

Rivista N°: 1/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 23/02/2021

AUTORE: Massimo Cavino *

APPUNTI SUI LIMITI TERRITORIALI ALL'ESERCIZIO DEL POTERE DI ORDINANZA (IN TEMPO DI PANDEMIA)**

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza come esercizio di un potere locale? – 3. L'evoluzione del quadro normativo. – 4. La dimensione territoriale come condizione di legittimità della attribuzione del potere di ordinanza. – 5. Dubbi sulla legittimità dell'attribuzione del potere di ordinanza per fronteggiare l'emergenza Covid-19 rispetto al limite territoriale.

1. Premessa

L'ampio ricorso per fronteggiare l'emergenza Covid-19 ha riaperto il dibattito¹ intorno al potere di ordinanza, riproponendo interrogativi, evidentemente ancora irrisolti, sulla sua natura "amministrativa" piuttosto che "normativa", così come sui limiti che devono contenerlo nel quadro della legalità.

Esso trova il suo fondamento nelle legalità perché attribuito dalla legge² ad autorità amministrative in vista dell'adozione di provvedimenti urgenti, anche in deroga a norme primarie. Il presupposto per l'esercizio del potere è dunque uno stato di necessità che impone una rapida decisione. Si faccia però molta attenzione: la necessità non è la fonte dell'attribuzione del potere. L'adozione da parte di un'amministrazione di una ordinanza in deroga alla legge non può essere configurata come un illecito giustificato *a posteriori*, sulla base della constatazione dello stato di necessità³; essa è prevista, al contrario, come origina-

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università del Piemonte Orientale.

** Seminario di Studi dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, "Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali", 4 dicembre 2020.

¹ Per una bella rassegna dei contributi di dottrina pubblicati nei primi mesi dell'emergenza Covid 19 cfr. *Articoli, paper e post blog apparsi in altre riviste e piattaforme online*, a cura di F.A. BELLA, M. MALVICINI, in *Federalismi.it*, osservatorio emergenza covid 19, 2020.

² Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990, 8 e s.

³ Cfr. però G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, UTET, Torino, 1976, 99, che muovendo dalla impossibilità per il legislatore di prevedere astrattamente tutte le

riamente lecita, nel rispetto dei canoni definiti dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n.8 del 1956⁴: «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».

La possibilità di introdurre una disciplina in deroga a norme primarie si sviluppa dunque sul piano della legalità⁵ e consiste in una applicazione del principio di specialità. Non è infatti l'ordinanza a determinare la deroga; questa è disposta dalla legge che attribuisce il potere di ordinanza, legge speciale rispetto a quelle che saranno derogate. L'adozione dell'ordinanza rappresenta quindi la realizzazione di una condizione sospensiva posta dalla legge attributiva del potere, secondo uno schema simile a quello che trova applicazione per i regolamenti di delegificazione⁶.

Da ciò discendono i limiti al potere di ordinanza rispetto alle materie coperte da riserva di legge⁷. Nel caso di riserva assoluta l'autorità amministrativa può essere autorizzata ad adottare provvedimenti urgenti, ma la deroga a norme primarie dovrà essere estremamente dettagliata dalla legge attributiva del potere, così da non lasciare spazi di discrezionalità⁸. Ipotesi di questo tipo non rientrano nell'ambito dell'esercizio del potere di ordinanza ma in

ipotesi nelle quali il verificarsi di uno stato di necessità richieda la tutela immediata di interessi generali, ammette l'ipotesi di ordinanze illegali successivamente oggetto di sanatoria.

⁴ Cfr. G.E. LONGO, *Ordinanze d'urgenza e attività normative: l'art. 2 t.u. leggi di P.s. nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, IV, 1957, 25 e ss.

⁵ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 95.

⁶ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, *Il Foro Italiano*, 1984, 640 e ss.

⁷ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 95, rispetto ad ordinanze su materie coperte da riserva relativa di legge, distingue: «Esaminando ora la questione delle ordinanze *contra legem* in materie coperte da riserva relativa di legge, la soluzione che bisogna dare è duplice, una di principio, una specifica, relativa alle ordinanze oggi previste nell'ordinamento italiano. 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».

