruire uno speciale quadro normativo di riferimento, assumendosi l'onere di selezionare le misure – assai incisive – adottabili in via amministrativa per ragioni di sanità. Questa soluzione è coerente con la natura di emergenza prolungata dell'epidemia, che ha consentito al Governo e al Parlamento uno *spatium deliberandi* per decidere almeno le tipologie attizie da impiegare in sede di contenimento del contagio.

È in questa prospettiva teorico-generale e filosofico-giuridica che, più propriamente, l'ordinanza contingibile e urgente trova il proprio *ubi consistam*.

Negare *de jure* la necessità non può eliderla *de facto*: e il rischio, allora, non è la tensione dell'ordinamento, ma la sua rottura¹⁵².

Vien fatto di ritenere l'ordinanza *extra ordinem* “un male necessario”, che, come tale, dev'essere limitato, controllato, tenuto nel giusto alveo¹⁵³. Ma non espungibile dal sistema, pena il suo ritorno in forme deteriori¹⁵⁴.

In questa prospettiva, come argomentato, per ricondurre l'istituto *ex art. 2 TULPS* alla cornice costituzionale, può anche evocarsi l'interpretazione della figura del prefetto quale funzionario chiamato ad attuare i valori della Carta ed espressione dello Stato-ordinamento sul territorio¹⁵⁵.

I principi di imparzialità, buon andamento, servizio esclusivo alla nazione implicano, dunque, un uso sapiente dell'ordinanza libera, autentica *extrema ratio* dell'azione amministrativa.

In questa guisa, le misure *extra ordinem* potranno anche affrancarsi da letture politicamente orientate, sia al livello nazionale, sia al livello locale.

Naturalmente, a garanzia della corretta applicazione dello strumento è posto il sindacato del giudice amministrativo, chiamato, nel rispetto della separazione dei poteri, a vagliare la legittimità delle misure prefettizie, verificandone la stretta aderenza ai principi¹⁵⁶.

¹⁵² Per una critica a questa impostazione, fondata sulla distinzione tra utilità e legittimità, v. però G. MARAZZITA, *op. cit.*, p. 44, secondo il quale «la considerazione che le ordinanze di necessità possano in concreto soddisfare le esigenze dell'emergenza nulla ci dice sulla loro ammissibilità».

¹⁵³ Ivi, l'Autore denuncia come il potere di ordinanza rischi «concretamente di divenire lo strumento per l'esercizio di una quota non irrilevante di sovranità». Viene, in particolare, individuata una “regolarità” nell'adozione delle ordinanze d'urgenza, al fine di eludere il più defatigante regime ordinario. Cfr. anche la raffinata osservazione di M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 11, allorché osserva che «nella logica dell'eccezione che diventa sistema le ordinanze rivelano pienamente la loro natura antagonista rispetto al principio di legalità. L'eccezione tende per sua natura a sostituirsi alla regola, avendo la pretesa di essere essa medesima la regola generale: da regola a se stessa tende a diventare il surrogato della regola di cui è l'eccezione».

¹⁵⁴ Conferma questa lettura lo studio comparatistico condotto da E. C. RAFFIOTTA, *op. cit.*, il quale, nelle conclusioni, osserva che «in ogni caso, in tutti gli ordinamenti [indagati], la legge ordinaria prevede, più o meno espressamente, il potere di ordinanza».

¹⁵⁵ Cfr. C. MOSCA, *Il prefetto: rappresentante dello Stato al servizio dei cittadini*, Soveria Mannelli, 2010. In questo senso, nel rievocare il pensiero dell'Autore, G. MELIS, *In ricordo di Carlo Mosca*, in *Federalismi* 10/2021, ha recentemente scritto che «il prefetto (tale restò sempre, anche quando divenne consigliere di Stato) era per lui una figura chiave delle istituzioni democratiche: ma non una emanazione del ministro e quindi del governo, come era stato nel passato, bensì una figura che realizzava il programma governativo ma interpretandolo alla luce di un'etica superiore, che si richiamava al concetto cardine del servizio di Stato e al rispetto della Costituzione. In ciò, mi capitava di parlarne spesso con lui, il prefetto assumeva una sorta di terzietà, un po' come era accaduto al Consiglio di Stato che, nato nell'Ottocento per essere consulente del governo, si era trasformato progressivamente in un giudice e del giudice aveva via via mutuato indipendenza e terzietà».

¹⁵⁶ Sottolinea M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 23, come il ruolo della giurisdizione sia fondamentale per tenere nel “giusto” perimetro i poteri eccezionali. L'Autrice si domanda, retoricamente, «quante volte la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità di poteri amministrativi sprovvisti di adeguato fondamento normativo sulla base della necessità di curare un certo interesse pubblico?».

Al riguardo, potrebbe essere opportuna una pronuncia del Consiglio di Stato nella sua più autorevole composizione, al fine di chiarire i dubbi interpretativi in materia, alimentati da una giurisprudenza oscillante e polifonica.

Ci si riferisce, tra l'altro, ai divergenti orientamenti riguardo l'esperibilità del potere in caso di prevedibilità dell'emergenza o di responsabilità dell'amministrazione. Altro tema che parrebbe richiedere una pronuncia nomofilattica afferisce alla condizione della temporaneità dell'efficacia del provvedimento, da taluni ritenuta coessenziale al potere *extra ordinem*, da talaltri invece ritenuto idoneo anche a recare una disciplina stabile dell'assetto di interessi in gioco.

In considerazione del fondamentale compito del giudiziario nell'assicurare i *checks and balances*, sarebbe auspicabile un intervento dell'Adunanza plenaria che, in continuità con la giurisprudenza costituzionale¹⁵⁷, possa circoscrivere il perimetro dell'ordinanza di necessità, impedendo smottamenti e invasioni di campo dell'apparato emergenziale in danno del sistema ordinario¹⁵⁸.

Conclusivamente, non si può negare che si tratti di un istituto "difficile"¹⁵⁹: ma questa complessità pare dovuta alla sua funzione "estrema" nel sistema giuridico, e da essa dipende, tuttora, l'interesse che ancora suscita nella dottrina costituzionale e amministrativa.

¹⁵⁷Come la dottrina ha rilevato, si imporrebbe un doppio scrutinio di legittimità inerente al potere *extra ordinem*. Il primo, in astratto, afferisce alle leggi attributive. Occorrerà vagliare se l'ascrizione di una potestà straordinaria appaia giustificabile (*rectius*: non irragionevole) alla luce della necessità che intenda fronteggiare. È evidente che si tratta di materia appartenente alla cognizione della Corte costituzionale. Al giudice amministrativo spetta invece conoscere dell'ordinanza in concreto adottata, ossia se il potere amministrativo sia svolto in coerenza con i suoi presupposti e risponda alla sua causa. Così G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵⁸ Cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 42, laddove afferma che «si ha più che una stabilizzazione una progressiva "normalizzazione" del potere di ordinanza [...]».

¹⁵⁹ Di «posizione costituzionale difficile», non casualmente, parla F. SATTA, *op. cit.*, p. 2.