⁸ Cfr. la sentenza n. 26 del 1961 della Corte costituzionale (commentata da V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art.2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, 886 e ss; C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art.2 del t.u. leggi di p.s. come testo legislativo*, *ivi*, 898 e ss.): «Per quel che si riferisce alle riserve di legge, la Corte ritiene che si debba distinguere. Nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito. E, pertanto, nulla vieta che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere». In argomento R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 133.

quello degli atti amministrativi necessitati⁹, vale a dire di quegli atti che la pubblica amministrazione adotta, in mera esecuzione, dopo che il legislatore ha esaurito la valutazione di tutti gli interessi, limitandosi a dover accertare la sussistenza dello stato di fatto che giustifica l'urgenza di provvedere. Mentre nel caso della riserva relativa di legge l'attribuzione del potere di ordinanza è ammissibile purché delimitato nel suo esercizio così da orientare, anche in modo non dettagliato, l'adozione dei provvedimenti urgenti. In tal senso si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 115 del 2011 con cui ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 54 TUEL, come novellato dall'art. 6 del decreto legge n.92 del 2008¹⁰.

La dottrina continua ad interrogarsi sulla natura dei provvedimenti di ordinanza. E pur non potendoci soffermare sulle diverse posizioni espresse in dottrina, pare di poter affermare che risultino più persuasive quelle che negano la sua portata normativa. A volerla riconoscere, le ordinanze d'urgenza dovrebbero collocarsi nel quadro molto articolato delle fonti secondarie¹¹ che ha visto aumentare, ormai a dismisura, l'attribuzione del potere regolamentare da parte di leggi speciali rispetto alla disciplina generale per i regolamenti governativi e ministeriali; quadro complicato dalla "fuga dal regolamento" a livello statale, ma soprattutto a livello regionale, dove frequentemente le leggi demandano la propria attuazione a provvedimenti amministrativi generali della giunta se non della presidenza del Consiglio. Tutto ciò ha finito per assottigliare il confine tra atti normativi secondari e atti amministrativi di portata generale inducendo anche il legislatore a non tenerlo in considerazione: emblematica in tal senso la legge sul procedimento amministrativo là dove sottrae all'obbligo di motivazione tanto i provvedimenti normativi quanto i provvedimenti generali. Ma la complessità del quadro, le difficoltà definitorie, non si traducono necessariamente nell'assenza di un ordine. Anche la cosiddetta "fuga dal regolamento", consiste nel demandare l'attuazione della legge a provvedimenti amministrativi che pertanto, come i regolamenti, si devono porre in una posizione di strutturale integrazione con il sistema delle fonti del diritto. Il provvedimento amministrativo, generale o particolare, autorizzato, per ipotesi, anche a procedere ad una delegificazione, si colloca in una prospettiva di continuità dell'ordinamento. Esso è adottato per introdurre una disciplina stabile; non importa quanto duratura, ma stabile, ovvero coerente con la struttura dell'ordinamento giuridico; il suo rapporto con il principio di legalità non si esauri-

⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVII, 1948, 388 e ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 4; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, il Mulino, 2008, 92 e ss.

¹⁰ Sulla quale cfr. A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra «presupposizione legislativa» e «conformità alla previa legge»: un doppio regime per la riserva legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2011, 2065 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?*, *ivi*, 1600 e ss.; D. MORANA, *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, *ivi*, 1606 e ss.

¹¹ Questa la posizione da ultimo sostenuta da di E. RAFFIOTTA, *Norme di ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, Bononia University Press, 2019, in particolare 253 e ss. A testimoniare le difficoltà incontrate dalla dottrina nel definire il potere di ordinanza è il fatto che la posizione di Raffiotta riprende e ripropone nella sostanza quella assunta da G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956, 994 e s., a commento della sentenza n. 8/1956 della Corte costituzionale.

sce sul piano formale della autorizzazione, ma deve declinarsi su quello di una generale non contraddizione.

Non così le ordinanze. La disciplina introdotta con le ordinanze non è stabile ed è posta, per definizione, non in coerenza, ma in rottura con l'ordinamento giuridico generale¹²: per questo sul piano della legalità, esse possono essere autorizzate ad una mera sospensione temporanea della disciplina primaria, e solo in quanto le finalità che con esse si vogliono perseguire non possano essere raggiunte con le forme ordinarie. Il potere di ordinanza è un potere formale necessitato ed eccezionale¹³.

2. L'ordinanza come esercizio di un potere locale?

La dottrina, costituzionalista e amministrativistica, non ha mai prestato particolare attenzione alla dimensione territoriale quale elemento utile per definire il potere di ordinanza¹⁴. Anche rispetto all'apparente sovrapposizione tra provvedimenti adottati a livello locale, regionale e nazionale per fronteggiare l'emergenza Covid-19, se non sono mancate riflessioni intorno alla delimitazione territoriale dell'efficacia, esse hanno però posto il fuoco del ragionamento essenzialmente sul regolamento di competenza tra gli organi titolari del potere, piuttosto che sulla considerazione della sua importanza per la definizione del potere stesso¹⁵.

Eppure il tema della limitazione nello spazio dell'efficacia delle ordinanze era emerso da subito come centrale proprio per quella definizione. È quel che suggerisce la lettura della sentenza n.8 del 1956¹⁶ con la quale la Corte costituzionale ammise la compatibilità delle ordinanze prefettizie di cui all'articolo 2 TULPS con il mutato contesto costituzionale, in ragione della loro natura amministrativa: «i provvedimenti in questione - non i soli di questo genere previsti nel nostro ordinamento - hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'*ambito territoriale* [il corsivo è mio] dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico».

In un contesto particolarmente attento alla delimitazione dei poteri normativi del governo, alla distinzione tra legge formale e legge materiale, il confinamento del potere di ordinanza nell'ambito locale appariva come uno spiraglio aperto al suo esercizio.

¹² Cfr. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1986, 122 e s.

¹³ V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 141.

¹⁴ Qualche riferimento, ma direi limitato ad una suggestione comunque legata alla questione del regolamento di competenza territoriale piuttosto che alla definizione della natura del potere, in R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 352 e s.

¹⁵ Si distingue la bella riflessione di A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della Costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti, Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza COVID-19*, 327 e s., che indica nella indeterminatezza dell'ambito territoriale un elemento di criticità alla stregua del quale valutare la legittimità dei DPCM adottati per fronteggiare la pandemia.

¹⁶ Cfr. G.E. LONGO, *Ordinanze d'urgenza e attività normative: l'art. 2 t.u. leggi di P.s. nell'interpretazione della Corte costituzionale*, cit., 29 e s.

Emblematico in tal senso il dibattito che si è sviluppato, fino agli anni settanta del secolo scorso, intorno ad altre disposizioni del TULPS, gli articoli da 214 a 217, e in particolare, per quel che qui interessa, sul potere del Ministro dell'interno (articolo 216) di adottare ordinanze estese a tutto il territorio nazionale e capaci di derogare le vigenti norme di legge. Se la Corte costituzionale non ha avuto occasione di pronunciarsi su di esse, in ragione della loro inapplicazione, si è però espressa la dottrina pressoché unanime¹⁷ nel considerare quel potere di ordinanza superato dal vigente assetto costituzionale. Così Paolo Barile, muovendo dalla considerazione che la Costituzione italiana non contempla l'ipotesi dello stato d'assedio, benché in Assemblea costituente fosse stata presa in considerazione in due circostanze¹⁸, notava: «il primo problema da risolvere è il seguente: se sia tuttora in vigore la legge di polizia, nella parte (art.214-217) in cui regola le due suddette misure eccezionali. La risposta non sembra poter essere altro che negativa: la Costituzione, tacendo sull'argomento, non ammette sospensioni delle situazioni attive in tempo di pace, quanto meno qualora tali sospensioni provengano dalla funzione esecutiva, e quindi, implicitamente ma chiaramente, *nega ogni potestà istituzionale della funzione esecutiva in questo campo*. Nessun atto amministrativo potrà dunque sospendere tali situazioni»¹⁹. Barile non si è soffermato a riflettere sulla questione dell'ambito territoriale del potere di ordinanza del Ministro dell'interno cui invece ha prestato attenzione Giuseppe Ugo Rescigno, là ove affermava che «L'articolo 216 T.U. Pubblica Sicurezza deve ritenersi del tutto incostituzionale, sia perché prevede espressamente che il ministro può derogare anche a legge (mentre di questo potere

¹⁷ Oltre alle posizioni di Barile e Rescigno di cui diremo tra poco cfr. F. CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1961, 158, nota 157. Ma contra cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli 1962⁷, 45 che ritiene abrogata dal nuovo assetto costituzionale solo la disciplina dell'art. 215 TULPS.

¹⁸ Nella seduta del 2 ottobre 1946 la prima sottocommissione discusse una proposta di articolo che avrebbe disposto:

«L'esercizio dei diritti assicurati dalla presente Costituzione non può essere sospeso.

Tuttavia allorché la Repubblica è proclamata in pericolo tali diritti possono essere sospesi entro i limiti e con le forme stabilite per legge.

Questo provvedimento non potrà essere preso per un periodo di tempo superiore a sei mesi; esso potrà essere rinnovato nelle medesime forme.

Chiunque ne avrà abusato per arrecare arbitrariamente pregiudizio ai diritti materiali o morali altrui, assumerà personale responsabilità.

Al termine del periodo di emergenza chiunque si riterrà arbitrariamente leso nella persona, o nei beni potrà reclamare riparazione morale o materiale avanti ai tribunali».

Il testo dell'articolo, come ebbe a sottolineare il relatore Basso, consisteva nella traduzione dell'articolo 19 del progetto di Costituzione francese del 19 aprile 1946 respinto dal voto popolare del 5 maggio dello stesso anno. La proposta incontrò la ferma opposizione di Togliatti e Lucifero e venne rinviata alla fine dei lavori della prima sottocommissione; ma non fu poi ripresa in esame.

Nella seduta pomeridiana del 15 aprile 1947 fu invece discussa la proposta di articolo formulata dall'onorevole Crispo per la quale:

«L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi».

La proposta non venne però discussa poiché, su proposta dell'onorevole Tupini, a nome della Commissione, si ritenne opportuno rinviarla alla discussione del titolo sul Parlamento. Ma quando si passò alla discussione sulla parte seconda della Costituzione, di rinvio in rinvio, la proposta venne del tutto dimenticata.

¹⁹ Cfr. P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, CEDAM, 1953, 105 e s.

tace l'analogo art. 2 T.U. Pubblica Sicurezza, in ciò potendosi trovare conferma che i provvedimenti autorizzati da quest'ultimo non possono andare *contra legem*) sia perché è attribuito da Costituzione al Governo (e perciò solo al governo, in una Costituzione rigida come la nostra) di provvedere con forza di legge in casi di necessità e urgenza per tutto il territorio nazionale»²⁰. Rescigno, da una parte ribadiva la necessità che le ordinanze adottate dai prefetti rispettassero rigidamente il principio di riserva di legge; dall'altra, pur non sviluppando compiutamente la sua riflessione, sembrava sostenere che il potere di ordinanza non potesse avere un ambito applicativo esteso a tutto il territorio nazionale. L'unico potere governativo capace di incidere sul piano della legalità, esteso a tutto il territorio nazionale non avrebbe potuto essere che quello attribuito dall'articolo 77 Cost.

3. L'evoluzione del quadro normativo

Come è noto il quadro normativo si è evoluto in una direzione del tutto differente. Vera la incostituzionalità, e ancor prima la desuetudine in cui è caduto l'articolo 216 TULPS, non sono mancate, anche nel nuovo contesto costituzionale, leggi attributive di potere di un potere di ordinanza esteso ad ambiti più ampi di quello locale e regionale, arrivando a comprendere tutto il territorio nazionale: le ordinanze in materia sanitaria previste dall'articolo 32 della legge n.833 del 1978²¹; le ordinanze in materia ambientale²²; le ordinanze di protezione civile²³; le ordinanze che possono essere adottate nell'esercizio dei poteri sostitutivi di cui all'articolo 120 Cost., in forza dell'Articolo 8, comma 4, legge n.131 del 2003²⁴.

²⁰ G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, cit., 96.

²¹ Che stabilisce al comma 1: «il Ministro della Sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa a tutto il territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni». Per una rassegna delle disposizioni di legge che autorizzano l'adozione di ordinanze in materia sanitaria cfr. G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 2010, 13, nota 50.

²² L'articolo 8 della legge n.59 del 1987 attribuisce al Ministro dell'ambiente, di concerto con i ministri eventualmente competenti, il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti per la tutela dell'ambiente quando si verificano gravi situazioni di pericolo di danno ambientale e non si possa provvedere altrimenti. Tali ordinanze non possono avere efficacia per più di sei mesi

²³ Ora disciplinate dal decreto legislativo 2 gennaio 2018, n.1, che ha introdotto il Codice della protezione civile (poi integrato e corretto dal decreto legislativo 6 febbraio 2020, n.4, adottato in forza della stessa delega. In argomento cfr. C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2009, 322 e ss.; E. ALBANESI, R. ZACCARIA, *Le "fonti" dell'emergenza: dal decreto legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrare*, 2/2010, 190 e ss.; S. AGOSTA, *Il potere di ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, 203 e ss.; G. RAZZANO, *Il codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenza e rientro nell'ordinario*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta online*, 17 marzo 2020.

²⁴ In forza del quale nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'articolo 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame. In argomento F. GIUFFRÈ, *Note minime su poteri sostitutivi ed unità della Repubblica alla luce della recente legge n. 131 del 2003 (cd. legge "La Loggia")*, in www.forumcostituzionale.it, 2003.

La concezione del potere di ordinanza come potere amministrativo locale è stata quindi del tutto superata. Il legislatore nelle sue posizioni più recenti si è anzi espresso in relazione a ipotesi nelle quali il potere di ordinanza non possa e non debba essere esercitato in ambito locale (si considerino le disposizioni di cui all'art. 117 del decreto legislativo n.112 del 1998 e di cui all'articolo 50 TUEL come modificato sul punto dal decreto-legge n. 14 del 2017), ma anzi regionale o nazionale.

Rispetto a queste disposizioni è di particolare interesse la lettura delle recenti pronunce del TAR Lazio (*ex multis* si veda la sentenza n.10344 del 12 ottobre 2020) sulle ordinanze emanate dal Presidente della Regione per imporre un obbligo di vaccinazione anti-influenzale: il giudice amministrativo ha chiarito che «Esse prevedono in particolare che simili poteri di ordinanza (statale oppure regionale) possano essere esercitati “in ragione della dimensione dell'emergenza”. Va da sé che, ove la suddetta dimensione abbia valenza infraregionale (e comunque sovracomunale), il presidente della regione interessata risulterà ben legittimato ad intervenire. Laddove invece la dimensione assuma quanto meno portata ultraregionale se non addirittura nazionale (come del resto nel caso di specie) la competenza ad adottare simili provvedimenti di urgenza non potrà che essere riservata al centro di imputazione ministeriale. Detto altrimenti, si darebbe luogo ad una inversione del meccanismo della c.d. “attrazione in sussidiarietà” che il nostro ordinamento tuttavia non ammette nei termini sopra descritti (la regione eserciterebbe infatti una competenza statale per risolvere problemi regionali, laddove di solito è lo stato centrale ad “attrarre” competenze regionali per affrontare questioni di livello nazionale)».

Il quadro normativo complessivamente considerato mostra quindi come oltre all'ambito locale e regionale il potere di ordinanza possa essere esercitato in relazione a emergenze di rilievo nazionale, da intendersi come sviluppate su un territorio più ampio di quello regionale, o legate a fatti di tale intensità e gravità da avere un impatto generale su tutto il Paese²⁵, ed emergenze propriamente nazionali, relative a fatti che materialmente si producono in ogni parte della Repubblica.

²⁵ Cfr. il parere reso dal Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, adunanza del 19 dicembre 2017, in relazione allo schema di decreto legislativo recante il Codice della protezione civile, in particolare per quanto concerne l'articolo 7: «L'articolo in questione, nel testo originario, definiva le diverse tipologie di eventi emergenziali di protezione civile distinguendo tra emergenze di rilievo locale, regionale e nazionale. Con riferimento all'articolo ora in commento, in sede di Conferenza Unificata, si è discusso circa l'opportunità di sopprimere nelle lettere a) e b) rispettivamente le locuzioni “di rilievo locale” e “di rilievo regionale”. A parere di questo Consiglio, la formulazione attuale risulta più corretta ed efficace. Difatti, una definizione direttamente connessa ad un'estensione territoriale può risultare inadeguata in considerazione del fatto che, come l'esperienza dimostra, possono accadere eventi di protezione civile che, pur confinati in un territorio ristretto, rivestono certamente rilievo nazionale. Risulta dunque maggiormente corretta l'attuale formulazione dello schema, nella parte in cui distingue gli interventi fronteggiabili da singoli enti o amministrazioni competenti (lett. a) da quelli che richiedono un intervento coordinato di più enti o amministrazioni da parte delle Regioni, nonché le emergenze di rilievo nazionale».

4. La dimensione territoriale come condizione di legittimità della attribuzione del potere di ordinanza

Lo sviluppo normativo è stato assecondato dalla giurisprudenza costituzionale che ha considerato la dimensione territoriale, non già come carattere definitorio del potere di ordinanza, ma piuttosto come elemento di fatto che, insieme ad altri, vale a qualificare la gravità dell'emergenza che deve essere fronteggiata; e pertanto quale criterio utile a valutare la ragionevolezza delle deroghe a i principi costituzionali che l'esercizio di quel potere inevitabilmente comporta.

In primo luogo rispetto al principio di uguaglianza, poiché l'attribuzione del potere di ordinanza produce una evidente disparità di trattamento, sottraendo i singoli, o una pluralità di soggetti, alla ordinaria applicazione delle leggi. Si consideri in tal senso la sentenza n. 201 del 1987 con cui la Corte costituzionale, dopo avere ribadito la propria giurisprudenza sui limiti delle riserve di legge, ha sottolineato che «pur quando le disposizioni in parola siano estese ad una generalità di soggetti e ad una serie di casi possibili, i poteri con esse esercitati devono adeguarsi alle dimensioni, territoriali e temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare (cfr. sentt. n. 4 del 1977 e n. 100 del 1987)».

Ma anche rispetto al principio costituzionale di autonomia territoriale. Il territorio è certamente «lo spazio entro il quale è consentito ad un soggetto di esercitare il potere giuridico a lui conferito e che forma appunto la sfera della sua competenza, o ancora l'ambito spaziale il quale non solo delimita tale sfera, ma si pone esso stesso quale oggetto di un'autonoma potestà di comando esercitantesi sul medesimo. In quest'ultimo caso l'ente fornito di detta potestà assume il nome di "ente territoriale", che vuole designare la funzione adempiuta dal territorio di porsi non solo ad oggetto della medesima ma anche come elemento costitutivo dell'ente, conferendogli una particolare impronta, quale deriva dall'azione dei fattori ambientali legati al territorio»²⁶. Proprio in questa prospettiva il limite territoriale è stato assunto quale criterio per valutare l'adeguatezza e la proporzionalità della attribuzione del potere di ordinanza. Così con la sentenza n.127 del 1995 la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare «il carattere eccezionale del potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa; e ha precisato trattarsi di deroghe temporalmente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentt. 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956). Proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione. L'"emergenza" non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, e il richiamo a una finalità di interesse generale – "pur di precipuo e stringente rilievo" - non dà fondamento, di

²⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1962⁶, 103.

per sé, a misure che vulnerino tale sfera di interessi, garantita a livello costituzionale (sent. n. 307 del 1983, considerato in diritto, n. 3). *L'esercizio del potere di ordinanza deve quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali [corsivo mio]*».

Ora, se il territorio, assunto come elemento costitutivo delle autonomie, rappresenta un limite costituzionale particolare al potere di ordinanza del Governo è legittimo domandarsi, *a fortiori*, in quale misura esso possa delimitarlo in termini generali, quando sia assunto quale elemento costitutivo dello Stato. Come ha recentemente ricordato Anna Poggi²⁷, rimane attuale la concezione del territorio dello Stato che lo intende come «spazio normativo politicamente governato» per cui, riprendendo ancora Mortati, esso «è elemento dello Stato in quanto contribuisce a farlo essere quello che è, a dargli una sua individualità, insieme al popolo che lo abita ma senza confondersi con questo, venendo ad assumere una posizione analoga a quella del corpo per la persona umana»²⁸. Lo Stato è quel che è anche in ragione delle forme con le quali il suo territorio è politicamente governato²⁹.

Da ciò discende che un potere di ordinanza con efficacia estesa a tutto il territorio nazionale è ammissibile solo se il suo esercizio sia compatibile con le forme e con i limiti costituzionalmente stabiliti per l'esercizio della sovranità. E questo porta alla conclusione per cui le norme attributive di un potere di ordinanza nazionale devono incontrare limiti più stringenti rispetto a quelle che consentono deroghe alla normativa primaria limitate ad un orizzonte locale o regionale.

Limiti più stringenti, in primo luogo, rispetto alla valutazione delle condizioni per la loro concreta attivazione, dal momento che l'ampiezza della "rottura" sull'unità dell'ordinamento giuridico prodotta da un'ordinanza estesa a tutto il territorio nazionale impone una rigorosa valutazione in ordine alla possibilità di raggiungere altrimenti le finalità che con essa si vogliono perseguire. Ma limiti più stringenti anche riguardo al contenuto, non essendo sufficiente la definizione del nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione: l'ambito materiale sul quale le ordinanze producono i propri effetti, ancorché normativamente definito, non deve essere tanto ampio da includere ogni aspetto della vita dei consociati, così da comportare, non già una sospensione temporanea dell'applicazione di singole disposizioni di legge, ma piuttosto del dispiegarsi delle stesse forme della legalità.

²⁷ A. POGGI, *Dove va l'Europa al tempo del COVID. Riflessioni in tema di territorio dell'UE*, in *Federalismi.it*, 19/2020, 445

²⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 104.

²⁹ Cfr. I. NICOTRA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1995, 2 e s.: «La valorizzazione del significato che esso riveste, quale elemento costitutivo dello Stato ed, insieme, termine di delimitazione dell'ambito di efficacia dell'ordinamento, acquista maggiore spessore quanto più risulta connesso con l'enunciato che conferisce al popolo la sovranità. In definitiva, il momento in cui l'elemento "materiale" finisce per intercettare il carattere personalistico non può non scorgersi laddove al popolo è attribuita la sovranità; l'esercizio che ne deriva trova pertanto nel territorio l'ambito naturale di esplicazione suo proprio. Né, del resto, è errato ritenere che il rapporto tra territorio e comunità di cittadini – mediato dall'appartenenza della sovranità a quest'ultima – implicitamente sottolineato dalla disposizione da ultimo richiamata, diviene al tempo stesso fondamento e limite della sovranità popolare».

5. Dubbi sulla legittimità dell'attribuzione del potere di ordinanza per fronteggiare l'emergenza Covid-19 rispetto al limite territoriale

Se l'estensione territoriale rappresenta un limite nel senso che abbiamo precisato, il ricorso allo strumento dell'ordinanza nazionale, nelle forme del DPCM, con cui è stata fronteggiata l'emergenza Covid-19 induce a più di una perplessità.

In primo luogo rispetto alla natura di *extrema ratio* che l'ordinanza deve assumere e che nel caso di specie è stata simulata rinunciando alla emanazione di decreti legge³⁰. Nelle fasi iniziali della pandemia il ricorso alla decretazione d'urgenza non ha assunto la natura provvedimento imposta dal tenore letterale dell'articolo 77 Cost., limitandosi a quella autorizzatoria³¹. Così il decreto 23 febbraio 2020, n.6 ha conferito una sorta di delega al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro della Salute rispetto alla adozione di misure; per altro in un quadro di notevole indeterminazione dei contenuti³².

Non sfuggono certamente le esigenze di speditezza cui il Governo ha dovuto prestare la massima attenzione. Pare però di poter affermare che esse sarebbero state ugualmente soddisfatte dalla decretazione d'urgenza³³. Né è possibile indicare nelle difficoltà politiche in

³⁰ Sul punto L. MAZZAROLI, "Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, osservatorio emergenza Covid, 23 marzo 2020.

³¹ Cfr. S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 545 e ss.

³² Cfr. A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della Costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., 322 e s.

³³ Pare utile la lettura di una pagina di A. PIZZORUSSO, *Ripensando i controlli sui decreti legge alla luce dell'esperienza recente*, in *I decreti legge non convertiti*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 11 novembre 1994, Giuffrè, Milano, 1996, 9 e s., nella quale l'autore rilevava l'opportunità di utilizzare lo strumento dell'ordinanza per contenere l'abuso della decretazione d'urgenza: «Per quanto riguarda i provvedimenti d'urgenza a carattere amministrativo, esistevano nell'ordinamento anteriore varie previsioni, una delle quali (l'art. 2 del t.u.l.p.s.) ha costituito oggetto di tre importanti decisioni della Corte costituzionale che l'hanno reinterpretata al fine di ricondurla entro i limiti dei principi costituzionali. Sulla base di tali decisioni può dirsi vigente una norma costituzionale non scritta, elaborata in via giurisprudenziale, in base alla quale il legislatore ordinario può abilitare autorità amministrative ad adottare provvedimenti per far fronte a situazioni d'emergenza a condizione che tali provvedimenti siano ricondotti entro i limiti derivanti da alcuni canoni che la Corte ha riassunto nei seguenti: 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. In una prospettiva *de jure condendo*, ne deriva l'opportunità di una traduzione di tale norma giurisprudenziale in una norma costituzionale scritta e del coordinamento di essa con l'art.77. Tale coordinamento potrebbe verosimilmente portare ad una sostanziosa riduzione dell'ambito di operatività del decreto legge, o addirittura alla sua eliminazione dal novero delle fonti del diritto, essendo evidentemente inopportuno provvedere ad una modificazione permanente della legislazione, quale è quella che risulta dal decreto legge, quando lo stesso scopo possa essere conseguito mediante un provvedimento amministrativo. In una prospettiva *de jure condito*, per contro, si potrebbe fin d'ora prospettare l'invalidità di un decreto legge adottato per il perseguimento di finalità che potrebbero essere conseguite mediante semplici provvedimenti amministrativi d'urgenza. Dato infatti che il Governo dispone di due strumenti diversi per far fronte alle situazioni di necessità e di urgenza, non sembra consentito ricorrere allo strumento più oneroso per la collettività quando il risultato possa essere assicurato mediante uno strumento meno oneroso». Le premesse del ragionamento di Pizzorusso (che, ribadiamolo, si sviluppava nel dibattito degli anni novanta sull'abuso della decretazione d'urgenza) non paiono condivisibili, là ove esso considera il ricorso al potere di ordinanza, in deroga a norme primarie, come strumento attivabile discrezionalmente dal potere esecutivo, e non soltanto in assenza di alternative.

sede di conversione la ragione sufficiente per sostenerne l'impraticabilità: da una parte il controllo politico delle Camere non può essere considerato ragione di fatto che impone di scartare lo strumento del decreto legge, costituendone anzi il fondamento di legittimazione; dall'altra se i tempi della conversione avessero rischiato di compromettere l'efficacia delle misure concretamente adottate, il perdurare, ma soprattutto il continuo evolversi dell'emergenza avrebbe certamente giustificato la reiterazione.

E non rassicura la pur giusta osservazione della avvenuta evoluzione nel rapporto tra DPCM e decreti legge attributivi del relativo potere di ordinanza che ha visto una maggiore definizione, da parte di questi ultimi, degli ambiti applicativi: in ragione dell'ampiezza degli ambiti materiali sui quali ha potuto estendersi il potere conferito al Presidente del consiglio dei ministri³⁴, ai limiti della competenza generale, pare difficile poter condividere l'autorevole opinione secondo la quale un così significativo condizionamento dell'esercizio dei diritti civili e politici di tutti i cittadini sia avvenuto «nel permanente rispetto sia delle principali norme organizzative della nostra democrazia costituzionale, sia del principio di legalità e di permanente garanzia degli ambiti tutelati dalle riserve assolute di legge»³⁵.

E se è vero che non abbiamo corso e non stiamo correndo il rischio di una deriva autoritaria, se è vero che «L'esperienza fatta finora, pur faticosa e sotto vari profili discutibile, sta però a dimostrare l'efficacia dei comportamenti che così si sono posti in essere (o magari semplicemente sopportati) da decine di milioni di persone, senza che si siano finora manifestati particolari problemi di degrado politico o culturale»³⁶, non pare possibile aderire alla tesi che invita a considerare la pandemia Covid 19 come una parentesi che le nostre situazioni supereranno, senza colpo ferire, una volta ritrovata la "normalità costituzionale"³⁷. Ad impedirlo è l'estensione della rottura prodotta nell'unità dell'ordinamento giuridico che non può non richiamare i Costituzionalisti ad una attenta e severa riflessione critica.

Quel che però pare utile sottolineare è l'affermazione della fungibilità, in termini di efficacia, tra decreto legge e ordinanza.

³⁴ E che quest'ultimo, a sua volta, ha attribuito (si pensi ai DPCM dell'11 marzo e del 3 novembre 2020) al Ministro della salute piuttosto che al Ministro dei trasporti, per altro senza un preciso fondamento normativo. Come ha giustamente sottolineato A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della Costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, cit., 330, «Rispetto a questa fattispecie, si assiste, dunque, ad un vero e proprio trasferimento di competenza, dall'autorità amministrativa in cui la fonte primaria l'aveva radicata (il Presidente del Consiglio dei ministri) ad altro ramo dell'amministrazione statale (il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) individuato da atto (il d.P.C.M.) che alla norma attributiva del potere era soggetto e a cui doveva dare attuazione, senza poterla derogare». Sul punto si vedano anche le osservazioni preoccupate di G. GUZZETTA, *Lo avete letto il decreto? La Costituzione non c'è più*, in *Il Riformista*, 5 novembre 2020, 1 e 7.

³⁵ U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti, Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza COVID-19*, 309.

³⁶ U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, cit., 310.

³⁷ Questa la posizione che propone E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in *Federalismi.it*, 16/2020.